

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO - BICOCCA

Scuola di Dottorato in Scienze Giuridiche
Curriculum in Diritto processuale civile



La patologia della prova nel processo civile

Tutor:

Chiar.mo Prof. Filippo DANOVI

Tesi di Dottorato di:

Carminè GUERRA

Matricola

076617

XXVIII ciclo – a.a. 2012-2013

Indice

Premessa 1

Capitolo I.....

La nullità degli atti di acquisizione probatoria: profili generali 5

1. La riconducibilità degli atti istruttori agli atti processuali. Necessità di vagliare la possibilità di applicare gli artt. 156 ss. c.p.c. con riferimento ad ogni atto e fase dell'istruzione probatoria. Utilità descrittiva, ma non dirimente, della distinzione tra nullità formali e nullità extraformali. 6

2. I requisiti non indispensabili al raggiungimento dello scopo e la categoria della irregolarità processuale. La convalidazione oggettiva..... 17

3. La distinzione tra nullità relative e assolute. L'interesse sotteso alla norma quale criterio distintivo tra le due specie di nullità. L'assunzione della prova in contrasto con una regola d'ammissione stabilita nell'interesse pubblico non preclude al giudice il rilievo officioso..... 37

4. La convalidazione soggettiva. Il difetto di legittimazione ad eccepire la nullità relativa della parte che ha causato (o ha contribuito a causare) la stessa. La rinuncia tacita ad eccepire la nullità relativa. L'onere di riproposizione in sede di precisazione delle conclusioni delle eccezioni di nullità probatorie relative. La rilevabilità officiosa della sanatoria per intervenuta decadenza dalla facoltà di eccepire le nullità probatorie relative a causa di intempestività dell'opposizione o di rinuncia. 47

5. L'estensione delle nullità probatorie e la denuncia innanzi alla Corte di cassazione.	62
6. La rinnovazione delle prove nulle. La distinzione tra rinnovazione finalizzata all'efficienza della prova e rinnovazione finalizzata alla validità della prova. La pronuncia di nullità e gli impedimenti alla rinnovazione della prova.	78
7. L'inefficacia della prova nulla. La prova nulla non può convertirsi in argomento di prova. La prova nulla non può convertirsi in prova atipica. L'ambigua frontiera dell'atipicità della prova.	92

Capitolo II

Le nullità relative alla fase di ammissione della prova

.....	115
1. Profili soggettivi. La volontà come requisito extraformale dell'atto istruttorio: rilevanza della volontarietà dell'atto e tendenziale irrilevanza della volontà degli effetti. L' <i>animus confitendi</i> quale peculiare requisito della volontà nella confessione. L'eccezionale rilevanza dei vizi della volontà nella disciplina (tendenzialmente non estendibile ad ulteriori strumenti probatori) della revoca della confessione.	115
2. ... segue: Il diverso atteggiarsi della disponibilità soggettiva del diritto nella confessione e nel giuramento decisorio. La figura del testimone.	134
3. Profili oggettivi. La prova degli enunciati fattuali. La percezione diretta del fatto non si attegga a condizione di validità della prova. L'irrilevanza delle valutazioni personali e giuridiche. La qualificazione del fatto (come elemento strutturale della prova) in relazione ai giuramenti e alla confessione.	159

4. ... <i>segue</i> : Il diverso atteggiarsi del limite dell'indisponibilità oggettiva del diritto nella confessione e nel giuramento.	184
5. ... <i>segue</i> : I limiti probatori in materia contrattuale. Differente carattere delle nullità per la prova dei contratti che richiedono la forma scritta <i>ad substantiam</i> e <i>ad probationem</i>	191
6. ... <i>segue</i> : La prova esplorativa e l'indebito allargamento del <i>thema decidendum</i> e/o <i>probandum</i> . Poteri istruttori, principio dispositivo e ripartizione degli oneri della prova.....	198

Capitolo III.....

Le nullità relative alla fase di assunzione della prova

.....	227
1. Prova e variabile temporale nel sistema delle preclusioni. La nullità della prova per tardività dell'atto di deduzione o produzione. La nullità dell'acquisizione della prova dalla quale la parte era decaduta.	228
2. La ritualità della produzione quale requisito condizionante l'utilizzabilità della prova documentale. Problematiche connesse: a) l'ordine del fascicolo di parte; b) produzione del documento e indicazione dello scopo.....	243
3. Rilievi sui vizi di deduzione delle prove costituenti. L'indicazione specifica dei testimoni e dei fatti oggetto di testimonianza, interrogatorio formale e giuramento. La figura del consulente tecnico (e dei suoi collaboratori non nominati).	261
4. La deformalizzazione delle formule d'impegno. Il giuramento come atto prodromico all'assunzione della testimonianza e all'espletamento della consulenza tecnica. Rilievi sui vizi di assunzione delle prove	

costituende. I vizi relativi alla formula giuratoria come prova legale.	286
5. Le nullità delle notificazioni e comunicazioni idonee ad inficiare la validità della prova per lesione del contraddittorio. a) L'omessa notificazione dell'ordinanza <i>ex art. 237 c.p.c.</i> ; b) nullità della prova e contumacia (in particolare, sull'omessa notificazione delle ordinanze ammissive <i>ex art. 292 c.p.c.</i> ; c) le omesse comunicazioni <i>ex artt. 90 e 91 disp. att. c.p.c.</i> in materia di consulenza tecnica.....	300
6. Questioni relative all'allargamento del <i>thema decidendum e/o probandum</i> in corso di assunzione. Modalità di assunzione della prova surrettiziamente elusive delle preclusioni processuali e/o della ripartizione degli oneri probatori. In particolare, l'acquisizione di documenti attraverso lo strumento degli scritti in aiuto alla memoria del testimone ovvero nel corso dell'espletamento della consulenza tecnica; l'assunzione di informazioni nel corso della consulenza e dell'ispezione.....	326
7. I vizi del processo verbale. L'omessa verbalizzazione (e la correlativa inesistenza) della prova. L'omessa indicazione della data e delle sottoscrizioni del cancelliere, delle parti, dei testimoni e del consulente. La «verbalizzazione» delle operazioni peritali.	342
8. Nullità della prova e pluralità di parti. Prove libere e prove legali nei processi a litisconsorzio facoltativo e a litisconsorzio necessario.....	362

Capitolo IV	
Le prove illecite	379
1. La prova illecita e le questioni relative alla sua utilizzabilità.	379

2. ... <i>segue</i> : La prova incostituzionale e le questioni relative alla sua utilizzabilità.....	396
3. Tentativi di contemperamento tra valori e interessi contrapposti nella valutazione circa l'utilizzabilità della prova illecita. I controlli a distanza dell'attività dei lavoratori nell'evoluzione giurisprudenziale e nel riformato art. 4 Stat. lav.	413
4. ... <i>segue</i> : Le ordinanze gemelle relative all'utilizzabilità dei dati ricavati dalla c.d. lista Falciani. Orientamenti della Corte EDU e della giurisprudenza italiana in materia penale.	433
5. Utilità, nel processo civile, dell'adozione di una regola temperata di inutilizzabilità della prova illecita. Spunti ricostruttivi sul regime della prova illecita inutilizzabile.	448
Bibliografia.....	461

Premessa

Il presente lavoro analizza il fenomeno della patologia della prova nel processo civile.

Con il termine «prova illecita» si designano due concetti profondamente differenti, entrambi idonei a rendere la prova inservibile ai fini della decisione. Per un verso si rinvia alle prove nulle, *id est* le prove che registrano un'«illiceità» processuale, in una delle fasi in cui si articola l'acquisizione probatoria (deduzione, ammissione e assunzione). Per altro verso si rinvia alle prove illecite in senso stretto, *id est*, in via di prima approssimazione, le prove acquisite fuori dal processo in maniera illecita, violando norme di natura sostanziale¹. I primi tre capitoli sono riservati alle prove nulle, mentre il capitolo conclusivo è dedicato alle prove illecite.

Il primo capitolo intende vagliare la compatibilità dei principi in materia di nullità degli atti processuali sanciti

¹ Nella ricostruzione di G.F. RICCI, *Le prove illecite nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 34 ss., a cui si deve il tentativo di ricostruire in termini generali il fenomeno studiato, il termine prova illecita viene utilizzato per ricomprendere sia le nullità probatorie, sia le prove illecite in senso stretto. È tuttavia condivisibile l'osservazione di M. TARUFFO, *Fatti e prove*, in ID., *La prova nel processo civile*, Milano, 2012, 75, secondo cui «tutti questi fenomeni potrebbero essere ricondotti entro una categoria di “illiceità” della prova, ma pare più opportuno seguire l'uso linguistico che ormai appare prevalente e distinguere tra prova nulla e prova illecita in senso stretto. La prova nulla è quando è stata ammessa in violazione di una norma che ne stabilisce l'inammissibilità, oppure quando è stata assunta violando le norme che ne regolano le modalità di assunzione in giudizio». Per la distinzione tra prova invalida e prova illecita si v. da ultimo C. BESSO, *Il processo civile, Nozioni generali*, Torino, 2015, 120 ss.

negli artt. 156 ss. c.p.c. con gli atti che compongono l'acquisizione probatoria².

Tenendo fermi i principi generali fissati nel primo capitolo, si analizzeranno nel secondo e terzo capitolo alcuni profili concreti idonei a viziare l'acquisizione probatoria. In particolare, il secondo capitolo è dedicato ai profili statici di nullità, idonei a viziare l'*an* dell'acquisizione probatoria. Si tratterà così dei principali *divieti* probatori, sia quelli che agiscono in una prospettiva soggettiva, sulla fonte di prova, sia quelli che agiscono in una prospettiva oggettiva, sullo strumento di prova. Il terzo capitolo concerne invece i profili dinamici di nullità, idonei a viziare il *quomodo* dell'acquisizione probatoria. In questi casi, l'atto istruttorio è formato nell'esercizio di un potere legittimo, ma in dispregio delle norme che stabiliscono le modalità di assunzione attraverso le quali la prova deve essere formata nel processo. Con riguardo ai mezzi di prova precostituiti, la rassegna indugerà esclusivamente sui profili di assunzione; uno studio altresì attento alle cause d'invalidità dei documenti implicherebbe considerazioni di matrice sostanziale estranee agli obiettivi del lavoro.

È bene precisare che si adopera la locuzione «profili di nullità probatoria», muovendo dalla considerazione che difficilmente potrebbe essere trattato in modo esauriente il tema delle nullità istruttorie, predisponendo un prontuario completo delle combinazioni invalidanti verificabili. Il ben

² Lo studio delle nullità degli atti istruttori, analogamente a quello di qualsivoglia tipologia di nullità degli atti processuali, presenta due aspetti differenti ma intimamente connessi. Il primo, quello strutturale, concerne l'individuazione delle fattispecie di nullità e delle loro cause; il secondo, quello funzionale, concerne il regime delle nullità individuate (R. POLI, *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, Torino, 2012, 137 ss.).

più modesto tentativo che l'analisi si prefigge consiste nel soffermarsi sulle invalidità relative ai principali mezzi istruttori che hanno meritato maggiore attenzione da parte della dottrina e della giurisprudenza, facendo peraltro riferimento al modello del processo ordinario di cognizione. È evidente, inoltre, che molte nullità istruttorie passate in rassegna sottendono questioni di notevole impatto sistematico, che impegnano da sempre gli studiosi del giudizio di fatto; tali questioni non possono evidentemente essere riprese ed analizzate compiutamente in questa sede, se non ai limitati scopi che l'indagine persegue.

Nell'ultimo capitolo, dedicato alla tematica delle c.d. prove illecite, verrà studiata l'influenza che il *quomodo* attraverso cui la prova viene reperita ovvero formata *extra iudicium* è idoneo ad esercitare sull'*an* (e dunque sull'ammissibilità e utilizzabilità) della prova. Analizzati gli argomenti a sostegno della utilizzabilità e dell'inutilizzabilità della prova illecita (e di un *quid minus* rispetto quest'ultima, la prova «incostituzionale»), si propenderà per l'inefficacia della prova illecita. Prendendo spunto dalle tendenze emerse in ulteriori settori dell'ordinamento, si riterrà tuttavia che la tesi dell'inutilizzabilità possa eccezionalmente subire anche nel processo civile degli opportuni temperamenti.

Capitolo I

La nullità degli atti di acquisizione probatoria: profili generali

SOMMARIO: 1. La riconducibilità degli atti istruttori agli atti processuali. Necessità di vagliare la possibilità di applicare gli artt. 156 ss. c.p.c. con riferimento ad ogni atto e fase dell'istruzione probatoria. Utilità descrittiva, ma non dirimente, della distinzione tra nullità formali e nullità extraformali. 2. I requisiti non indispensabili al raggiungimento dello scopo e la categoria della irregolarità processuale. La convalidazione oggettiva. 3. La distinzione tra nullità relative e assolute. L'interesse sotteso alla norma quale criterio distintivo tra le due specie di nullità. L'assunzione della prova in contrasto con una regola d'ammissione stabilita nell'interesse pubblico non preclude al giudice il rilievo officioso. 4. La convalidazione soggettiva. Il difetto di legittimazione ad eccepire la nullità relativa della parte che ha causato (o ha contribuito a causare) la stessa. La rinuncia tacita ad eccepire la nullità relativa. L'onere di riproposizione in sede di precisazione delle conclusioni delle eccezioni di nullità probatorie relative. La rilevabilità officiosa della sanatoria per intervenuta decadenza dalla facoltà di eccepire le nullità probatorie relative a causa di intempestività dell'opposizione o di rinuncia. 5. L'estensione delle nullità probatorie e la denuncia innanzi alla Corte di cassazione. 6. La rinnovazione delle prove nulle. La distinzione tra rinnovazione finalizzata all'efficienza della prova e rinnovazione finalizzata alla validità della prova. La pronuncia di nullità e gli impedimenti alla rinnovazione della prova. 7. L'inefficacia della prova nulla. La prova nulla non può convertirsi in argomento di prova. La prova nulla non può convertirsi in prova atipica. L'ambigua frontiera dell'atipicità della prova.

1. La riconducibilità degli atti istruttori agli atti processuali. Necessità di vagliare la possibilità di applicare gli artt. 156 ss. c.p.c. con riferimento ad ogni atto e fase dell'istruzione probatoria. Utilità descrittiva, ma non dirimente, della distinzione tra nullità formali e nullità extraformali.

L'analisi del fenomeno della nullità della prova presuppone anzitutto la riconduzione degli atti istruttori al *genus* degli atti processuali. La nozione di atto processuale non appare del tutto pacifica in dottrina. Se in via generale si è soliti premettere che il processo si snoda attraverso una serie di atti coordinati al fine di pervenire alla tutela giurisdizionale del diritto, talvolta tuttavia si esclude la processualità di quegli atti compiuti da coloro che non siano qualificabili come soggetti del processo, di talché l'atto processuale andrebbe individuato in base ad una prospettiva soggettiva e consterebbe nell'atto posto in essere nel processo da una parte (direttamente o per il tramite del difensore), dal giudice, ovvero da altro soggetto legittimato (si pensi agli atti del cancelliere o dell'ufficiale giudiziario). Così ragionando, ad esempio, la testimonianza sarebbe un mero fatto (e non già un atto) processuale¹.

Una simile definizione appare peraltro arbitrariamente limitativa nella misura in cui, se è vero che non ogni atto idoneo a spiegare effetti sul processo può definirsi

¹ In questo senso cfr. E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, agg. a cura di V. COLESANTI ed E. MERLIN, Milano, 2012, 210; G.F. RICCI, *Le prove illecite nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 45; *contra* V. DENTI, *Concetto e classificazione degli atti processuali*, in ID., *Dall'azione al giudicato*, Padova, 1983, 161.

processuale, è altresì vero che per la processualità dell'atto pare sufficiente che quest'ultimo si immetta nella serie procedimentale di atti e provvedimenti previsti dalla legge processuale al fine di approntare la tutela giurisdizionale, indipendentemente, dunque, dalla fonte (*id est*, il soggetto) che pone in essere l'atto (giudice, parte, cancelliere, ufficiale giudiziario, pubblico ministero o testimone). Una volta individuati il momento iniziale, la domanda di parte, e quello finale, la decisione del giudice passata in giudicato formale, tutti gli atti compiuti all'interno di questo *spatium temporis* possono quindi definirsi processuali: tali atti – pur ciascuno con propri caratteri strutturali e funzionali – traggono origine dalla domanda e tendono a (garantire) una risposta, *id est* la tutela del diritto².

Se pertanto, come appare preferibile, si adotta una nozione ampia di atto processuale, tesa a ricomprendere ogni atto attraverso cui viene realizzata la tutela giurisdizionale dei diritti, e nello specifico, dal punto di vista delle parti, l'atto attraverso cui viene esercitato il potere di azione, e, dal punto di vista del giudice, l'atto attraverso cui si realizza la funzione giurisdizionale³, non può residuare alcun dubbio in ordine alla riconducibilità di ogni singolo atto istruttorio alla categoria degli atti processuali. Va d'altronde rilevato che anche chi muove dalla menzionata prospettiva soggettiva, tale per cui non sarebbero atti processuali quelli posti in essere da terzi come il testimone, non manca

² C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, *Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, Torino, 2014, 257; C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, I, *I soggetti e gli atti*, Torino, 2010, 34 ss.

³ Così R. POLI, *Commento all'art. 156*, in C. CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile*, I, Milano, 2013, 1865; ID., *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, Torino, 2012, 137 ss.

di rilevare la natura processuale dell'assunzione della testimonianza da parte del giudice e la sua verbalizzazione⁴. In quest'ottica, anche la confessione stragiudiziale, ad esempio, che prescinde dall'instaurazione di un processo, assume natura e rilevanza processuale attraverso l'atto di produzione, grazie a cui lo scritto viene acquisito al processo⁵.

Ne deriva uno scontato corollario: in quanto atti processuali, anche gli atti di acquisizione probatoria – termine con il quale s'intende designare complessivamente gli svariati atti che compongono le fasi dell'*iter* istruttorio, identificate classicamente nella deduzione (ovvero produzione per le prove precostituite), ammissione e assunzione della prova – debbono confrontarsi con la disciplina dettata in materia di nullità degli atti processuali. L'applicabilità di tale disciplina ai vizi riguardanti gli atti di deduzione e assunzione della prova desta minori perplessità, perché in relazione a questi il codice impone alle parti uno specifico e formale *modus procedendi*. La questione si fa invece più complessa se soltanto si pensa che in materia istruttoria vi è un intero apparato normativo, attinente ai limiti e ai presupposti della prova, in relazione al quale individuare una violazione formale comporta, almeno *prima facie*, non poca ingegnosità interpretativa; tutto all'opposto, *mutatis mutandis*, si sarebbe portati a configurare i vizi di ammissibilità – ma non solo: si pensi

⁴ E.T. LIEBMAN, *op. loc. cit.*, per il quale può dirsi atto processuale quella «dichiarazione o manifestazione del pensiero, fatta volontariamente da uno dei soggetti del processo, la quale rientri in una delle categorie di atti previsti dalla legge processuale ed appartenga ad un procedimento, con efficacia costitutiva, modificativa od estintiva sul corrispondente atto processuale».

⁵ E. REDENTI-M. VELLANI, *Diritto processuale civile*, Milano, 2011, 92.

ad esempio ai vizi relativi alla violazione del contraddittorio nella fase istruttoria – quali ipotesi di vizi extraformali.

In verità, l'applicabilità della normativa in parola ad ogni vizio riscontrato nella fase istruttoria sarebbe *de plano* risolta in senso positivo se si adottasse, come pure sembra possibile, una nozione ampia di *forma* dell'atto processuale, idonea a ricomprendere non solo la veste esteriore dell'atto ma ogni prescrizione inerente ad adempimenti necessari perché l'atto possa coordinarsi con altri inserendosi in una serie di atti tesi ad un risultato finale⁶.

⁶ R. ORIANI, voce *Atti processuali I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, 11; L. MONTESANO, *Questioni attuali su formalismo, antiformalismo e garantismo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, 3 ss.; R. POLI, *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, cit., 42 ss., per il quale «dalle disposizioni del codice di rito sembra che il legislatore abbia adottato un concetto estremamente ampio di forma dell'atto processuale, in grado di ricomprendere tutti i requisiti previsti dal modello legale». «La forma non rileva come uno dei requisiti della fattispecie dell'atto, ma viene intesa come l'insieme dei requisiti che concorrono alla formazione dell'atto stesso, alla sua realizzazione materiale; aventi o meno, tali requisiti, una connotazione estrinseca, che si manifesta nella realtà concreta dell'atto: il concetto di forma connota quindi le condizioni – percettibili o meno alla realtà esterna – che hanno strutturato il procedimento di formazione dell'atto processuale». Con specifico riferimento al settore d'interesse l'A. rileva che anche nelle ipotesi in cui «il requisito extraformale sembra conservare autonoma rilevanza – come, ad es., la volontà nella confessione – non mutano le premesse e le conclusioni di fondo [...]. Infatti, nulla impedisce di affermare che, anche in questi casi, la presenza o la mancanza di quel requisito afferiscono al procedimento di formazione dell'atto, e dunque al suo modo di essere, pur in mancanza di evidenze percettibili alla realtà esterna».

D'altro canto, non sembra che possa giungersi a diverse conclusioni anche adottando la distinzione di maggior pregio elaborata in materia di nullità degli atti processuali, ovvero la distinzione tra vizi formali ed extraformali. In virtù di questa, sono considerati vizi formali quelli relativi alla veste esteriore dell'atto, *id est* alla forma-contenuto⁷; i vizi extraformali sono invece in via residuale gli ulteriori vizi, ovvero quelle difformità che *comunque si manifestano nella fattispecie* e inficiano i presupposti per il valido compimento dell'atto⁸, tra i quali si è soliti tradizionalmente ricomprendere, ad esempio, i vizi di capacità, legittimazione e volontà⁹.

⁷ Come noto, con l'espressione *forma dell'atto* si rinvia invero ad un *quid pluris*, comprensivo anche del contenuto dell'atto (basti pensare alla disciplina dell'atto di citazione *ex art. 163 c.p.c.*).

⁸ E. GRASSO, *La regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e la nullità da "ultra" ed "extra" petizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, 411. A *contrariis* può dirsi che per forma deve intendersi ciò che non è presupposto, ciò che non sta prima e al di fuori dell'atto: cfr. F. CORDERO, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, 1955, 165 ss.

⁹ Distinguono tra nullità formali e nullità extraformali: V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979, 535 ss.; F. AULETTA, *Nullità e «inesistenza» degli atti processuali civili*, Padova, 1999, 146; G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, *I principi*, Bari, 2015, 293, il quale tuttavia ritiene che la disciplina generale dettata per le nullità formali sia in larga parte adattabile a quelle non formali; A. LUGO, *Manuale di diritto processuale civile*, a cura di C. DE ANGELIS, Milano, 2012, 153, per il quale non è possibile riferire, almeno direttamente, le norme relative alla nullità degli atti processuali ai vizi derivanti da «motivi sostanziali, come il difetto di legittimazione o di capacità delle parti»; B. CIACCIA CAVALLARI, *La rinnovazione nel processo di cognizione*, Milano, 1981, 98; L.P. COMOGLIO, *Forma e nullità degli atti*, in L.P. COMOGLIO, C. FERRI, M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, I, *Il processo ordinario di cognizione*, Bologna,

2011, 398, che ricomprende tra i presupposti extraformali i requisiti di titolarità e di esercizio dei corrispondenti poteri di compiere atti processuali determinati; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., 617; V. DENTI, voce *Invalidità (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir., Agg.*, I, 1997, 709; E. GRASSO, *La regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e le nullità da “ultra” ed “extra” petizione*, cit., 410 ss.; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, *Principi generali*, Milano, 2015, 417; S. LA CHINA, *Diritto processuale civile. Le disposizioni generali*, Milano, 1991, 749 ss. individua i vizi extraformali nelle nullità riguardanti: a) atti compiuti da soggetti non formalmente legittimati a compierli; b) atti compiuti oltre il termine perentorio; c) atti compiuti in violazione del contraddittorio; d) atti dipendenti da atti precedenti nulli. Ai riscontrati vizi extraformali ritiene che possano applicarsi i primi due commi dell’art. 156 c.p.c. e, talvolta, non in via generale, anche gli artt. 156, 3° comma, e 157 c.p.c.; G. MARTINETTO, *Della nullità degli atti processuali*, in E. ALLORIO (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, I, 2, Torino, 1973, 1579 ss.; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2014, *passim* ricomprende nella categoria dei vizi non formali quelli relativi alla costituzione del giudice, giurisdizione, competenza, capacità di essere parte, capacità processuale, difesa tecnica, legittimazione ad agire, integrità del contraddittorio e interesse ad agire; G.F. RICCI, *Diritto processuale civile*, I, *Disposizioni generali*, Torino, 2013, 282 ss. distingue tra nullità formali e nullità sostanziali (ad es. i vizi della volontà), ritenendo che il codice regoli soltanto le prime; G. VERDE, *Diritto processuale civile 1. Parte generale*, agg. a cura di F. AULETTA, G.P. CALIFANO, G. DALLA PIETRA, N. RASCIO, Bologna, 2015, 276, per il quale la circostanza che soltanto l’art. 158 c.p.c. disciplini un tipo di nullità extraformale conferma l’inapplicabilità in via diretta della disciplina generale sulle nullità alla categoria dei vizi non formali: «la soluzione dei vari problemi pratici va ricercata nei luoghi in cui sono disciplinati i singoli presupposti», e così ad es. negli artt. 37, 38, 75, 182 c.p.c.

In senso critico su tale distinzione, nella misura in cui su di essa si fonda la mancata applicazione ai vizi extraformali della disciplina

Orbene, se il punto di partenza è perlopiù rappresentato dall'asserzione che gli artt. 156-162 c.p.c. riguardano i vizi formali degli atti processuali, nelle poliedriche ricostruzioni dottrinali sul tema emerge non già un'aprioristica esclusione dell'applicabilità della disciplina in parola ai vizi extraformali ma al contrario una diffusa ritrosia a ritenere la disciplina dettata in tema di vizi formali *tout court* inapplicabile ai vizi extraformali. Si registra una ragionevole cautela interpretativa, ravvisabile nella condivisibile posizione di chi ha osservato che la normativa relativa alla nullità degli atti possa trovare applicazione per i vizi non formali, se non in via diretta,

generale in materia di nullità, C. FURNO, *Nullità e rinnovazione degli atti processuali*, in *Studi in onore di E. Redenti*, I, Milano, 1951, 410 ss.; C. MANDRIOLI, *In tema di vizi c.d. «non formali» degli atti processuali civili*, in *Jus*, 1966, 320 ss.; L. MONTESANO, *Questioni attuali su formalismo, antiformalismo e garantismo*, cit., 3 ss.; L. MONTESANO-G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, I, 1, Padova, 2001, 806 ss.; C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, I, *I soggetti e gli atti*, cit., 81, che annovera tra i requisiti non formali la volontarietà dell'atto, la capacità e la legittimazione processuale, ma evidenzia come la distinzione sia utile soltanto a fini descrittivi e non certo per fondare su di essa un rigido e differente regime applicativo; R. POLI, *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, cit., 34 ss.; N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, Milano, 2013, 268 ritiene che anche le nullità extraformali rientrino nell'ambito della disciplina generale di cui agli artt. 156 ss., in quanto non derogata da specifiche disposizioni (è il caso degli artt. 37, 38 e 182 c.p.c.); C. BESSO, *Il processo civile. Nozioni generali*, Torino, 2015, 215, per la quale i requisiti di capacità e legittimazione del soggetto che pone in essere l'atto e i c.d. presupposti processuali non si sottraggono all'applicazione della disciplina della nullità degli atti.

almeno in via analogica¹⁰, ovvero, similmente, in coloro che sottolineano l'esigenza di una verifica nel caso concreto¹¹.

Due dati ulteriori assumono in questo contesto rilevanza. Per un verso la distinzione tra nullità formali ed extraformali non appare idonea a erigere insuperabili e differenti regimi applicativi¹². Per altro verso pare assolutamente condivisibile e di estrema importanza l'osservazione per la quale «anche i requisiti non formali di titolarità o di esercizio dei poteri finiscono con l'assumere una rilevanza formale indiretta, nella concatenazione del procedimento, inficiando a loro volta la validità formale degli atti compiuti (nonché quella degli atti posteriori che ne dipendano)¹³».

¹⁰ F. CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, I, Roma, 1956, 337, 338 e G. TARZIA, *Profili della sentenza civile impugnabile*, Milano, 1967, 133.

¹¹ R. ORIANI, voce *Nullità degli atti processuali* I) *Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, 2.

¹² Come è stato rilevato, basti pensare alla circostanza che la legge attribuisce ad un vizio formale, la mancata sottoscrizione della sentenza *ex art. 161, 2° comma, c.p.c.*, il regime più grave di nullità (R. POLI, *Commento all'art. 156*, cit., 1823). Hanno pertanto solo valore tendenziale le indicazioni provenienti dalla dottrina, in virtù delle quali, ad esempio, le nullità extraformali si distinguerebbero da quelle formali in quanto caratterizzate dalla insanabilità (E. GRASSO, *La regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e le nullità da "ultra" ed "extra" petizione*, cit., 419; G. MARTINETTO, *Della nullità degli atti processuali*, cit., 1614 ss.).

¹³ Così L.P. COMOGGIO, *Forma e nullità degli atti*, in L.P. COMOGGIO, C. FERRI, M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, cit., 398 e 403, che conclude: «in definitiva, non potrebbe mai reputarsi formalmente valido un atto comunque posto in essere nell'esercizio di un potere viziato»; pertanto «non è da escludere la possibilità di applicare anche ai vizi non formali talune regole sancite dagli artt. 156-162 per i vizi di forma»; nello stesso senso C. MANDRIOLI-A.

Anche con riferimento al peculiare settore delle prove sembra poter essere tenuta ferma questa duplice conclusione. Anzitutto, può anche discorrersi di nullità formali ed extraformali, e adattare così tale efficace distinzione nell'ambito degli atti probatori – rientrerebbero ad esempio nel novero dei c.d. vizi formali l'omessa verbalizzazione della prova costituenda o la mancata deduzione specifica dei testimoni da interrogare; mentre ricadrebbero con ogni probabilità nei vizi extraformali il difetto di capacità del teste o di legittimazione del deferente e del confitente ovvero in generale ogni presupposto esterno all'atto d'istruzione a cui è condizionato l'esperimento probatorio stesso¹⁴ come ad esempio il rispetto della garanzia del contraddittorio¹⁵ –,

CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, *Nozioni introduttive e disposizioni generali*, Torino, 2015, 563, secondo cui «anche i requisiti che inizialmente hanno natura non formale finiscono – con lo svolgersi della serie degli atti – col divenire formali anch'essi, poiché quando un atto si compie senza che quello precedente abbia posseduto tutti i requisiti, si estrinseca in condizioni diverse da quelle volute dalla legge»; N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, cit., 268, per il quale «l'esercizio di un potere, anche se carente o viziato, si traduce, sempre e necessariamente, in un atto nullo, che, a sua volta, si comunicherà ex art. 159 agli atti successivi e dipendenti. Finiamo, pertanto, per trovarci sempre in presenza di requisiti di forma contenuto e della loro validità».

¹⁴ Per un diverso esempio cfr. S. LA CHINA, *Diritto processuale civile. Le disposizioni generali*, cit., 753, secondo cui la consulenza tecnica svolta da un perito non iscritto all'albo o ad un albo differente rispetto a quello cui si riferiscono le indagini affidategli integra la carenza di un vizio extraformale per difetto di legittimazione a compiere l'atto.

¹⁵ Cfr. S. LA CHINA, *op. ult. cit.*, 754, che in argomento propone l'esempio dell'analisi peritale compiuta senza preavvisare uno dei due consulenti di parte e della continuazione dell'assunzione dei testimoni in un'udienza non comunicata alle parti.

ma è tuttavia del pari evidente che anche i vizi extraformali non potranno che riverberarsi sugli atti successivi della sequenza istruttoria. Così, per limitarci ad un esempio, la mancata enunciazione in termini decisori della formula giuratoria vizierà non soltanto l'ordinanza ammissiva del giuramento decisorio, ma l'assunzione stessa della prova. Pertanto, si ritiene di non condividere l'idea che la prova nulla si identifichi soltanto con la prova acquisita in dispregio delle regole fissate per l'assunzione¹⁶. Per converso, l'assunzione potrà risultare

¹⁶ A. TEDOLDI, *L'istruzione probatoria nell'appello civile*, Padova, 2000, cit., 259 ed ivi la precisazione che «la prova nulla non è la prova da cui la parte è decaduta [...] né può identificarsi con la deduzione istruttoria dichiarata inammissibile o irrilevante»; B. CIACCIA CAVALLARI, *La rinnovazione nel processo di cognizione*, cit., 412; A. RONCO, *Testimonianza e documento unilaterale tra regole ed eccezioni*, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 240: «una cosa è il difetto dei requisiti formali di cui agli artt. 121 e segg. c.p.c., altra cosa è l'inammissibilità o l'inutilizzabilità processuale di un determinato strumento di conoscenza del passato»; C.E. BALBI, *Omessa verbalizzazione della parola «giuro» nel giuramento decisorio*, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, 1671, 1672, per il quale «l'acquisizione probatoria [...] è pur sempre un procedimento che si compone di atti ammissivi e di atti assuntivi della prova, e che gode di una propria autonomia rispetto alla serie di atti di cui si compone il procedimento di cognizione. Se può ammettersi che la carenza di presupposti per l'ammissione di una prova può dare luogo ad un tipo di nullità che non rientra nella disciplina degli artt. 156 e segg. del codice di proc. civ. e che, quindi, può essere rilevata d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento, questa soluzione non è più così sicura quando si tratti di una nullità per vizi di forma degli atti di assunzione di una prova. Il difetto di forma di un atto del procedimento probatorio comporta una difformità rispetto al modello legale, ma è una difformità che, riguardando esclusivamente la forma, potrebbe rientrare analogicamente nell'ambito delle previsioni delle norme sulla

viziata tanto per vizi propri, cioè inerenti alla fase

nullità per vizi di forma degli atti del processo»; in senso diametralmente opposto G.F. RICCI, *Le prove illecite nel processo civile*, cit., 46, secondo cui «con riferimento all'atto di assunzione non si può mai parlare di invalidità o di inefficacia, ma al massimo si dovrà vedere se il suo risultato debba o non debba essere preso in considerazione». Per contro, «di nullità si potrà tutt'al più parlare con riferimento all'ordinanza di ammissione della prova illecita. Più che revocabile, essa potrà pertanto essere dichiarata nulla secondo l'art. 156 c.p.c., e la nullità potrà essere sollevata ovviamente anche dopo l'assunzione della prova». Condivisibile *in toto*, invece, il pensiero di E. ALLORIO, *Efficacia giuridica di prove ammesse ed esperite in contrasto con un divieto di legge?*, in *Giur. it.*, 1960, I, 2, 869, 870, per il quale «condizione perché una prova costituenda possa legalmente spiegare efficacia in sede di formazione del convincimento del giudice è che si sia compiuto nella sua interezza il procedimento probatorio, composto, in primo luogo, del provvedimento (ordinanza) ammissivo della prova, ed in secondo luogo dell'atto di istruzione probatoria, col quale al provvedimento ammissivo sia stata data esecuzione». Così ragionando, «l'ammissione di una prova, che non doveva ammettersi all'esperimento o alla produzione, è atto invalido: l'efficacia di quella prova manca quindi del necessario piedistallo, e deve escludersi». Se s'intende correttamente anche A. GRAZIOSI, *Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 700, nt. 15 ritiene che la disciplina della nullità degli atti sia applicabile tanto ai vizi di ammissione quanto ai vizi di assunzione della prova: «è possibile che una prova (costituenda) si formi in modo illegittimo anche all'interno del processo, allorquando la stessa venga ammessa, o assunta dal giudice, al di fuori o in contrasto con i limiti fissati dalla legge. Qui tuttavia il problema giuridico che si pone non è tanto quello dell'illiceità della prova, e perciò della sua (in)utilizzabilità nel processo, quanto quello della validità degli atti processuali che hanno condotto alla formazione del mezzo istruttorio; pertanto è alla disciplina della nullità degli atti (artt. 156 ss. c.p.c.) che si deve fare riferimento, più che a quella probatoria in senso stretto».

assuntiva, quanto in via derivata per vizi risalenti ad un'errata ammissione della prova, non potendosi peraltro escludere che l'assunzione cumuli più profili di nullità, alcuni in via derivata, altri propri¹⁷.

In secondo luogo, la distinzione tra vizi formali ed extraformali non appare interamente risolutiva a fini pratici, sicché all'interprete non basterà, allo scopo di individuare il regime di nullità, qualificare il vizio come formale o extraformale. Così ad esempio, in tema di vizi di ammissibilità, è certa l'inapplicabilità degli artt. 156 e 162 c.p.c., relativi al raggiungimento dello scopo e alla rinnovazione dell'atto nullo¹⁸, ma lo stesso non può dirsi per la caratteristica dell'insanabilità (propria dei vizi extraformali), giacché è ormai granitica la distinzione operata dalla giurisprudenza tra limiti di ammissibilità stabiliti nell'interesse delle parti (e come tali assoggettati al regime delle nullità relative e alla possibilità di convalidazione soggettiva) e limiti di ammissibilità a rilevanza pubblica.

2. I requisiti non indispensabili al raggiungimento dello scopo e la categoria della irregolarità processuale. La convalidazione oggettiva.

Con il termine *invalidità* si designa di regola e genericamente una difformità dell'atto dalla sua fattispecie

¹⁷ Ad es. viene assunta la deposizione di un teste incapace *ex art.* 246 c.p.c., consentendogli peraltro la consultazione di note o appunti al di fuori dei casi previsti dalla legge.

¹⁸ Ben s'intende come, ad esempio, l'incapacità del teste non possa essere sanata attraverso il raggiungimento dello scopo ovvero la strada della rinnovazione.

legale¹⁹. L'invalidità processuale possiede come noto una propria autonomia sistematica, non potendo essere ricondotta *de plano* alle categorie sostanziali della nullità e della annullabilità. Piuttosto, la pronuncia di nullità processuale rappresenta un *unicum* che per un verso, affinché l'atto cessi di essere efficace, è necessaria come lo è la pronuncia di annullamento, e per altro verso recepisce la natura retroattiva della dichiarazione di nullità²⁰.

¹⁹ G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, Milano, 1955, *passim*.

²⁰ Il legislatore processuale ha formulato una categoria unica per la violazione dei vizi formali, autonoma rispetto a ulteriori forme invalidanti proprie di diversi settori dell'ordinamento, e nello specifico del diritto civile, ove la nullità viene comunemente contrapposta alla categoria della annullabilità. Lo stesso capo III del VI titolo del I libro del codice di rito recita genericamente «nullità degli atti» (per queste considerazioni e quelle che immediatamente seguono cfr. C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, *Nozioni introduttive e disposizioni generali*, cit., 559 ss.; G. VERDE, *Diritto processuale civile 1. Parte generale*, cit., 273; N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, cit., 267; L.P. COMOGLIO, *Forme e nullità degli atti*, in L.P. COMOGLIO, C. FERRI, M. TARUFFO, *Lezione sul processo civile*, cit., 397; E. FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, 1996, 438 ss.). In linea generale gli atti processuali, benché nulli, sono idonei a produrre effetti, in via precaria e fino alla pronuncia di nullità del giudice, consentendo il compimento degli atti successivi della serie procedimentale. Proprio nell'idoneità dell'atto a produrre effetti in assenza di una pronuncia del giudice, la nullità processuale pare accostarsi all'annullabilità propria del diritto sostanziale. Sennonché, su altro versante e alla stregua della nullità civile, la pronuncia del giudice pone fine a quegli effetti *ex tunc*, travolgendo tutti gli atti successivi dipendenti dal momento del compimento dell'atto viziato. In definitiva se da un lato la pronuncia di nullità processuale pare rassomigliare a quella di

I primi due commi dell'art. 156 c.p.c. sanciscono la nullità dell'atto processuale ove tale nullità sia comminata dalla legge (primo comma) ovvero quando il *giudice* consideri mancante un requisito formale indispensabile al raggiungimento dello scopo (secondo comma).

Il primo comma, prevedendo una riserva di legge in materia di nullità degli atti processuali, sancisce il principio di *tassatività delle nullità*²¹. La perentorietà di questo principio tuttavia è soltanto apparente, dal momento che le nullità tipiche, ossia previste dalla legge, non esauriscono certamente l'area delle nullità processuali. E infatti nel silenzio della legge l'attività del giudice diviene significativa, essendo a lui delegata la non facile operazione di stabilire se ci si trovi di fronte a una vera e propria nullità. Del resto, il disposto di cui al secondo comma, se rimette al giudice una discrezionalità di non poco momento, sancisce un principio ineluttabile perché non sarebbe pensabile disciplinare compiutamente ogni

annullamento, ponendosi *come condicio sine qua non* dell'inefficacia dell'atto altrimenti efficace, per altro verso è accostabile a una pronuncia di nullità nella misura in cui l'inefficacia viene sancita a monte, facendola risalire al momento in cui l'atto è stato compiuto. Nulla toglie peraltro che per distinguere tra nullità rilevabili soltanto su istanza di parte e nullità rilevabili anche d'ufficio possa rispettivamente parlarsi di annullabilità e nullità in senso stretto (cfr. A. ATTARDI, *Diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, Padova, 1994, 406).

²¹ Il principio *pas de nullité sans texte* limita i poteri del giudice e al contempo rappresenta garanzia per le parti, che possono previamente conoscere le ipotesi di nullità processuali (da ultimo R. POLI, *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, cit., 142 e L.P. COMOGLIO, *op. ult. cit.*, 348).

sorta di nullità degli atti processuali²². Ciò che risulta è pertanto una (inevitabile) *estensione* dell'area della nullità, ravvisabile non soltanto negli atti definiti nulli *ex lege*, ma anche in quelli che il giudice ritenga privi di un requisito indispensabile al raggiungimento dello scopo. L'inciso normativo, nel richiamare l'*indispensabilità del requisito al raggiungimento dello scopo* al fine di giustificare la dichiarazione di una nullità extratestuale, rappresenta la coerente applicazione del principio di strumentalità delle forme espresso dagli artt. 121 e 131 c.p.c., in virtù del quale nella configurazione del regime di nullità degli atti non può in alcun modo essere applicata una bieca osservanza delle forme, scevra da ogni riferimento al raggiungimento dello scopo che il legislatore intende perseguire con il rispetto delle forme²³. Il principio di strumentalità delle forme consente di abbandonare dunque il concetto di *formalismo*²⁴ e guardare al rispetto delle forme in vista dello scopo, guidando l'interprete (e in

²² In questo senso R. POLI, *op. ult. cit.*, 144. Il tentativo di disciplinare ogni specie di nullità condurrebbe ad una ipertrofia legislativa sostanzialmente vana.

²³ Sul principio di strumentalità delle forme cfr. per tutti G. CHIOVENDA, *Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, in ID., *Saggi di diritto processuale civile*, Milano, 1993, 353 ss.; F. CARNELUTTI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, cit., 265; E. REDENTI, voce *Atti processuali civili*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 119; B. CORMIO, *Degli atti in generale*, in E. ALLORIO (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, I, Torino, 1973, 1346 ss.; R. ORIANI, voce *Atti processuali I) Diritto processuale civile*, cit., 4; C. MANDRIOLI, *Sulla sanabilità della inosservanza di forme prescritte a pena di preclusione e decadenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 447 ss.

²⁴ In argomento cfr. soprattutto il saggio di G. CHIOVENDA, *Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, in ID., *Saggi di diritto processuale*, cit., 353 ss.

particolare il giudice) laddove il legislatore non abbia operato una valutazione preventiva e astratta sul regime di nullità dell'atto.

Il secondo comma dell'art. 156 c.p.c. è dunque una norma fondamentale perché consente di oltrepassare il mero dato positivo e sancire la nullità sulla base del parametro dell'inidoneità al raggiungimento dello scopo²⁵.

Come è stato puntualmente rilevato, da una lettura congiunta dei primi due commi dell'art. 156 c.p.c. è possibile distinguere tra requisiti indispensabili e requisiti non indispensabili al raggiungimento dello scopo dell'atto²⁶. E in effetti, se esistono requisiti formali indispensabili al raggiungimento dello scopo che determinano nullità non comminate *ex lege*, deve darsi

²⁵ Anche in materia di prove la giurisprudenza fa sovente riferimento, per escludere la dichiarazione di nullità, alla tassatività delle nullità processuali, quale argomentazione di sostegno alla circostanza che l'atto ha comunque raggiunto lo scopo prefissato (per una prima indicazione in ordine agli innumerevoli casi in cui il principio è richiamato, anche con riferimento agli atti istruttori, cfr. W.M. RUOSI, *Commento all'art. 156*, in L.P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, II, Torino, 2012, 1089 ss.; R. GIORDANO, *Commento all'art. 156*, in P. CENDON (diretto da), *Commentario al codice di procedura civile. Artt. 75-162*, Milano, 2012, 1465 ss.). In questi casi basterebbe invero il solo richiamo al raggiungimento dello scopo, di per sé idoneo ad escludere ogni forma di invalidità. Il richiamo al principio di tassatività può infatti risultare persino ingannevole laddove porti a ritenere che la nullità possa *sic et simpliciter* essere esclusa per il mero dato della mancanza di una previsione espressa.

²⁶ Cfr. sul punto S. LA CHINA, *Diritto processuale civile. Le disposizioni generali*, cit., 741; C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, I, *I soggetti e gli atti*, cit., 83 ss.; R. POLI, *Invalità ed equipollenza degli atti processuali*, cit., 142, 262.

altresì l'esistenza di requisiti formali non indispensabili al raggiungimento dello scopo, che non determinano la nullità degli atti processuali²⁷. Su tale distinzione si fonda a ben vedere il concetto di irregolarità processuale²⁸, concetto che designa quelle ipotesi in cui la discrepanza dell'atto dal paradigma normativo non sia tanto grave da comportare la sua nullità²⁹, il che si verifica per l'appunto allorché il vizio riguardi un requisito non indispensabile allo scopo.

Corre l'obbligo di precisare che la categoria dell'irregolarità non rappresenta a rigore (come pure sovente e in modo improprio si tende a sostenere) il livello più basso nella scala della nullità processuale, perché l'irregolarità è a ben vedere un *quid* di radicalmente

²⁷ L'art. 56 del codice di rito del 1865 accolse la regola della tassatività delle nullità processuali, temperandola con la possibilità per il giudice di pronunciare la nullità ove l'atto mancasse di taluni *elementi essenziali*. Dunque, l'individuazione delle nullità atipiche veniva affidata alla distinzione tra *substantialia* e non *substantialia processus*. Ad ogni modo, «la legge vigente ha sostituito al concetto metafisico dell'essenza quello più chiaro e più pratico dello scopo dell'atto» (così E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, cit., 237).

²⁸ Si v. G. MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, I, *Disposizioni generali. I processi di cognizione di primo grado. Le impugnazioni*, Padova, 2015, 295, per il quale il concetto di irregolarità «contribuisce ad evitare la degenerazione in vuoto e deteriore formalismo della giusta esigenza del rispetto delle forme processuali».

²⁹ Così R. ORIANI, voce *Nullità degli atti processuali I) Diritto processuale civile*, cit., 6; G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, Milano, 1955, 23; F. CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, I, cit., 336: «mentre dalla perfezione dell'atto deriva senz'altro la sua efficacia, dall'imperfezione, invece, l'inefficacia può non derivare».

diverso, che esclude in radice la nullità dell'atto. Per l'atto irregolare non trova applicazione la disciplina dettata in materia di nullità degli atti: nullità e irregolarità sono soggette a discipline differenti e impermeabili³⁰. Di fronte all'omissione ovvero al vizio di un requisito formale il parametro dell'indispensabilità risulta immediatamente dirimente: l'atto è nullo se il requisito è indispensabile al raggiungimento dello scopo, altrimenti è irregolare. Può dunque pure collocarsi l'irregolarità, per così dire, sul gradino più basso della nullità processuale a condizione

³⁰ In senso contrario si v. l'opinione di C. MANDRIOLI, *Sulla nozione di «irregolarità» nel processo civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, 516, che configura una nozione di irregolarità in senso ampio, tale da ricomprendere sia le irregolarità che danno luogo a nullità sia le irregolarità in senso stretto (o mere irregolarità) che per contro non originano alcuna nullità. I vizi che generano irregolarità in senso stretto, «non dando luogo a nullità, vengono in taluni casi assimilati, sotto particolari profili, ai vizi di nullità, mentre nei restanti casi, si limitano a costituire la categoria residuale delle disformità dal modello legale, che rimangono prive, almeno in via generale, di sanzioni o altre conseguenze»; *contra* S. LA CHINA, *Diritto processuale civile. Le disposizioni generali*, cit., 742, che sottolinea come la circostanza che talvolta il legislatore discorre di irregolarità riferendosi (anche) ad ipotesi di veri e propri vizi di nullità – si v. ad es. gli artt. 421, 1° comma, 617, 1° comma, 650, 1° comma e 668, 1° comma c.p.c. – non autorizza l'interprete ad avallare tale impropria e atecnica sovrapposizione di termini e situazioni che per converso debbono essere tenute ben distinte sul piano concettuale e sistematico. In definitiva, la bipartizione sotto il profilo funzionale tra atti nulli e irregolari va sancita in via generale, non potendo per converso sussistere, a prescindere dalla terminologia utilizzata dal legislatore, una assimilazione occasionale e *quoad effectum*.

che le due categorie siano concettualmente tenute ben distinte³¹.

In definitiva, in presenza dei requisiti indispensabili al raggiungimento dello scopo, e al contempo in assenza di ulteriori requisiti non indispensabili al raggiungimento dello scopo, l'atto non viene considerato nullo ma si utilizza la diversa terminologia di atto irregolare, che sul piano pratico-funzionale in nulla diverge da un atto perfetto, pienamente produttivo di effetti: dunque, l'atto irregolare è perfettamente idoneo alla produzione dei suoi effetti tipici³². In argomento risulta efficace, e ulteriormente chiarificatrice, la distinzione tra fattispecie

³¹ Cfr. F. MARELLI, *La conservazione degli atti invalidi nel processo civile*, Padova, 2000, 64, che definisce l'irregolarità come una «assenza di nullità».

³² G. MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, Padova, 2000, 295; R. ORIANI, voce *Nullità degli atti processuali I) Diritto processuale civile*, cit., 6; V. DENTI, voce *Nullità degli atti processuali civili*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1965, 478; S. LA CHINA, *Diritto processuale civile. Le disposizioni generali*, cit., 742; N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, cit., 276; *contra* L.P. COMOGLIO, *Forma e nullità degli atti*, in L.P. COMOGLIO, C. FERRI, M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, cit., 408 ss., che tende a negare autonomia alla nozione di irregolarità, se riferita a tutte quelle residue difformità così lievi da non inficiare la produzione degli effetti tipici dell'atto. La categoria della irregolarità potrebbe tutt'al più essere riferita, secondo l'A., «all'inosservanza di quelle prescrizioni – non propriamente formali, ma di natura extraprocessuale – che impongono la regolarizzazione tributaria degli atti o dei documenti del processo [...] e che, dopo la caduta dei c.d. oneri fiscali [...] sono ormai prive di incidenza processuale diretta, essendo assistite soltanto [...] da sanzioni esterne (quali sono, ad es., le pene pecuniarie e le soprattasse, comminate a carico dei responsabili dalle singole leggi tributarie)».

legale dell'atto e modello legale dell'atto³³. La *fattispecie legale dell'atto* ricomprende i requisiti indispensabili, l'insieme dei requisiti che l'atto deve necessariamente possedere per produrre i propri effetti: ove ne mancasse uno soltanto verrebbe sancita la nullità dell'atto, perché ogni requisito rappresenta *condicio sine qua non* per la validità dell'atto. Il *modello legale dell'atto* rappresenta invece un *quid pluris* rispetto alla fattispecie legale, poiché non solo ricomprende quest'ultima ma ingloba ulteriori requisiti la cui assenza tuttavia non è idonea ad inficiare la validità dell'atto: tali ulteriori requisiti sono prescritti a pena di irregolarità.

Come si vedrà oltre, l'atto irregolare si discosta dall'atto veramente viziato anche sul piano della rinnovazione. Mentre infatti l'atto nullo deve, ove possibile, essere rinnovato, la rinnovazione dell'atto irregolare è rimessa alla discrezionalità del giudice, in capo al quale non sussiste alcun obbligo di rinnovazione; ciò perché la riparazione degli atti irregolari scaturisce da considerazioni di mera utilità e non già di necessità³⁴.

La nozione di requisito consente di specificare meglio che cosa possa intendersi per atto istruttorio. Ogni atto di acquisizione probatoria si articola in diverse fasi che

³³ R. POLI, *L'invalidità degli atti processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, § 9; ID., *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, cit., 262 ss.

³⁴ Cfr. in particolare B. CIACCIA CAVALLARI, *La rinnovazione nel processo di cognizione*, cit., 229 ss., che, proprio per distinguere le due tipologie di rinnovazione, discorre con riguardo alle irregolarità di regolarizzazione o rettificazione dell'atto. La procedura di regolarizzazione dell'atto irregolare possiede maggiore elasticità e informalità rispetto alla rinnovazione, stante la minor gravità dei vizi interessati. In ogni caso sull'argomento si v. *amplius infra* § 6.

corrispondono ad altrettanti atti: atto di deduzione o produzione, atto di ammissione (l'ordinanza del giudice) e atto di assunzione della prova. Inoltre, la formale unicità dell'atto non deve ingannare circa la frazionabilità dell'atto in plurime parti, le quali ben possono rispondere a regimi di nullità e sanabilità differenti³⁵. E così, ad esempio, per la deduzione della prova costituenda la nullità può interessare non solo, *pro parte*, gli atti che contengono la proposizione della prova (esemplificando, se l'attore non deduce correttamente la prova testimoniale sarà viziata soltanto la parte dell'atto di citazione dedicata all'«indicazione specifica dei mezzi di prova dei quali l'attore intende valersi»), ma anche una singola frazione di quella parte dell'atto viziato (la deduzione può ben individuare i testi ma essere carente in ordine alla specificazione dei fatti).

Ciascuno degli atti/fasi individuati possiede dunque alcuni requisiti formali – o se si preferisce formali ed extraformali – il cui rispetto può essere più o meno indispensabile al raggiungimento dello scopo. Se si tratta di un requisito non indispensabile allora è dettato, come poc'anzi visto, a pena di irregolarità; simili requisiti potranno tanto essere viziati quanto mancare del tutto. Se si tratta di un requisito indispensabile al raggiungimento dello scopo allora, come si dirà a breve, è necessario valutare il raggiungimento dello scopo in concreto: in caso di esito negativo l'atto sarà definitivamente nullo e idoneo a viziare gli atti da esso dipendenti. Peraltro, con riguardo agli atti istruttori qui studiati non è mai, almeno in via diretta, sancita *per tabulas* la comminatoria della nullità

³⁵ Basti in proposito ricordare la disciplina che il codice di rito dedica alla nullità dell'atto di citazione.

dell'atto per mancanza di un requisito³⁶, ragione per la quale diviene fondamentale valutare se l'omissione o il vizio dell'atto sia idoneo ad invalidare la prova, precludendone l'utilizzabilità³⁷.

Ad esempio la produzione del documento – unico atto che compone l'acquisizione al giudizio delle prove precostituite – ricomprende essenzialmente due requisiti, entrambi indispensabili, al raggiungimento dello scopo: la tempestività e la ritualità. Ancora, si prenda l'atto di assunzione della testimonianza: il requisito del giuramento del testimone non è considerato indispensabile, mentre quello della verbalizzazione della sua deposizione è ritenuto per contro essenziale. Ove il requisito sia da stimarsi indispensabile al raggiungimento dello scopo occorre verificare se in concreto tale scopo sia stato raggiunto, *id est* se sia plausibile una fattispecie equipollente a quella legale. Per rimanere agli esempi svolti e rimandando al prosieguo per ulteriori specificazioni, tale situazione equipollente è realizzabile

³⁶ Diversamente da quanto ad esempio accade per la nullità della notificazione o dell'atto di citazione. In proposito va rilevato che la nullità della prova può derivare non soltanto da vizi, per così dire, *intrinseci*, ma anche da vizi *estrinseci*. Si pensi alle comunicazioni o notificazioni, talvolta richieste dalla disciplina in materia di prove, la cui validità determina l'utilizzabilità della prova (si v. cap. III, § 5).

³⁷ Non è escluso che in questa valutazione confluiscono anche considerazioni di carattere pratico, come ad es. pare avvenire per la violazione dell'art. 84 disp. att. c.p.c., in forza del quale «le udienze del giudice istruttore non sono pubbliche. Per ciascuna causa sono ammessi davanti al giudice i difensori delle parti e le parti stesse». Tale norma non viene considerata (anche per ragioni pratiche) norma inderogabile dettata a pena di nullità (in tal senso F. DE STEFANO, *L'istruzione della causa nel processo civile*, Padova, 1999, 353).

ad esempio nel caso di produzione irrituale del documento, mentre non può avere luogo per la verbalizzazione della prova, che dunque non conosce equipollenti.

Se per un verso la legge estende l'area dell'invalidità concedendo al giudice un notevole spazio interpretativo nell'individuazione delle cause di nullità (art. 156, 2° comma, c.p.c.), per altro verso, e al contempo, la pronuncia di nullità è vista come *extrema ratio*, essendo al giudice preclusa se la nullità è sanata attraverso specifici meccanismi disciplinati *ex lege* (artt. 156, 3° comma, 157, 2° e 3° comma, c.p.c.). Va dato anzitutto conto dell'apparente contraddizione sotto questo profilo tra il secondo e il terzo comma dell'art. 156 c.p.c. Se infatti un requisito formale è indispensabile per il raggiungimento dello scopo dell'atto, potrebbe a ragione obiettarsi che il raggiungimento dello scopo in presenza di un vizio inerente ad un requisito indispensabile è invero irrealizzabile, originando in questo modo i due commi in esame una sorta di cortocircuito logico. Invero la dottrina chiarisce l'equivoco interpretativo raffigurando la nullità di cui al secondo comma come il risultato di una valutazione svolta in astratto e *a priori* e la nullità di cui al terzo comma come il risultato di una valutazione svolta in concreto e *a posteriori*. Il terzo comma svolge pertanto una funzione limitativa della pronuncia di nullità processuale³⁸, impedendo al giudice di dichiararla, anche

³⁸ Cfr. G. VERDE, *Diritto processuale civile 1. Parte generale*, cit., 278, 279, che contrappone il raggiungimento dello scopo in concreto *ex art. 156, 3° comma, c.p.c.*, quale moltiplicatore delle fattispecie produttive di effetti, all'individuazione in astratto del requisito indispensabile *ex art. 156, 2° comma, c.p.c.*, quale moltiplicatore dei vizi formali rilevanti. Alcuni discorrono in proposito di sanatoria in senso improprio essendo in tali ipotesi la nullità in verità impedita e non sanata dal raggiungimento dello

se prevista dalla legge o dovuta al difetto nell'atto di un requisito indispensabile al raggiungimento dello scopo, allorché sopraggiunga una circostanza fattuale idonea a sanare retroattivamente la nullità³⁹.

Si è parlato sinora in via generica di scopo dell'atto processuale; è opportuno a questo punto, nei limiti consentiti dalla presente trattazione, precisare meglio che cosa si intenda con tale espressione, premesso che essa è utilizzata con la medesima accezione sia nel secondo che terzo comma (ciò che cambia è appunto il momento d'osservazione)⁴⁰.

scopo: cfr. in questi termini C.A. GIOVANARDI, *Sullo scopo dell'atto processuale, in relazione alla disciplina della nullità*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, 281 ss.; L.P. COMOGLIO, *Forma e nullità degli atti*, in L.P. COMOGLIO, C. FERRI, M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, cit., 400.

³⁹ Cfr. L.P. COMOGLIO, *op. loc. ult. cit.*; G. MARTINETTO, *Della nullità degli atti processuali*, cit., 1594; G. MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, I, cit., 302, per il quale con il raggiungimento dello scopo «la nullità è sanata in radice, e quindi non sorge né l'eccezione di parte, né il potere del giudice di dichiararla: il vizio si considera rimosso retroattivamente».

⁴⁰ R. ORIANI, voce *Nullità degli atti processuali*, cit., 3; G. MARTINETTO; *op. cit.*, 1582; R. POLI, *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, cit., 407. Ogni atto processuale possiede un duplice scopo: uno immediato, diretto e proprio, da determinare in relazione all'atto di volta in volta considerato; un altro mediato e comune a ogni atto processuale, consistente nella pronuncia di merito sull'oggetto del giudizio (cfr. E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, I, *Principi*, cit., 215; R. POLI, *op. loc. ult. cit.*; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., 615; E. MINOLI, *L'acquiescenza nel processo civile*, Milano, 1942, 255 ss., per il quale lo scopo dell'atto è «quella frazione dello scopo complessivo del processo alla cui realizzazione l'atto è istituzionalmente destinato»). In questo senso può discorrersi di scopo dell'atto e scopo del procedimento, sulla scorta di una

Anzitutto, per scopo dell'atto non si rinvia certamente alla volontà del soggetto che pone in essere l'atto, bensì alla «funzione astratta ed obiettiva dell'atto nel processo⁴¹». Lo

relazione teleologica tale per cui gli scopi particolari e distinti degli atti processuali tendono verso lo scopo del procedimento, concorrendo ognuno con la sua propria funzione all'atto finale che chiude la serie procedimentale. Per quanto riguarda l'istruzione probatoria le norme che la regolano si muovono principalmente in due direzioni: a) garantire alle parti il diritto di difesa, che si estrinseca sia nel diritto alla prova sia nella possibilità di contraddire ad armi pari alle deduzioni e produzioni della controparte; b) assicurare la formazione di un corretto convincimento del giudice sulla *quaestio facti*.

⁴¹ C. MANDRIOLI, *In tema di vizi c.d. «non formali» degli atti processuali civili*, cit., 328. L'identificazione dello scopo in senso oggettivo (e non dunque secondo le intenzioni del soggetto che pone in essere l'atto) risulta pacifica in dottrina: cfr. A. ATTARDI, *Diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, cit., 405; E. MINOLI, *L'acquiescenza nel processo civile*, cit., 254 ss.; C. FURNO, *Nullità e rinnovazione degli atti processuali*, cit., 412; C.A. GIOVANARDI, *Sullo scopo dell'atto processuale, in relazione alla disciplina della nullità*, cit., 270; E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, cit., 240; G. MARTINETTO, *op. cit.*, 1581; R. POLI, *Sulla sanabilità dei vizi degli atti processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 472 ss.; ID., *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, cit., 403; L. MONTESANO-G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, I, 1, cit., 815; R. ORIANI, voce *Nullità degli atti processuali I) Diritto processuale civile*, cit., 3; F. AULETTA, *Nullità e «inesistenza» degli atti processuali civili*, cit., 176 ss.; A. LUGO, *Manuale di diritto processuale civile*, a cura di C. DE ANGELIS, Milano, 2012, 154; N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, cit., 269; C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, I, *I soggetti e gli atti*, cit., 35, 80; E. REDENTI-M. VELLANI, *Diritto processuale civile*, cit., 114; G. TARZIA, *Profili della sentenza civile impugnabile*, Milano, 1967, 26; W.F. RUOSI, *Commento all'art. 156*, in L.P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA (diretto da), *Commentario del codice di procedura*

scopo dell'atto processuale è la *ratio* della norma che regola l'atto, la funzione che il legislatore ha concepito per quell'atto⁴².

In second'ordine occorre chiarire che non è possibile identificare il raggiungimento dello scopo con il raggiungimento del risultato pratico dell'atto: un conto è il raggiungimento dello scopo della norma, giuridicamente rilevante, altro è l'evento fisico che quella norma vuole assicurare⁴³. Questo rilievo non è di poco conto se ad esempio si pensa alle notificazioni, rilevanti anche in materia istruttoria, quali strumenti di trasmissione di atti o fatti a soggetti interessati. Lo scopo della notificazione non è infatti rappresentato dalla circostanza che il destinatario pervenga ad una conoscenza effettiva dell'atto da trasmettere, la quale dunque non può integrare l'elemento idoneo a sanare il vizio. Lo scopo della notificazione è invece la conoscenza legale dell'atto, la quale mira

civile, cit., 1096; S. SATTA-C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, 2000, 243; G. VERDE, *Diritto processuale civile 1. Parte generale*, cit., 278.

⁴² C.A. GIOVANARDI, *op. cit.*, 279. L'operazione di rintracciare la finalità della norma che regola l'atto di volta in volta preso ad esame, se per un verso è necessaria, per altro verso conserva un margine di discrezionalità non trascurabile e tuttavia difficilmente eliminabile (in questo senso W.F. RUOSI, *Commento all'art. 156*, cit., 1097).

⁴³ Sul punto cfr. C.A. GIOVANARDI, *op. cit.*, 271 ss., che denuncia la confusione tra il concetto di scopo e di effetto giuridico dell'atto. Infatti, nel caso in cui lo scopo venga raggiunto, alla fattispecie legale se ne affianca un'altra, equipollente, diversa da quella conforme al modello legale ma parimenti idonea ad inserirsi nella serie procedimentale. Per l'A. tuttavia in questo modo si creerebbe una situazione assurda per la quale «l'effetto dell'atto si porrebbe quale elemento perfetto della fattispecie da cui esso stesso è prodotto», costituendo al contempo elemento ed effetto giuridico.

soltanto a garantire che l'atto da notificare sia entrato nella sfera di conoscibilità del destinatario⁴⁴. E infatti il perfezionamento del procedimento di notificazione prescinde dalla conoscenza effettiva dell'atto: solo dalla presunzione di legalità scaturente dalla conoscenza legale è lecito far discendere specifici oneri in capo al destinatario; dalla conoscenza di mero fatto, per converso, nessun onere può validamente sorgere in capo al soggetto che riceve l'atto⁴⁵.

In terz'ordine, nello studio delle nullità processuali è indispensabile un coordinamento tra le disposizioni che regolano il requisito, il modello dell'atto in cui quel requisito è richiesto e la fase processuale a cui appartiene l'atto viziato⁴⁶. In altri termini non è sufficiente studiare il singolo atto con obiettivo normale, ma è necessario munirsi, per così dire, di un obiettivo grandangolare, in grado di fotografare lo scopo dell'atto con maggiore profondità di campo, non obliterando la fase processuale in cui l'attività è calata, nonché le ulteriori norme che disciplinano il dispiegarsi in un determinato momento processuale dei poteri delle parti⁴⁷. Per tale ragione lo

⁴⁴ G. BALENA, voce *Notificazioni e comunicazioni*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XII, Torino, 1995, 261 ss.; ID., *La rimessione della causa al primo giudice*, Napoli, 1984, 102.

⁴⁵ R. POLI, *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, cit., 452.

⁴⁶ C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, I, *I soggetti e gli atti*, cit., 89; R. ORIANI, voce *Nullità degli atti processuali I) Diritto processuale civile*, cit., 8.

⁴⁷ C.A. GIOVANARDI, *Sullo scopo dell'atto processuale, in relazione alla disciplina della nullità*, cit., 279. In questa prospettiva si v. C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, I, *I soggetti e gli atti*, cit., 79, per il quale al fine di vagliare la processualità dell'atto, ovvero sia l'idoneità dello stesso ad inserirsi validamente nel processo, occorre evitare di

scopo dell'atto processuale consta nel consentire «agli altri soggetti del processo di esercitare quei poteri processuali che la norma processuale attribuisce loro nel segmento di procedimento che segue il compimento del singolo atto di cui si tratta⁴⁸».

Muovendo da questa premessa è possibile definire con maggiore precisione la nozione di «raggiungimento dello scopo». Orbene, mentre gli effetti dell'atto perfetto sono automatici in quanto ricollegati dalla legge al rispetto di determinati requisiti formali, la cui ottemperanza genera *ex se* il passaggio alla fase successiva, l'atto imperfetto è soggetto a una verifica ulteriore consistente nell'avvenuta verifica della situazione fattuale voluta dalla legge. La realizzazione del fatto si aggiunge così all'atto imperfetto in luogo del requisito mancante, generando una fattispecie contenutisticamente diversa ma funzionalmente equivalente. Sulla scorta di queste considerazioni lo scopo può dirsi raggiunto nel momento in cui confrontando la

«rinchiudersi nella angusta visione dell'atto singolarmente e isolatamente considerato, ma con più ampio riferimento al processo in generale di cui quegli atti devono o meno costituire una parte e una fase».

⁴⁸ A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 207, ove si osserva che la «legge in tanto sanziona con la nullità un atto processuale per difetto di requisiti di forma-contenuto, in quanto il singolo vizio non ha consentito alla controparte (alle parti o al giudice, a seconda che si tratti di atti di parte o del giudice) di esercitare il potere processuale – di compiere gli atti del procedimento – che la norma processuale attribuisce loro nel segmento di procedimento che segue il compimento del singolo atto di cui si tratta»; ID., *Violazione di norme processuali e sanatoria ex nunc o ex tunc e rimessione in termini*, in *Foro it.*, 1992, I, 1719 ss.; ID., *Note sulle sanatorie retroattive nel processo civile*, in *Foro it.*, 2011, V, 313 ss.; conf. R. POLI, *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, cit., 414.

situazione di fatto fissata *ex lege* e quella posta in essere concretamente dall'atto imperfetto possa formularsi un giudizio di equivalenza⁴⁹. Il raggiungimento dello scopo si inquadra pertanto in una prospettiva (non statica bensì) dinamica e si svela senz'altro nel dispiegarsi del processo, cosicché l'elemento mancante o viziato viene sostituito da un fatto diverso ed esterno all'atto imperfetto, originando una fattispecie alternativa o sussidiaria dell'atto perfetto⁵⁰. La combinazione tra l'atto invalido e un fatto ulteriore crea una fattispecie diversa da quella legale ma dotata tuttavia della stessa efficacia, *id est* una fattispecie ad essa equivalente⁵¹.

⁴⁹ Così C.A. GIOVANARDI, *op. cit.*, 280; considerazioni riprese da F. MARELLI, *op. cit.*, 73.

⁵⁰ G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, cit., 24; G. MARTINETTO, *op. cit.*, 1590; F. CORDERO, *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, cit., 707.

⁵¹ Secondo E. MINOLI, *L'acquiescenza nel processo civile*, cit., 256 ss., alla fattispecie legale dell'atto, *id est* la fattispecie che la legge espressamente dispone, si affiancherebbe già *ex ante* (prima che si verifichi la difformità dal modello legale) la *fattispecie conforme allo scopo*, ricavabile dalla fattispecie legale e posta su un piano di equivalenza rispetto ad essa. La norma che regola l'atto disciplinerebbe l'ipotesi tipo, ma non disdegnerebbe fattispecie alternative: «la fattispecie “che realizza gli scopi” è prevista dal diritto come concorrente con quella “conforme allo schema legale”, in particolare è prevista da quella fonte di diritto di cui si raggiunge la conoscenza attraverso il procedimento analogico. Il venir ad esistenza di un complesso di fatti e circostanze che valgono “a realizzare gli scopi” dell’“atto”, è perciò, semplicemente, il venir ad esistenza di un “atto” conforme ad un modello disegnato dall'ordinamento giuridico in forma diversa da quella risultante dalla “legge espressa”, ma non perciò meno validamente». Tale tesi non è andata tuttavia esente da critiche, dal momento che, dando vita a più fattispecie dell'atto, diverse ma equiparate a quella legale, i requisiti di forma-contenuto degraderebbero a meri

La trama dei poteri e delle facoltà concesse ai diversi soggetti del processo spiega per quale ragione il raggiungimento dello scopo vada senza dubbio ravvisato nel compimento dell'atto successivo della serie procedimentale di cui l'atto viziato costituisce il presupposto⁵². Quando infatti, malgrado l'imperfezione dell'atto, vengono compiuti quegli ulteriori atti o attività materiali che nello sviluppo del processo rappresentano la naturale prosecuzione rispetto all'atto «pregiudiziale» viziato, v'è la prova tangibile che l'atto ha in concreto

suggerimenti non vincolanti, con inevitabile e non condivisibile elusione della disciplina normativa delle nullità processuali (in questo senso G. MARTINETTO, *op. cit.*, 1589; G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, cit., 22 ss.

⁵² A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 207, 208; G. MARTINETTO, *op. cit.*, 1590; V. DENTI, *Nullità degli atti processuali civili*, cit., 477. Cfr. anche A. ATTARDI, *Diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, cit., 405, secondo cui lo scopo dell'atto deve essere valutato «con riguardo al rilievo che l'atto medesimo ha nel procedimento nel quale è inserito, e va stabilito in relazione all'atto viziato, sia all'attività che l'atto stesso è volto a provocare»; L. MONTESANO-G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, I, 1, cit., 815, secondo cui «ad esempio, pare corretto dire in generale che la sanatoria per raggiungimento dello scopo coincide col realizzarsi del fatto e dell'atto che per legge consegue, nella serie procedimentale, a quello viziato». L'applicazione del principio del raggiungimento dello scopo è stata negata proprio con riferimento agli atti di acquisizione probatoria (G. MARTINETTO, *op. cit.*, 1593; V. DENTI, *op. ult. cit.*, 473). Come è stato osservato, sembra tuttavia più corretto ritenere che l'applicazione dei principi in materia di nullità agli atti di acquisizione probatoria vada stabilita caso per caso (R. ORIANI, voce *Nullità degli atti processuali I*) *Diritto processuale civile*, cit., 8; in questo senso anche R. POLI, *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, cit., 416, 417).

raggiunto il proprio scopo⁵³. In relazione all'argomento qui trattato il fenomeno può apprezzarsi ad esempio nel caso di produzione irrituale, se la controparte dimostra di aver visionato i documenti ad esempio contestandoli; in caso di notificazioni nulle delle ordinanze con cui si dispone il giuramento o l'interrogatorio formale, se la parte contumace si presenta all'udienza fissata per prestare giuramento o rispondere all'interrogatorio; nel caso di mancata intimazione del testimone, nel caso in cui quest'ultimo si presenta all'udienza fissata per deporre. Si badi tuttavia che a provare il raggiungimento dello scopo è un fatto successivo e indipendente, perlopiù un comportamento processuale ulteriore (ad esempio la circostanza che il contumace si sia presentato in giudizio per rispondere all'interrogatorio formale).

Ciò detto, non sembra infondato l'appunto mosso a questa impostazione, che coglie solo parzialmente il fenomeno del raggiungimento dello scopo. In particolare, individuare quest'ultimo soltanto con il compimento dell'atto successivo della serie procedimentale equivale a confondere il conseguimento dello scopo con la circostanza (il compimento appunto dell'atto successivo a quello viziato) che ne dimostra *de facto* l'avvenuto perfezionamento, delimitando l'area di operatività della sanatoria per raggiungimento dello scopo *ex art. 156, 3° comma, c.p.c.* ai soli casi in cui «la parte si è avvalsa della facoltà al cui esercizio l'atto omesso o nullo è

⁵³ Cfr. ad es. G. MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, I, cit. 299, 302: «il raggiungimento dello scopo si ha quando nel corso del processo, nonostante il ricorrere di una causa di invalidità prevista dalla legge, vengano compiuti dalle parti quegli ulteriori atti, o attività processuali materiali, che si fondano necessariamente sull'esistenza e l'efficacia dell'atto viziato».

preordinato⁵⁴». Per tale ragione il raggiungimento dello scopo può essere individuato, più in generale, nel «risultato pratico processuale concreto equipollente a quello prefissato dalla norma – generale ed astratto – che regola l’atto considerato nel caso specifico⁵⁵»; anche qualora non sia stata rispettata la forma-contenuto dell’atto processuale la nullità non potrà essere pronunciata, a causa del raggiungimento dello scopo, ove la controparte sia stata comunque in grado di esercitare il potere ovvero l’atto successivo del procedimento⁵⁶.

3. La distinzione tra nullità relative e assolute. L’interesse sotteso alla norma quale criterio distintivo tra le due specie di nullità. L’assunzione della prova in contrasto con una regola d’ammissione stabilita nell’interesse pubblico non preclude al giudice il rilievo officioso.

L’art. 157, 1° comma, c.p.c. dispone che «Non può pronunciarsi la nullità senza istanza di parte, se la legge non dispone che sia pronunciata d’ufficio».

La pronuncia della nullità, dunque, è affidata, in via generale, al rilievo delle parti: in assenza la nullità perde

⁵⁴ R. POLI, *Sulla sanabilità dei vizi degli atti processuali*, cit., 493.

⁵⁵ R. POLI, *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, cit., 415. Pertanto, «il raggiungimento dello scopo si può realizzare anche indipendentemente dal compimento dell’atto della serie procedimentale che segue l’atto viziato, purché la situazione da prendere in esame, al momento della pronuncia della nullità, non pregiudichi i poteri dei soggetti del processo» (ivi, 425).

⁵⁶ A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 207.

valore e opera, *ex tunc*, la sanatoria⁵⁷. Con riguardo ai vizi degli atti istruttori, che non condizionano la decidibilità nel merito della domanda, ove l'atto venga realizzato in violazione di una regola di ammissione ovvero di assunzione probatoria, che la legge stabilisce nell'interesse delle parti, «il mancato rilievo della nullità opera alla stregua di una rinuncia tacita agli effetti che la verifica ed il rilievo del vizio di nullità comporta sull'atto e sul procedimento, tra cui il potere di far pronunciare la nullità dell'atto e l'estensione della nullità agli atti dipendenti da quello nullo (art. 159, primo comma, c.p.c.); rinuncia tacita, pertanto, ad avvalersi delle garanzie procedurali che la norma violata assicurava⁵⁸».

L'istanza di cui parla la norma si risolve in una vera e propria eccezione processuale di rito⁵⁹, proponibile con atto scritto ovvero anche oralmente, con dichiarazione da inserire nel verbale d'udienza, in modo sufficientemente

⁵⁷ Per tutti si v. C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, *Nozioni introduttive e disposizioni generali*, cit., 567. In un certo senso può dirsi che la fattispecie alternativa, equivalente all'atto perfetto, è data in questo caso dall'atto imperfetto che si combina con la mancata eccezione di nullità della parte.

⁵⁸ R. POLI, *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, cit., 234.

⁵⁹ G. MARTINETTO, *op. cit.*, 1597; C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *op. ult. cit.*, 566, nt. 22; L. MONTESANO-G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, I, 1, cit., 818. G. CONSO, *Prospettive per un inquadramento delle nullità processuali civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, 147; W.M. RUOSI, *Commento all'art. 157*, in L.P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, II, cit., 1121. Pertanto, contrariamente a quanto avviene per le eccezioni di merito, per le nullità degli atti processuali la rilevabilità su istanza di parte rappresenta la regola, salvo che sia diversamente disposto.

specifico ed esauriente (e non attraverso una generica censura di nullità dell'atto), sì che il giudice sia in grado di esaminare compiutamente l'eccezione e, nel caso di riconosciuta fondatezza della stessa, disporre, quando sia possibile, la rinnovazione dell'atto nullo⁶⁰.

Se la legge prevede la nullità senza disciplinarne il regime di rilevabilità, il dettato normativo impone all'interprete di scegliere per la natura relativa del vizio. Il problema della natura relativa o assoluta della nullità ha invece ragione di porsi precipuamente con riferimento alle nullità non previste affatto dalla legge, la cui individuazione è di conseguenza demandata al giudice sulla scorta del criterio del difetto di un requisito indispensabile per il raggiungimento dello scopo. Difatti, non può certamente sostenersi che qualsivoglia nullità extratestuale, ossia non prevista *ex lege*, sia automaticamente rilevabile soltanto su istanza di parte⁶¹. Se così è, appare indispensabile – laddove la legge non preveda ipotesi di nullità, né tantomeno, e *a fortiori*, determini il regime di rilevabilità del vizio – comprendere quale sia il *discrimen* che permette di distinguere tra nullità assolute e relative.

Questa linea di demarcazione non sembra poter essere rinvenuta servendosi della distinzione tra nullità formali ed extraformali⁶². Solo in via tendenziale può infatti dirsi che

⁶⁰ In questi termini Cass. 23 luglio 1988, n. 4623.

⁶¹ Cfr. ad es. F. AULETTA, *Nullità e «inesistenza» degli atti processuali civili*, cit., 127, nt. 7; R. POLI, *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, cit., 192; G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, *I principi*, cit., 295.

⁶² Per la dottrina tradizionale la rilevabilità su istanza di parte riguarderebbe soltanto le c.d. nullità formali (R. ORIANI, voce *Nullità degli atti processuali*, cit., 10; in via tendenziale E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, I, Milano, 1980, 234; V. DENTI, voce *Nullità degli atti processuali civili*, cit., 477;

le nullità formali sono rilevabili su eccezione di parte e le nullità extraformali sono rilevabili anche d'ufficio; a sostegno di tale valenza non assoluta può rinviarsi a titolo esemplificativo alla nullità dell'atto di citazione, ove sono previsti regimi differenti per l'omissione o l'assoluta incertezza dell'*editio actionis* e della *vocatio in ius* nel caso di costituzione del convenuto; eppure, sempre di nullità formali trattasi⁶³.

Anche in ambito probatorio la distinzione non appare dirimente. Come si vedrà specificamente nel prosieguo, vi sono infatti nullità riguardanti le condizioni di ammissibilità e di assunzione della prova di natura «extraformale» che sono soggette al rilievo delle parti⁶⁴ e,

E. GRASSO, *La regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e la nullità da "ultra" ed "extra" petizione*, cit., 419). L'assunto viene giustificato preminentemente in forza del legame che la legge instaurerebbe tra gli artt. 156 e 157 c.p.c., di modo che, riguardando la prima delle due disposizioni esclusivamente le nullità formali, la seconda non potrebbe che riferirsi, attesa la stretta relazione intercorrente tra le due disposizioni, in ugual modo alle nullità formali. Secondo l'opposta opinione, la norma in parola non potrebbe riferirsi alle sole nullità formali, considerato che rispetto a quanto accade nell'art. 156, 1° e 2° comma, c.p.c. (ma analogamente a quanto avviene negli artt. 156, 3° comma, 159, 161, 1° comma, e 162 c.p.c.) non è dato rintracciare alcuna qualifica «formale» nel requisito mancante, sì che la disposizione avrebbe portata generale senza la possibilità di porre arbitrarie limitazioni e distinzioni con la disciplina dettata per le nullità extraformali (così ad es. F. AULETTA, *Nullità e «inesistenza» degli atti processuali civili*, cit., 149 ss.).

⁶³ F. MARELLI, *La conservazione degli atti invalidi nel processo civile*, Padova, 2000, 139.

⁶⁴ Per quest'osservazione cfr. in particolare F. MARELLI, *op. cit.*, 140 ss., che richiama le applicazioni giurisprudenziali in tema di incapacità del testimone e violazione del contraddittorio nel corso

per contro, nullità riguardanti la forma-contenuto degli atti che sono rilevabili d'ufficio.

Nella ricerca di un criterio che sia maggiormente utile, l'operazione immediata che può essere compiuta consiste nell'individuare una ragione di fondo che accomuni le nullità per le quali la legge dispone espressamente la rilevabilità d'ufficio, al fine di applicare la medesima *ratio* così individuata anche alle ipotesi in cui non sia prevista alcuna nullità. Tale criterio è stato individuato nell'interesse, pubblico ovvero privato, sotteso alla norma di volta in volta considerata⁶⁵. La rilevabilità officiosa scaturisce dalla violazione di un requisito previsto dalla legge per interessi di natura pubblicistica⁶⁶; la rilevabilità

della consulenza tecnica, ove «rilevano profili certo non contenutistici degli atti».

⁶⁵ Così E. MINOLI, *L'acquiescenza nel processo civile*, cit., 191; F. MARELLI, *op. cit.*, 142.

⁶⁶ E. GRASSO, *La regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e la nullità da "ultra" ed "extra" petizione*, cit., 418 ss. osserva come il corretto dispiegarsi del processo non possa considerarsi esclusivamente a beneficio pubblico e dunque come la selezione tra interesse pubblico o privato sotteso alla norma debba essere risolto sulla scorta di un criterio di *prevalenza* tra i due interessi, giacché è palese che anche le parti che usufruiscono del servizio giustizia hanno interesse ad una decisione che sia la risultante di un processo condotto in ossequio ai canoni del contraddittorio e della parità delle armi. In ugual modo, a ben vedere, ogni norma processuale è tesa a massimizzare l'efficienza della macchina processuale e dunque in ognuna può essere rinvenuto un interesse pubblico. Per la distinzione sulla base del criterio dell'interesse pubblico o privato cfr. *ex multis* R. ORIANI, *Nullità degli atti processuali I) Diritto processuale civile*, cit., 10; G. MARTINETTO, *op. cit.*, 1596; C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *Diritto processuale civile, I, Nozioni introduttive e disposizioni generali*, cit., 566. Peraltro, si evidenzia – cfr. F. MARELLI, *La conservazione degli atti invalidi nel processo civile*, cit., 140 –

su istanza di parte scaturisce invece dalla violazione di un requisito stabilito nell'interesse esclusivo delle parti. D'altro canto, simile criterio distintivo è stato oggetto di critiche nella misura in cui appare generico, privo di una base normativa che ne avvalori la fondatezza, e non esente da consistenti margini di discrezionalità, «con la conseguenza che la rilevabilità d'ufficio finisce per essere strettamente condizionata a monte dalla personale concezione più o meno pubblicistica sia del processo unitariamente considerato, sia dello specifico requisito che viene preso in considerazione⁶⁷».

Per tale ragione, nel tentativo di riempire di maggiori contenuti l'inconsistenza dell'interesse di natura pubblica, si è specificato come esso possa dispiegarsi in diverse direzioni e in particolare, per quanto qui d'interesse, nella violazione del principio del contraddittorio, allorché la parte non sia nella condizione obiettiva di rilevare la nullità⁶⁸, e nella presenza di un vizio che alteri la funzionalità stessa del processo⁶⁹. In relazione alle nullità

come le ipotesi generalmente apportate dai sostenitori dell'opposta teoria fondata sulla distinzione tra vizi formali ed extraformali possano essere spiegate anche alla luce dell'interesse tutelato dalla norma. Così, ad esempio, i vizi di costituzione del giudice e mancato intervento del pubblico ministero, ovvero i vizi di rappresentanza, assistenza o autorizzazione sottendono indubbiamente un (preminente) interesse pubblico al buon andamento del processo (sia perché il giudice sia individuato correttamente sia per tutelare i soggetti privi di capacità processuale), tale da giustificare il rilievo d'ufficio.

⁶⁷ R. POLI, *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, cit., 193.

⁶⁸ R. POLI, *op. ult. cit.*, 194 ss.

⁶⁹ R. POLI, *op. ult. cit.*, 203, 204; G. CONSO, *Prospettive per un inquadramento delle nullità processuali civili*, cit., 115; W.M. RUOSI, *Commento all'art. 157*, in L.P. COMOGGIO, C. CONSOLO, B.

probatorie è possibile compiere un passo ulteriore e riferire quest'ultimo parametro anche alla prova che difetti di un requisito strutturale integrante la sua stessa essenza definitoria. Per non discorrere in modo astratto, si pensi sin d'ora, quali elementi strutturali della prova, alla decisorietà per il giuramento, alla *semiplena probatio* per il giuramento suppletorio, al carattere sfavorevole della dichiarazione per la confessione, all'*alteritas* del testimone per la testimonianza. Non si ignora certamente quanto sia difficoltoso tratteggiare le linee peculiari di ogni mezzo di prova (quei caratteri che possono rappresentare predicato essenziale, tratto irrinunciabile, di ogni strumento istruttorio). E ciò, invero, perché la stessa natura di ciascuno di essi possiede un *proprium* che inevitabilmente lo lega all'architettura processuale di riferimento, differenziandolo non soltanto dalla nozione utilizzata nel lessico comune (si pensi al diverso significato del termine «testimone» desumibile dal codice di rito e da un dizionario), ma altresì dalla nozione propria di altri ordinamenti, laddove il termine di paragone sia rappresentato dal medesimo istituto processuale regolato *extra moenia*.

Ad ogni modo, l'identificazione del carattere assoluto del vizio di ammissione o assunzione della prova comporta la rilevabilità officiosa del vizio stesso, a prescindere dall'attivazione in tal senso della parte interessata. Non solo: nel caso in cui una prova venga ammessa in contrasto con una regola di esclusione a valenza metaindividuale nulla toglie che il giudice possa, *re melius perpensa*, revocare la propria ordinanza e non procedere all'assunzione della prova; ancora, ove il giudice

SASSANI, R. VACCARELLA (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, II, cit., 1112 ss.

procedesse ugualmente all'assunzione della prova inammissibile, non gli sarebbe certamente precluso ritornare d'ufficio sulla questione e non tenere in considerazione la prova illegittimamente raccolta⁷⁰.

Quest'ultima possibilità non va negata persino dopo la prestazione della formula giuratoria, la cui natura decisoria potrebbe effettivamente far propendere per l'irretrattabilità e l'irrevocabilità dell'ordinanza ammissiva «*ex post facto*». Non è infatti escluso che il giudice, anche officiosamente, possa avvedersi, successivamente all'assunzione della prova, dell'assenza del requisito della decisorietà o della violazione di un limite di ammissibilità, e coerentemente non tener conto della prova ciononostante espletata⁷¹. Come correttamente evidenziato, il controllo

⁷⁰ In proposito può al massimo ritenersi, ma la questione è di scarsa rilevanza pratica, se il giudice sia effettivamente tenuto a revocare l'ordinanza ammissiva ovvero, come pare preferibile, debba semplicemente non utilizzare gli elementi probatori acquisiti *contra legem*. In quest'ultimo senso G. BASILICO, *La revoca dei provvedimenti civili contenziosi*, Padova, 2001, 78, 82.

⁷¹ Così, in modo condivisibile, Cass. 28 ottobre 2014, n. 22805; Cass. 30 dicembre 2004, n. 24246; Cass. 9 luglio 1984, n. 4011. E ciò a prescindere dall'opportunità che il giudice dopo l'assunzione del giuramento decisorio provveda a revocare l'ordinanza istruttoria che lo ha disposto – in questo senso si orienta la giurisprudenza ora citata – ovvero non ne tenga semplicemente conto ai fini della decisione, motivando nella sentenza circa le ragioni ostative al valido utilizzo della prova, come peraltro appare preferibile. Nello stesso senso, in dottrina, E. ALLORIO, *Giuramento-feticcio e giuramento prova-legale*, in *Giur. it.*, 1949, I, 1, 615; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2010, 740; *contra* C. FURNO, *Intorno al regime dell'ordinanza ammissiva del giuramento suppletorio*, in *Giur. it.*, 1949, I, 1, 608 ss., il quale richiama a sostegno della tesi difesa il principio di acquisizione processuale, principio tuttavia che dovrebbe operare nell'ambito delle prove legittimamente acquisite al processo e non convalidare

(anche successivo) del giudice non è impedito né dall'art. 2738 c.c., che attribuisce efficacia di prova legale al prestato giuramento, con preclusione di ogni prova contraria, né dall'art. 177 c.p.c., 3° comma, n. 1, c.p.c., che sancisce l'irrevocabilità delle ordinanze emesse sull'accordo delle parti in materia della quale queste possono disporre, e, perciò, non può riferirsi ad un mezzo istruttorio quale il giuramento decisorio, per il quale la legge pone condizioni di ammissibilità non derogabili dalle parti e dunque non rimesse alla loro disponibilità⁷².

Considerazioni non dissimili valgono per il giuramento suppletorio. Indipendentemente dalla circostanza che siamo di fronte a un mezzo di prova a carattere ufficioso – il giudice è libero tanto di disporre il giuramento quanto di revocare l'ordinanza ammissiva della prova non ancora assunta –, si ritiene correttamente che la stessa prestazione del giuramento non limiti la signoria del giudice che, anche su istanza di parte, può sancire l'insussistenza del presupposto essenziale che ne giustifica l'adozione, la *semiplena probatio*, e conseguentemente la nullità e l'inefficacia della asserzione giurata⁷³. Oltretutto, nulla

sic et simpliciter ogni elemento probatorio introdotto nel processo. Si v. anche G. BASILICO, *La revoca dei provvedimenti civili contenziosi*, cit., 82, per la quale non vi è necessità di revocare l'ordinanza ammissiva, «perché detta revoca non è idonea a produrre la perdita di efficacia della prova, la quale non è, già di per sé, efficace e produttiva di incontrovertibilità» in quanto adottata in violazione delle norme che regolano l'ammissione del giuramento; al giudice della decisione non resterà pertanto che ignorare l'avvenuta prestazione del giuramento.

⁷² Così Cass. 24 maggio 2004, n. 9927; in senso analogo anche le sentenze citate nella nota precedente.

⁷³ Sul punto, contrario alla possibilità di revoca, cfr. C. FURNO, *Intorno al regime dell'ordinanza ammissiva del giuramento suppletorio*, cit., 601 ss., secondo cui il regime di revocabilità delle

osta a che il giudice del gravame contraddica la valutazione effettuata dal giudice di prime cure circa la reale sussistenza della *sempierna probatio* e decida la causa nel merito sulla base del materiale probatorio raccolto senza considerare l'esito del giuramento⁷⁴.

ordinanze deve essere temperato con la natura decisoria e l'efficacia vincolante dei giuramenti, sicché l'irrevocabilità deriverebbe dalla situazione processuale che l'ordinanza ha contribuito a creare; *contra* E. ALLORIO, *Giuramento feticcio e giuramento prova legale*, in *Giur. it.*, 1949, I, 1, 610 ss.; G. BALENA, voce *Giuramento*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., IX, Torino, 1993, § 6.

⁷⁴ In dottrina cfr. R. VACCARELLA, *Lezioni sul processo civile di cognizione. Il giudizio di primo grado e le impugnazioni*, Bologna, 2006, 219. In giurisprudenza si è (correttamente) affermato che il giudice d'appello non possa revocare l'ordinanza che in primo grado abbia ammesso il giuramento suppletorio e definito la controversia sulla base della prestazione dello stesso. Al giudice del gravame è soltanto consentito «procedere alla rivalutazione del materiale probatorio raccolto prima della delazione del giuramento e, se pervenga al convincimento che gli elementi così acquisiti risultavano di per sé idonei alla decisione della vertenza, pronunciare sentenza prescindendo dall'esito del giuramento» (così Cass. 31 dicembre 2014, n. 27563; ma in precedenza già Cass. 11 febbraio 2004, n. 2659, in *Giust. civ.*, 2004, I, 174; Cass. 25 febbraio 2004, n. 3810; Cass. 25 marzo 1999, n. 2803; si v. questi arresti anche per ciò che concerne l'impossibilità per la Suprema Corte di verificare la sussistenza dei requisiti per disporre giuramento suppletorio, trattandosi di un accertamento demandato al potere discrezionale del giudice di merito. In cassazione non è possibile censurare la scelta di disporre il giuramento suppletorio, atteso che la censura si risolverebbe, com'è logico, in una rivalutazione complessiva del materiale istruttorio, in modo da valutare se il quadro probatorio autorizzasse effettivamente il deferimento). Oltretutto, non è escluso che il giudice d'appello, nell'esercizio del potere di riesaminare il merito della controversia, ritenga non giustificata la revoca da parte del giudice di primo

4. La convalidazione soggettiva. Il difetto di legittimazione ad eccepire la nullità relativa della parte che ha causato (o ha contribuito a causare) la stessa. La rinuncia tacita ad eccepire la nullità relativa. L'onere di riproposizione in sede di precisazione delle conclusioni delle eccezioni di nullità probatorie relative. La rilevabilità officiosa della sanatoria per intervenuta decadenza dalla facoltà di eccepire le nullità probatorie relative a causa di intempestività dell'opposizione o di rinuncia.

Il secondo e terzo comma dell'art. 157 c.p.c. non trovano ovviamente applicazione con riferimento alle nullità assolute⁷⁵. Per ciò che concerne il primo inciso del secondo comma – in virtù del quale «soltanto la parte nel cui interesse è stabilito un requisito può opporre la nullità dell'atto per la mancanza del requisito stesso» – si ritiene opportuno operare un rinvio. In proposito l'interrogativo fondamentale consta nel domandarsi se l'interesse menzionato dalla norma sia da considerarsi astratto e dunque stabilito *ex ante* dal legislatore ovvero debba intendersi quale interesse concreto, di talché il rilievo della nullità presupporrebbe la dimostrazione ad opera della parte di aver subito un effettivo pregiudizio a causa della violazione della norma processuale. La questione, in materia di prove, è dibattuta, se non ci s'inganna, con

grado dell'ordinanza ammissiva del giuramento suppletorio e, di conseguenza, decida la controversia sulla base del giuramento prestato (così Cass. 13 agosto 1996, n. 7554).

⁷⁵ Per tutti L.P. COMOGLIO, *Forma e nullità degli atti*, in L.P. COMOGLIO, C. FERRI, M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, cit., 402. In giurisprudenza, circa l'applicabilità del terzo comma dell'art. 157 c.p.c. alle sole nullità rilevabili su istanza di parte, cfr. Cass. 4 aprile 2001, n. 4948.

esclusivo riferimento alle nullità di assunzione verificatesi nel corso dell'espletamento di una consulenza tecnica e pertanto verrà approfondita nella sede deputata allo studio di tali nullità⁷⁶.

La seconda parte della disposizione in parola detta invece le modalità temporali di rilievo delle nullità relative. Individuata la natura relativa della nullità, l'art. 157, 2° comma, c.p.c. sancisce la necessità che la parte nel cui interesse è stabilito un requisito opponga la nullità dell'atto per mancanza del requisito stesso «nella prima istanza o difesa successiva all'atto o alla notizia di esso». La previsione di una rigida scansione temporale risponde alla finalità di conoscere immediatamente la sorte dell'atto ovvero il suo valido inserimento nella serie procedimentale⁷⁷, di talché il termine per opporre la nullità dell'atto è previsto a pena di decadenza⁷⁸, decorso il quale il comportamento omissivo della parte opera «come accettazione tacita degli effetti dell'atto e, quindi, come

⁷⁶ Cfr. cap. III, § 5.

⁷⁷ L. MONTESANO-G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, I, 1, cit., 819.

⁷⁸ Cfr. C.E. BALBI, *La decadenza nel processo di cognizione*, Milano, 1983, 234 e ivi il rilievo per cui «tale disciplina risulta sistematicamente coerente con il principio di evitare che venga compiuta attività processuale inutile, talvolta anche con grave pregiudizio delle ragioni delle parti, consentendo alle parti private e pubbliche, in mancanza di eccezione tempestiva da parte dell'avente diritto, di fare affidamento da un certo momento in poi sulla regolarità formale del procedimento; ed è pure coerente con il principio del *favor* nei confronti della sanatoria dei vizi di forma, di cui tutta la normativa sulle nullità processuali è permeata. Il pregiudizio subito dalla parte, che ha perduto per inattività il diritto di svolgere contestazioni sulla forma del procedimento, è di gran lunga inferiore a quello che potrebbe derivare da una norma che consentisse al riguardo più largamente contestazioni tardive».

causa di sanatoria dei vizi dell'atto stesso⁷⁹». L'atto nullo viene dunque convalidato a seguito dell'indifferenza manifestata dal soggetto che avrebbe avuto interesse a far valere la nullità. Per via della convalidazione il vizio perde rilevanza e l'atto è idoneo a produrre i propri effetti retroattivamente dal momento in cui è stato posto in essere⁸⁰.

Che cosa poi s'intenda per difesa o istanza successiva nel caso concreto verrà chiarito nel prosieguo in relazione ai singoli vizi probatori. Ora è sufficiente effettuare qualche breve considerazione in ordine alle nullità riguardanti la fase di ammissione della prova. Si è già accennato che anche per questi vizi si profila la distinzione tra nullità soggette al rilievo della parte interessata, e dunque derogabili dalla volontà delle parti, e nullità rilevabili *ex officio*, ossia tra limiti di ammissibilità stabiliti nell'interesse esclusivo delle parti e limiti di ammissibilità stabiliti nell'interesse pubblico. Così ragionando, evidentemente, si finisce per erodere l'area applicativa dei limiti di ammissibilità delle prove, affidando alle parti, attraverso il meccanismo della sanatoria soggettiva, il rilievo di quei limiti che l'interprete stimi disciplinati a tutela dell'interesse privato.

Ritenere che vi siano nullità di ammissione a carattere relativo presuppone a ben vedere la risoluzione in una certa direzione di questioni di non poco momento. In primo luogo si deve accettare che l'eccezione di inammissibilità della parte interessata si atteggi a condizione necessaria per la pronuncia del giudice

⁷⁹ R. POLI, *op. ult. cit.*, 234.

⁸⁰ Cfr. ad es. A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 210; S. LA CHINA, *Diritto processuale civile. Le disposizioni generali*, cit., 746.

d'inammissibilità della prova: in altri termini, il giudizio di ammissibilità verrebbe in taluni casi condizionato all'istanza di parte, che sarebbe onerata di «attivarlo». La conclusione implicherebbe una lettura un poco disinvolta dell'art. 183, 7° comma, c.p.c. in virtù del quale «il giudice provvede sulle richieste istruttorie fissando l'udienza di cui all'articolo 184 per l'assunzione dei mezzi di prova ritenuti ammissibili e rilevanti». In effetti dalla disposizione parrebbe evincersi l'attribuzione al giudice (e non alle parti) di un *potere-dovere* di valutare l'ammissibilità (e la rilevanza) della prova⁸¹, esegesi che porterebbe a confermare l'esclusione officiosa di tutte le prove inammissibili dal novero delle prove da assumere. Ciò detto, adeguando l'interpretazione giurisprudenziale all'art. 183 c.p.c., v'è da ritenere che quest'ultima sottenda, per i limiti di ammissibilità dettati nell'interesse delle parti, la necessità di un'esplicita istanza in proposito. In secondo luogo, se si lega il rilievo di inammissibilità di alcune prove all'istanza della parte interessata, occorre altresì accettare che nei processi contumaciali il giudice (salvo ulteriori, inopportune, diversificazioni, con la creazione di un regime *ad hoc* per i processi contumaciali)

⁸¹ In questo senso cfr. Cass. 20 marzo 1998, n. 2935, per la quale «il giudice di merito ha il potere-dovere di rilevare i casi di inammissibilità della prova [...], indipendentemente dall'istanza della parte interessata, fin quando la prova non abbia avuto concreto inizio. Ed infatti, l'art. 184 c.p.c. (*in seguito alla l. 263/2005, art. 183 c.p.c.*), nello stabilire che il giudice ammette i mezzi di prova se ritiene che siano ammissibili e rilevanti, gli attribuisce un potere officioso di sindacare l'ammissibilità delle stesse»; conf. Cass. 27 gennaio 1981, n. 611. In dottrina F. DE STEFANO, *L'istruzione della causa nel processo civile*, cit., 286; L. MONTESANO-G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, I, 2, Padova, 2001, 1200.

sia tenuto ad ammettere in ogni caso tutte le prove la cui inammissibilità trovi fondamento in una norma stabilita a tutela delle sole parti⁸².

Procediamo oltre e analizziamo il principio di cui all'art. 157, 3° comma, c.p.c., in virtù del quale «la nullità non può essere opposta dalla parte che vi ha dato causa, né da quella che vi ha rinunciato anche tacitamente». La norma è espressione del principio di autoresponsabilità⁸³ o, secondo una recente e autorevole ricostruzione, del dovere di coerenza e connesso divieto di contraddizione nel processo civile che troverebbe fonte normativa nell'art. 88, 1° comma, c.p.c.⁸⁴.

⁸² In questo senso Cass. 18 luglio 2008, n. 19942; Cass. 9 gennaio 2002, n. 194; Cass. sez. un. 13 gennaio 1997, n. 264, per le quali se la parte interessata deve far valere le nullità (relative) della prova nella prima istanza o difesa successiva al loro verificarsi, ne deriva che «dette nullità non possono essere fatte valere in sede di impugnazione, per cui neppure alla parte contumace è consentito dedurre in tale sede l'inammissibilità della prova testimoniale, una volta che in primo grado la prova sia stata ammessa ed espletata senza opposizione».

⁸³ Per tutti R. ORIANI, voce *Nullità degli atti processuali I) Diritto processuale civile*, cit., 12; L. SALVANESCHI, *L'interesse ad impugnare*, Milano, 1990, 363.

⁸⁴ S. MENCHINI, *Principio di preclusione e autoresponsabilità processuale*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, 979 ss.; ID., *Autoresponsabilità e principio di preclusione*, testo provvisorio della relazione tenuta al XIX Convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile tenutosi a Genova, il 20-21 settembre 2013, per il quale «la parte non può, con una sua successiva attività processuale, contraddire il significato dell'attività già posta in essere». Per l'A. la regola di cui al terzo comma dell'art. 157 c.p.c. non è espressione di un principio di autoresponsabilità in senso stretto. L'impossibilità di opporre la nullità sarebbe «conseguenza normale derivante dal compimento dell'atto processuale e, dunque, dall'iniziativa

Scomponendo la norma e con riferimento al primo enunciato – «la nullità non può essere opposta dalla parte che vi ha dato causa» – la situazione si realizza nel momento in cui viene prodotto il documento ovvero dedotta la prova costituenda⁸⁵. Con riguardo alle prove documentali i profili di nullità interessano l'intempestività della produzione, che qui non conta perché, come si dirà, soggetta alla rilevabilità *ex officio*, e la irrivalenza della produzione, della quale certamente non può dolersi la parte produttrice. Per quanto concerne le prove costituenti, e in particolare la prova testimoniale, si è sancito che la parte non possa dolersi dell'inammissibilità – né, dopo l'assunzione, della nullità – della prova dopo averla dedotta⁸⁶. In ciò la disposizione in esame si salda perfettamente, pur trattandosi beninteso di principi differenti, con il principio di acquisizione processuale, che

liberamente assunta dal soggetto; come l'atto non può essere revocato ed i suoi effetti non possono essere superati mediante l'esercizio di un potere incompatibile, così l'agente non può suscitare la rimozione ad opera dell'ufficio rilevando l'eccezione di nullità».

⁸⁵ Viene spontaneo domandarsi per quale ragione la parte dovrebbe dolersi se il documento è stato da lei prodotto ovvero la prova costituenda da lei dedotta. Evidentemente si tratta di un (maldestro) tentativo di ritirare a) un documento il cui contenuto non era stato ben ponderato; b) un mezzo istruttorio la cui assunzione abbia disvelato risultati sfavorevoli, smentendo le previsioni del deducente.

⁸⁶ In questo senso cfr. Cass. 15 novembre 1999, n. 12634; in precedenza Cass. 9 marzo 1995, n. 2747, per ciò che riguarda l'impossibilità di eccepire l'inammissibilità della prova testimoniale dedotta in violazione dell'art. 2722 c.c.; nella giurisprudenza di merito, sull'impossibilità di dolersi dell'incapacità di un teste per la parte che ha dedotto la prova, si v. App. Genova 30 giugno 1953, in *Foro it.*, 1954, I, 429.

opera non solo nel momento valutativo, autorizzando il giudice a trascurare per il giudizio di fatto la provenienza della prova, ma già nel momento della deduzione/produzione, vietando alla parte deducente/producente di rinunciare unilateralmente alla prova⁸⁷. Vero è che il principio di acquisizione opera soltanto con riferimento alle prove legittimamente acquisite al processo, ma – è proprio questo il punto – tali sono le prove in discorso se la controparte le convalida non eccependo alcuna nullità.

⁸⁷ Sul principio di acquisizione processuale, per il quale dopo che la prova sia stata acquisita al processo essa è sottratta alla disponibilità della parte proponente, cfr. G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit., 748; M. TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970, 15 ss.; G. TARZIA, *Il litisconsorzio facoltativo nel processo di primo grado*, Milano, 1972, nt. 574; S. MENCHINI, *Il processo litisconsortile*, Milano, 1993, 422; B. CAVALLONE, *Principio dispositivo, fatti secondari e fatti «rilevabili ex officio»*, in ID., *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991, 126 ss., 132 ss.; D. VOLPINO, *Produzione ed acquisizione dei documenti nel processo civile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, 685; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, Torino, 2015, 298; G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1967, 148; G. TARZIA-F. DANOVÌ, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, Milano, 2014, 205; M.T. ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, Milano, 1964, 364; G. GRASSELLI, *L'istruzione probatoria nel processo civile*, Padova, 2015, 16 ss.; S. SATTA-C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, 2000, 321; D. TURRONI, *Produzione e acquisizione del documento nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 175; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, *Il processo di cognizione*, Milano, 2015, 129; G. VERDE, *Diritto processuale civile*, 2. *Processo di cognizione*, agg. a cura di F. AULETTA, G.P. CALIFANO, G. DELLA PIETRA, N. RASCIO, Bologna, 2015, 101, 102.

Equiparata a questa situazione è quella in cui la parte non abbia causato direttamente la nullità della prova ma abbia concorso alla stessa, come ad esempio nell'ipotesi in cui la parte che avrebbe interesse a rilevare l'incapacità a testimoniare si associ alla richiesta di assunzione del teste⁸⁸.

Muovendo da queste premesse e da una lettura rigorosa del principio di autoresponsabilità nel processo civile, non sembra peregrino ritenere che l'art. 157, 3° comma, c.p.c. precluda l'eccezione di nullità della prova non soltanto alla parte che deduca la prova e a quella che pur potendo eccepire l'inammissibilità del mezzo istruttorio si associ alla prova *ex adverso* dedotta, bensì anche alla parte che potrebbe eccepire l'inammissibilità della prova ma rimanga inerte. Del resto, come è stato riconosciuto, l'eccezione di inammissibilità è funzionale ad impedire la formazione di un atto invalido⁸⁹. In altre parole è legittimo chiedersi se l'eccezione di inammissibilità della prova non ancora assunta sia condizione necessaria per la successiva (e valida) proponibilità dell'eccezione di nullità della prova ormai assunta⁹⁰. Se così si argomentasse, soltanto

⁸⁸ Così Cass. 16 gennaio 1996, n. 303, per la quale oltretutto non rileva «in contrario che il teste sia divenuto successivamente parte nello stesso processo, per essere stato emesso nei suoi confronti ordine di integrazione del contraddittorio, giacché la qualità di teste e la conseguente possibilità di eccepirla l'incapacità *ex art.* 246 presuppongono proprio che la persona chiamata a testimoniare non abbia ancora assunto la qualità di parte».

⁸⁹ Cfr. Cass. 19 settembre 2013, n. 21443, in *Dir. & giust.*, 2013, 1322, con osservazioni di S. CALVETTI, *Inammissibilità della prova testimoniale da eccepire ex ante, la nullità, invece, ex post*.

⁹⁰ Cfr. Cass. 21 ottobre 1993, n. 10433, per la quale «i limiti legali di ammissibilità della prova testimoniale dei contratti [...] non sono stabiliti per ragioni di ordine pubblico, ma nell'interesse delle parti, sicché l'inosservanza delle dette limitazioni non può essere

l'eccezione di inammissibilità consentirebbe alla parte, allorché il giudice dovesse disattendere tale eccezione e procedere ugualmente all'assunzione della prova, di preservare la possibilità di eccepire la nullità della prova inammissibile, e ciononostante assunta, e ciò proprio in ragione del fatto di non aver concorso con il suo silenzio all'assunzione di una prova invalida.

Questa linea interpretativa potrebbe trovare sostegno nell'opportunità di evitare l'inconveniente a cui diversamente si rischierebbe di andare incontro. Niente infatti vieterebbe alla parte, se non altro nei casi in cui la previsione in ordine agli esiti della testimonianza sia più incerta, di restare sempre in silenzio sino all'assunzione della prova, per poi valutare la convenienza della deposizione e decidere se vanificare l'assunzione con l'eccezione di nullità ovvero giovare degli elementi ottenuti. È evidente che concedere alla parte la facoltà di sollevare l'eccezione di nullità sempre e soltanto a «giochi fatti» significa piegare l'istruzione probatoria agli interessi di una sola delle parti in dispregio oltretutto delle esigenze di economia processuale⁹¹. Del resto, allorché si neghi un

eccepita dalla parte dopo l'espletamento della prova»; Cass. 17 febbraio 1981, n. 954, per la quale «la prova deve ritenersi legittimamente acquisita al processo quando sia stata raccolta senza l'opposizione dell'interessato».

⁹¹ In questa prospettiva F. DE STEFANO, *L'istruzione della causa nel processo civile*, cit., 286, il quale rileva che «la potestà del giudice istruttore è finalizzata a far sì che il processo, persino il processo civile e finanche quello relativo a diritti non disponibili, segua regole dettate nel superiore interesse pubblico. E tanto significa che il giudizio di ammissibilità o rilevanza va svolto a prescindere anche da ogni – esplicita o meno – eccezione o doglianza od osservazione al riguardo svolta dalle parti [...]. Il principio comporta che la materia dell'ammissibilità (ma, a maggior ragione, della rilevanza) delle prove è da dirsi sottratta alla

ruolo attivo del giudice nel corso della fase di ammissione della prova per ciò che concerne i limiti di ammissibilità stabiliti nell'interesse delle parti, è necessario che le parti, proprio perché nel loro interesse e sempre che il rilievo sia ragionevolmente possibile, si attivino al riguardo. Qualche ulteriore chiarimento sul punto verrà svolto successivamente con l'analisi dei limiti soggettivi ed oggettivi stabiliti per la prova testimoniale. Tuttavia è giusto il caso di anticipare che una condizione sembra ineludibile per la sostenibilità di questa tesi, consistente in ciò che la parte fosse *effettivamente* nella condizione di eccepire l'inammissibilità della prova sulla base di quanto risultante dagli atti ritualmente acquisiti al giudizio, giacché diversamente il pericolo sarebbe quello di indugiare eccessivamente sulla non facile attestazione vertente sulla reale conoscenza del motivo d'inammissibilità.

Se rimane dubbia la necessità di formulare una preventiva eccezione di inammissibilità, non altrettanto controversa, almeno in giurisprudenza, può dirsi la necessità di eccepire la nullità della prova nel momento immediatamente successivo all'assunzione della prova, a prescindere dalla circostanza che la parte ne avesse previamente eccepito l'inammissibilità. Dal momento che la nullità dell'elemento di prova presuppone che lo stesso venga formato, si ritiene insufficiente la sola proposizione dell'eccezione di inammissibilità della prova, rendendosi

disponibilità delle parti, siccome finalizzata in modo diretto e immediato all'esercizio della potestà, di rilievo e natura pubblicistici, eminentemente giurisdizionale di esprimere un giudizio su di una controversia nel corso di un processo, attività di oggetto, natura, rilevanza e costo (per le ingenti risorse coinvolte) pubblici».

invece indispensabile anche l'eccezione di nullità della prova espletata⁹².

L'indirizzo è oltremodo rigoroso e inutilmente formalistico; la parte dimostra esplicitamente infatti la propria contrarietà alla realizzazione di un atto che ritiene invalido. Non si intravedono dunque ostacoli per considerare l'eccezione di nullità implicita nella previa eccezione di inammissibilità⁹³.

⁹² Cfr. ad es. Cass. 24 novembre 2004, n. 22146, in *Foro it.*, 2005, I, 370, con osservazioni di C.M. BARONE; Cass. 1 luglio 2002, n. 9553.

⁹³ In questo senso, in materia d'incapacità a testimoniare del terzo interessato, R. CREVANI, *La prova testimoniale*, in M. TARUFFO (a cura di), *La prova nel processo civile*, Milano, 2012, 333, che ritiene l'interpretazione giurisprudenziale «irragionevolmente formalistica» e pur confidando in un rapido cambio di orientamento auspica che «all'eccezione di nullità possa equipararsi ad ogni effetto l'istanza di revoca dell'ordinanza ammissiva della testimonianza del soggetto incapace e, comunque, ogni difesa da cui possa desumersi che la parte non ritiene valida o utilizzabile la dichiarazione resa»; ID., *Commento all'art. 246 c.p.c.*, in M. TARUFFO (a cura di), *Istruzione probatoria*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, Bologna, 2014, 691; M. MONTANARI, *Spunti critici in tema di giurisprudenza sui divieti legali di prova testimoniale*, in www.unicatt.it, § 3, per il quale l'eccezione di nullità della prova ugualmente raccolta deve ritenersi implicita nell'eccezione di inammissibilità. Per una prima indicazione giurisprudenziale in senso contrario cfr. Cass. 19 agosto 2014, n. 18036, per la quale «non assume rilievo che la parte abbia preventivamente formulato, ai sensi dell'art. 246 cod. proc. civ., una eccezione d'incapacità a testimoniare, che non include l'eccezione di nullità della testimonianza comunque ammessa ed assunta nonostante la previa opposizione».

Non sembra oltretutto che un simile rigore possa trovare spiegazione in una sentenza della Suprema Corte (Cass. 19

Con riferimento alla seconda parte dell'art. 157, 3° comma, c.p.c. – la nullità non può essere eccepita dalla parte «che vi ha rinunciato anche tacitamente» – si genera invece una situazione differente, in forza della quale la parte non ha causato la nullità, né ha contribuito a causarla, ma ha semplicemente rinunciato anche tacitamente alla relativa eccezione. Vengono pertanto posti in essere o, più frequentemente, presunti comportamenti incompatibili con la volontà di far valere le invalidità degli atti di acquisizione probatoria.

L'applicazione più rilevante del principio di rinuncia tacita ad eccepire le nullità istruttorie relative si registra con riferimento alla mancata reiterazione delle stesse in sede di precisazione delle conclusioni. E infatti, la giurisprudenza richiede, con ormai pressoché unanime indirizzo, alla parte che abbia visto respinta l'eccezione di nullità della prova di reiterare la propria eccezione in sede di precisazione delle conclusioni, dovendo altrimenti la stessa ritenersi rinunciata⁹⁴. Tale onere viene rappresentato nella prassi

settembre 2013, n. 21443, in *Dir. & giust.*, 2013, 1322, con osservazioni di S. CALVETTI, *Inammissibilità della prova testimoniale da eccepire ex ante, la nullità, invece, ex post*), per la quale sarebbe opportuno «ragionare tenendo in considerazione il principio acquisitivo della prova. L'eccezione di inammissibilità della prova, infatti, opera *ex ante* per impedire un atto invalido. L'eccezione di nullità della prova assunta, invece, agisce *ex post*, per evitare che gli effetti della prova si consolidino. Valutabili in senso diacronico, detti interessi possono essere apprezzati in modo differente dalla medesima parte, la quale, valutata la prova, può ritenerne vantaggioso l'esito, che per il principio acquisitivo giova o nuoce indipendentemente da chi abbia dedotto il mezzo istruttorio».

⁹⁴ Numerose le applicazioni del principio in materia testimoniale. Cfr. Cass. sez. un. 23 settembre 2013, n. 21670, in ordine all'eccezione di nullità della testimonianza resa da persona

come un ulteriore corollario della disciplina delle nullità relative; la presunzione di rinuncia che esso comporta non è di poca importanza se solo si rimanda all'improponibilità davanti al giudice d'appello della questione.

A parere della Suprema Corte questa chiave di lettura risulta oltretutto «rispondente al valore costituzionale del contraddittorio tra le parti e dello svolgimento dello stesso nel pieno dispiegamento del diritto di difesa, coordinato con la lealtà necessaria per l'esplicazione della difesa della controparte» e che l'importanza della precisazione delle conclusioni risiede proprio nella tutela del principio del

incapace, che, se respinta dopo l'assunzione della prova, l'interessato ha l'onere di riproporre in sede di precisazione delle conclusioni e nei successivi atti di impugnazione, dovendosi altrimenti ritenere rinunciata, con conseguente sanatoria della nullità per acquiescenza, rilevabile d'ufficio dal giudice in ogni stato e grado del processo; conf. Cass. 10 aprile 2012, n. 5643; Cass. 30 ottobre 2009, n. 23054; Cass. 30 luglio 2004, n. 14587; Cass. 24 novembre 2004, n. 22146, in *Foro it.*, 2005, I, 370, con osservazioni di C.M. BARONE e in *Guida dir.*, 2005, 2, 76; nella giurisprudenza di merito, recentemente, App. Firenze 6 ottobre 2014; Trib. Treviso 4 marzo 2015; Trib. Milano 10 giugno 2013; Trib. Modena 9 febbraio 2010, che considera tardivo il rilievo effettuato con la comparsa conclusionale. Analogamente, l'eccezione di nullità della consulenza tecnica, tempestivamente sollevata, deve essere espressamente riproposta in sede di precisazione di conclusioni, dovendosi altrimenti considerare rinunciata: Cass. 5 marzo 1999, n. 1874; Cass. 30 marzo 1995, n. 3773; Cass. 24 gennaio 1985, n. 324. In senso critico su quest'indirizzo M. MONTANARI, *Spunti critici in tema di giurisprudenza sui divieti legali di prova testimoniale*, cit., § 3, secondo cui il semplice silenzio serbato dalla parte sulla nullità probatoria al momento della precisazione delle conclusioni non può essere considerato indice sufficiente a stimare rinunciata l'eccezione. Per l'A. tale silenzio dovrebbe se non altro trovare riscontro anche nella comparsa conclusionale.

contraddittorio, e in particolare nell'esigenza di ciascuna parte «di conoscere la formulazione definitiva e non più mutabile delle posizioni assunte dalle altre parti». Così ragionando, «ciò che è omissso nella precisazione delle conclusioni è corretto che si intenda rinunciato, rispetto alla controparte che non avrà l'esigenza di controdedurre su quanto non espressamente richiamato⁹⁵».

Orbene, con la chiusura della fase istruttoria e la fissazione dell'udienza di precisazione delle conclusioni, le parti sono invitate a precisare davanti al giudice istruttore «le conclusioni che intendono sottoporre al collegio» (ma l'art. 189 c.p.c. è applicabile anche laddove il tribunale decida in composizione monocratica e dunque vi sia mera riserva in decisione). In via generale la giurisprudenza ritiene che l'assenza della parte costituita all'udienza di precisazione delle conclusioni non implichi la volontà di rinunciare alle domande ed eccezioni precedentemente proposte, in quanto si presume che la parte abbia voluto tenere ferme le conclusioni formulate in precedenza, ad esempio nell'atto introduttivo o nella comparsa di risposta⁹⁶. Se il difensore si sia presentato all'udienza fissata e abbia precisato le conclusioni (e tanto più ove tale precisazione avvenga in modo specifico e non utilizzando formule generiche, come quelle comunemente adoperate nella prassi forense) ogni domanda ed eccezione non proposta deve ritenersi abbandonata e rinunciata⁹⁷.

⁹⁵ Il virgolettato è tratto dalla motivazione di Cass. 27 aprile 2011, n. 9410. Il principio è stato successivamente condiviso anche da Cass. 27 giugno 2012 n. 10748.

⁹⁶ Così Cass. 14 luglio 1975, n. 2782.

⁹⁷ Cass. 19 maggio 2004, n. 9465; Cass. 8 gennaio 2002, n. 140; in senso contrario tuttavia Cass. 25 novembre 1982, n. 6408. Si v. per tutti C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, II, *Il processo ordinario di cognizione*, Torino, 2015, 153 ss.

Similmente, in ambito istruttorio può dirsi, onde stemperare indirizzi sul punto sin troppo rigorosi, che la *mancata* precisazione delle conclusioni non comporta la rinuncia all'eccezione di nullità della prova, rinuncia che può essere tutt'al più desumibile dalla circostanza che l'eccezione non sia ricompresa tra le conclusioni precisate in modo specifico⁹⁸.

Da ultimo, deve rilevarsi che tutte le modalità di convalidazione soggettiva delle nullità relative trattate nel presente paragrafo condividono un aspetto non secondario. Si è visto che la mancata eccezione di nullità comporta la sanatoria e l'impossibilità di rilevare successivamente il vizio. Per contro, l'omessa o intempestiva eccezione di inammissibilità e nullità della prova, così come la rinuncia ad eccepire la nullità, sono rilevabili officiosamente in ogni stato e grado del processo. Gli atti del procedimento non possono in effetti, per ragioni d'ordine processuale, rimanere esposti ad eccezioni di nullità per un periodo di tempo indefinito⁹⁹. La sanatoria della nullità, che si

⁹⁸ Si è pronunciata in questi termini Cass. 17 maggio 2002, n. 7256.

⁹⁹ Assai esemplificativa Cass. 1 luglio 2002, n. 9553, per la quale diversamente «dalle disposizioni limitative della capacità dei testimoni, le quali sono dettate nell'esclusivo interesse delle parti, la sanatoria [...] della nullità della deposizione resa da teste incapace, per decadenza della parte interessata dalla facoltà di eccepire il vizio, risponde ad un principio di ordine pubblico, rappresentato dall'esigenza di speditezza del procedimento, i cui atti non possono restare esposti ad eccezioni di nullità per un periodo di tempo indefinito. La decadenza della parte dalla eccezione di nullità e la corrispondente sanatoria della nullità dell'atto sono, pertanto, rilevabili di ufficio dal giudice in ogni stato e grado del procedimento (salva la preclusione da giudicato) e possono, quindi, essere prospettate per la prima volta anche nel giudizio di cassazione»; conf. Cass. sez. un. 23 settembre 2013, n. 21670; Cass. 30 ottobre 2009, n. 23054.

realizza quando la parte decade dalla facoltà di eccepirarla, risponde ad esigenze di celerità e speditezza del processo, nel corso del quale gli atti non devono essere passibili di caducazione per un periodo di tempo illimitato. In definitiva, se il silenzio serbato dalla parte interessata a rilevare la nullità è utile alla controparte, viceversa, il silenzio serbato dalla parte interessata ad eccepire l'intempestiva (o la rinuncia alla) proposizione dell'eccezione di nullità ad opera dell'avversario non si rivela utile, non essendo configurabile una sanatoria per intervenuta decadenza ad eccepire la tardività dell'eccezione di nullità della prova.

5. L'estensione delle nullità probatorie e la denuncia innanzi alla Corte di cassazione.

Tra le cause della nullità dell'atto debbono essere ricomprese anche le nullità derivate o «per estensione», che si verificano quando un atto (o una parte dell'atto) è invalido non per un proprio vizio, bensì perché *dipendente* (e di regola *successivo*) da un atto (o da un segmento dell'atto) viziato. L'art. 159 c.p.c., nel disporre che «la nullità di un atto non importa quella degli atti precedenti, né di quelli successivi che ne sono indipendenti», risponde a finalità di economia processuale e intende circoscrivere i confini e le conseguenze della nullità di un atto processuale, attuando il principio *utile per inutile non vitiatur*¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Per l'inquadramento della norma quale espressione dei principi di economia processuale e di conservazione dell'atto cfr. L.P. COMOGLIO, *Il principio di economia processuale*, I, Padova, 1980, 167 ss.

Lasciando per il momento in sospeso l'idoneità delle nullità probatorie ad inficiare atti diversi e successivi, non è dubbio che gli effetti della nullità si propaghino internamente alla singola prova¹⁰¹.

Sotto questo angolo visuale ogni esperimento probatorio rappresenta un universo impermeabile alle nullità riguardanti gli altri mezzi istruttori che compongono complessivamente il mosaico probatorio¹⁰². Le nullità probatorie riguardano l'episodio istruttorio *uti singulus* e non possono riversarsi su ulteriori prove.

Nell'ambito poi del singolo mezzo di prova costituenda, va considerata l'esistenza di diverse fasi tra loro concatenate, così che i vizi relativi a una specifica fase istruttoria, se non sanati, si ripercuotono sulla validità dell'intero sub-procedimento istruttorio ed eventualmente dell'elemento probatorio formato. Le nullità di deduzione e ammissione

¹⁰¹ Per la distinzione tra effetti espansivi interni ed esterni all'atto processuale cfr. S. SATTA-C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, cit., 245.

¹⁰² «Ad es., l'ordinanza che ammetta a testimoniare A e B, se affetta da nullità per incapacità del teste A *ex art.* 246, conserverà valore per l'ammissione del teste B, immune da quella ragione di incapacità» (N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, cit., 271; identicamente F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, *Principi generali*, Milano, 2015, 424: «la nullità nell'assunzione di un testimone non impedisce che l'assunzione degli altri testimoni sia pienamente valida ed efficace. Se ad es. un testimone era incapace di deporre (art. 246 c.p.c.), la prova testimoniale è invalida con riferimento a quel testimone e non agli altri»). Per un ulteriore e differente esempio cfr. ancora N. PICARDI, *op. ult. cit.*, 272: «annullata la consulenza tecnica d'ufficio per mancato rispetto del contraddittorio, non ne seguirà la nullità della successiva ordinanza con la quale, nel corso della stessa istruzione probatoria, si siano chieste informazioni *ex art.* 213 su altro punto della vertenza e viceversa».

si riverberano dunque sull'assunzione della prova: ad esempio, l'incapacità del teste o la mancata specificazione dello stesso nell'atto che contiene la deduzione della prova si riverberano sull'ordinanza ammissiva e sulla successiva assunzione testimoniale. Peraltro contrariamente ad altre disposizioni in materia di nullità degli atti processuali, l'art. 159 c.p.c. non contiene riferimenti ai soli requisiti di forma. La disposizione, quindi, sembra a maggior ragione applicabile anche ai vizi non incidenti sulla forma-contenuto dell'atto, e in particolare ai vizi di ammissibilità, i quali saranno idonei a viziare l'intera acquisizione. In questa prospettiva deve tenersi altresì presente che nel propagarsi agli atti successivi la nullità conserverà la natura, assoluta o relativa, propria del vizio da cui è scaturita¹⁰³.

Passando ora agli effetti espansivi «esterni» delle nullità probatorie, ovvero l'idoneità delle nullità riguardanti gli atti istruttori a ripercuotersi sugli atti successivi e diversi, e in particolare sull'atto finale, cioè la sentenza, è opportuno prendere le mosse dalla distinzione, formulata dalla dottrina germanica, tra atti propulsivi e atti eventuali. Gli atti istruttori rappresentano parentesi eventuali nella serie procedimentale e in ciò si contrappongono agli atti *propulsivi* che costituiscono per converso elementi *necessari*, che (in caso di mancata sanatoria) portano ad una pronuncia di *absolutio ab instantia*. In relazione agli atti di acquisizione probatoria, invece, il vizio della prova non preclude affatto la pronuncia di merito, ma comporta semplicemente la necessità, nel caso in cui non si possa procedere alla rinnovazione dell'atto, di «ignorare le

¹⁰³ L. MONTESANO-G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, I, 1, cit., 826.

illazioni che potrebbero inferirsene nel quadro dialettico della pronuncia di merito¹⁰⁴».

Ciò premesso circa la natura dell'atto istruttorio, è certamente da escludere la sussistenza di un nesso di dipendenza con atti processuali diversi¹⁰⁵. Occorre chiedersi tuttavia se tale inidoneità a propagare effetti invalidanti sugli atti successivi venga confermata anche nel caso in cui il giudice assuma a fondamento della propria decisione una prova nulla, ossia una prova che sia il risultato di un atto di acquisizione viziato¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Così F. CORDERO, *Riflessioni in tema di nullità assolute*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, 254; ID., *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, *ivi*, 1961, 694. Sulla distinzione cfr. soprattutto V. DENTI, voce *Nullità degli atti processuali civili*, cit., 473; ID., *Volontarietà e volontà nel trattamento degli atti processuali*, cit., 208, per il quale le norme dettate in materia di nullità degli atti processuali sono inapplicabili agli atti eventuali (ossia non propulsivi) della serie procedimentale quali sono gli atti istruttori. La nullità di un atto istruttorio non esonera infatti il giudice dal decidere nel merito la controversia come invece accadrebbe in presenza della nullità di un atto propulsivo, ma delimita soltanto il materiale probatorio a disposizione del giudice per la ricostruzione del fatto.

¹⁰⁵ Cfr. *ex plurimis* V. DENTI, *Volontarietà e volontà nel trattamento degli atti processuali*, in ID., *Dall'azione al giudicato*, cit., 205 ss.; R. ORIANI, voce *Nullità degli atti processuali I) Diritto processuale civile*, cit., 13; G. MARTINETTO, *op. cit.*, 1625; F. MARELLI, *La conservazione degli atti invalidi nel processo civile*, cit., 68; G. TARZIA-F. DANNOVI, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, Milano, 2014, 129; L.P. COMOGLIO, *Forma e nullità degli atti*, in L.P. COMOGLIO, C. FERRI, M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, cit., 411; R. VACCARELLA, *Inattività della parti ed estinzione del processo di cognizione*, Napoli, 1975, 74 ss.; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 212.

¹⁰⁶ In questo senso G. MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, I, cit., 306; B. CAVALLONE, *Critica della teoria delle prove atipiche*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, 733, nt. 146; G.F.

Come è logico intuire, la questione confluisce nel quesito relativo alla possibilità di impugnare la sentenza fondata su una prova nulla *ex art. 360, n. 4* ovvero *ex art. 360, n. 5, c.p.c.* E infatti, se si esclude la propagazione dei vizi inerenti alle prove alla decisione finale, quest'ultima non sarà nulla, bensì ingiusta nel merito, proprio perché fondata su prove invalide e conseguentemente inefficaci¹⁰⁷. Ne deriva che non è possibile censurare *ex art. 360, n. 4* la sentenza che si sia fondata su una prova nulla perché tale vizio presuppone una nullità della sentenza o del procedimento¹⁰⁸.

RICCI, *Il giudizio civile di cassazione*, Torino, 2013, 156; ID., *Diritto processuale civile, I, Disposizioni generali*, Torino, 2013, 288, secondo cui gli atti istruttori «non sono atti di impulso processuale, ma si pongono quali eventi distinti e separati l'uno dall'altro, destinati unicamente a dare la dimostrazione del fatto, per cui i loro vizi si sostanziano nell'eliminazione della prova dalla trama dei restanti atti del processo e cioè nella loro semplice inefficacia al raggiungimento dello scopo. Non si pone pertanto per esse [...] il problema dell'estensione del vizio di cui all'art. 159, 1° comma»; C. BESSO, *Il processo civile. Nozioni generali*, Torino, 2015, 218, per la quale mentre gli atti propulsivi determinano l'invalidità degli atti posteriori, gli atti istruttori non operano in questo senso, «anzi rispetto ad essi [...] sarebbe più corretto parlare, anziché di nullità, di irrilevanza dell'atto viziato rispetto alla decisione».

¹⁰⁷ Così G. MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile, I*, cit., 306.

¹⁰⁸ G.F. RICCI, *Il giudizio civile di cassazione*, cit., 156, per il quale, dunque, «la nullità di una prova sia che dipenda da vizi intrinseci (ad es. consulenza tecnica, in cui non sono stati notiziati i consulenti di parte o espletata in violazione dell'art. 195, terzo comma), che da vizi estrinseci (ad es. una prova ammessa nonostante sia stata dedotta oltre i termini di cui ai nn. 2 e 3 dell'art. 183), si esaurisce in se stessa» e il vizio rileverà tutt'al più secondo i criteri dei nn. 3 e 5 dell'art. 360 c.p.c.

In questo senso è orientata la giurisprudenza, secondo cui la sentenza fondata su risultanze istruttorie nulle non può dirsi anch'essa viziata in via derivata; all'opposto, le nullità di acquisizione probatoria originerebbero una carenza giustificativa e motivazionale della sentenza, e non già la sua nullità in via derivata. Più specificamente: «la nullità di un atto di acquisizione probatoria non incide sulla sentenza che da esso prescinde e non comporta, in ogni caso, la nullità (derivata) della stessa, atteso che i rapporti tra atto istruttorio nullo e sentenza non possono definirsi in termini di eventuale nullità derivata di quest'ultima, quanto, piuttosto, di giustificatezza o meno delle statuizioni in fatto della sentenza, la quale, in quanto fondata sulla prova nulla (che quindi non può essere utilizzata) o sulla esclusione di una prova con provvedimento nullo, è priva di (valida) motivazione, non già nulla a sua volta, atteso che l'atto istruttorio, puramente eventuale, non fa parte dell'indefettibile serie procedimentale che conduce alla sentenza ed il cui vizio determina la nullità, ma incide soltanto sul merito delle valutazioni (in fatto) compiute dal giudice, sindacabili in sede di legittimità esclusivamente nei limiti consentiti dall'art. 360, 1° comma, n. 5, c.p.c.¹⁰⁹ ».

Al fine di comprendere meglio in quali termini e con quale spiegazione l'utilizzo di una prova nulla venga ricondotto da parte della dottrina e dall'indirizzo prevalente in giurisprudenza al vizio di motivazione – al momento inteso nella sua formulazione previgente quale «omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio» – è sufficiente

¹⁰⁹ Così Cass. 3 settembre 2014, n. 18587; conf. Cass. 11 marzo 2013, n. 5976; Cass. 27 luglio 2011, n. 16441; Cass. 28 luglio 2006, n. 17247; Cass. 23 settembre 2004, n. 19072.

ripercorrere il più lineare ragionamento che la Corte di cassazione svolge in relazione ad un argomento affine a quello trattato. In particolare, si ritiene che la mancata assunzione di una prova richiesta o comunque sollecitata dalla parte (si pensi al mancato accoglimento di un'istanza per disporre un ordine di esibizione ovvero una consulenza tecnica) ovvero la mancata utilizzazione di un elemento probatorio legittimino la parte a dolersi di un vizio motivazionale. Ciò beninteso a condizione che la prova non assunta ovvero non considerata si riveli decisiva, ovvero virtualmente idonea a sovvertire l'esito della controversia. In altri termini, se la parte riesce a dimostrare, sulla base di un ragionamento inevitabilmente presuntivo, che la prova non utilizzata ovvero non disposta era potenzialmente idonea a rovesciare l'esito della decisione allora si ammette il vittorioso esperimento della censura *ex art. 360, n. 5, c.p.c.*¹¹⁰. Come si legge in

¹¹⁰ Su tali questioni cfr. Cass. 18 marzo 2013, n. 6715, per la quale l'omissione di istanze istruttorie (nella fattispecie si trattava della richiesta di ammissione di una c.t.u., per lo svolgimento di un esame autoptico) è denunciabile soltanto sotto il profilo della motivazione e non già per nullità della sentenza, causata dalla violazione dell'art. 112 c.p.c., dal momento che tale violazione si configura esclusivamente con riferimento a domande, eccezioni o assunti che richiedano una statuizione di accoglimento o di rigetto; sempre con riferimento alla mancata nomina di un consulente tecnico d'ufficio si v. Cass. 9 dicembre 1996, n. 10938; in relazione invece ad un'istanza di esibizione non accolta cfr. Cass. 19 maggio 2009, n. 11603. Sull'omesso esame di documenti cfr. Cass. 12 giugno 2007, n. 13766, in *Giur. it.*, 2007, 2761, secondo cui «la mancata analisi di documenti, contrastanti con quelli posti a fondamento della pronuncia, costituisce vizio di omesso esame di un punto decisivo solo se le risultanze processuali non prese in considerazione siano tali da invalidare, con un giudizio di certezza e non di mera probabilità, l'efficacia probatoria di quelle sulle quali

il convincimento è fondato»; nello stesso verso Cass. 16 aprile 2007, n. 9087. Oltretutto, affinché l'omesso esame di un documento decisivo sia idoneo a fondare il ricorso è necessario che il documento sia stato ritualmente prodotto in giudizio secondo le modalità di cui agli artt. 74 e 87 disp. att. c.p.c.: Cass. 1 giugno 2007, n. 12904; Cass. 29 aprile 1993, n. 5077; Cass. 18 febbraio 1995, n. 1791; Cass. 15 dicembre 1987, n. 9280.

Quanto detto va infine coordinato con il principio di autosufficienza del ricorso per cassazione, in forza del quale il ricorrente deve porre i giudici di legittimità nella condizione di giudicare l'impugnazione soltanto sulla base della lettura del ricorso e del confronto con la sentenza impugnata. Su tale principio cfr. in dottrina S. CHIARLONI, *Il diritto vivente di fronte alla valanga dei ricorsi per cassazione: l'inammissibilità per violazione del c.d. principio di autosufficienza*, in www.judicium.it; E.F. RICCI, *Sull'autosufficienza del ricorso per cassazione: il deposito dei fascicoli come esercizio ginnico e l'avvocato cassazionista come amanuense*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 736; S. RUSCIANO, *Il contenuto del ricorso per cassazione dopo il d.leg. 40/2006 – La formulazione dei motivi: il principio di autosufficienza*, in *Corr. giur.*, 2007, 279; F. SANTANGELI, *Il principio di autosufficienza del ricorso per cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 607 ss. In particolare il principio in parola impone al ricorrente non solo di richiamare la prova trascurata ma anche, ove occorra, di provvedere alla trascrizione integrale nel ricorso della richiesta di ammissione della prova costituenda disattesa o del contenuto del documento in caso di prova precostituita (G.F. RICCI, *Il giudizio civile di cassazione*, cit., 166). La risultanza istruttoria, in tesi decisiva e non valutata o insufficientemente valutata, deve emergere dal ricorso proprio perché il principio di autosufficienza del ricorso per cassazione richiede che il controllo operato dai giudici di legittimità avvenga sulla base delle deduzioni contenute nell'atto, alle cui lacune non è possibile sopperire con indagini integrative. Su altro versante la mancata ammissione delle istanze istruttorie articolate dal ricorrente impone a quest'ultimo di indicare, nel ricorso, il momento del processo in cui ebbe a dedurre la prova non ammessa e l'oggetto preciso di questa. In giurisprudenza cfr. Cass. 19 giugno 1995, n. 6927, in ordine alla

numerosi arresti è indispensabile che il mancato esame di un'istanza istruttoria attenga a circostanze che, con giudizio di certezza e non di mera probabilità, avrebbero portato a una decisione diversa da quella invece adottata; le istanze non ammesse o le risultanze non esaminate debbono esser tali da inficiare la motivazione fondata su diversi (ed evidentemente meno incisivi) elementi probatori¹¹¹. È indispensabile il riscontro di un nesso causale tra la decisione e l'omesso esame di una prova o istanza probatoria, tale per cui la valutazione degli elementi probatori ignorati ovvero la disposizione delle istanze istruttorie rigettate avrebbero privato di ogni fondamento la *ratio decidendi* della sentenza. In questo scenario, va comunque tenuto fermo il noto principio in forza del quale alla Corte non è consentito sindacare né l'apprezzamento delle prove libere né il criterio con il quale il giudice del merito ha selezionato il materiale

mancata ammissione di mezzi istruttori; per l'omesso esame di prove documentali si v. Cass. 27 gennaio 2009, n. 1952, che richiede – sempre in virtù del principio di autosufficienza del ricorso e dunque al fine di consentire alla Corte il controllo sull'adeguatezza o meno della motivazione in rapporto al fatto controverso – la trascrizione del testo integrale o della parte più significativa del documento; in termini generali, circa l'omessa valutazione di documenti, deposizioni testimoniali e dichiarazioni delle parti, cfr. Cass. 27 maggio 2010, n. 12988; Cass. 28 febbraio 2006, n. 4405, che impongono al ricorrente di riprodurre il tenore esatto, riportandone il contenuto nella sua integrità, del documento ovvero della prova testimoniale, il cui omesso esame è denunciato; da ultimo, per un'efficace sintesi delle problematiche in esame cfr. Cass. 30 luglio 2010, n. 17915, in *Foro it.*, 2011, I, 1181, con nota critica di R. CAPONI.

¹¹¹ Cass. 17 maggio 2007, n. 11457; Cass. 19 dicembre 2006, n. 27137; Cass. 12 agosto 2004, n. 15693; Cass. 13 gennaio 1995, n. 381.

probatorio su cui fondare la decisione, a condizione che quest'ultima sia sorretta da motivazione logica e non contraddittoria (se non altro nel regime antecedente alla riforma del 2012, la quale ha inciso anche sull'art. 360 c.p.c.). Non sussiste pertanto un obbligo del giudice civile di esaminare e discutere in motivazione tutte le risultanze probatorie; all'opposto, gli è consentito disattendere implicitamente le ulteriori ricostruzioni svolte dalle parti, evitando di discutere e confutare ogni deduzione difensiva incompatibile con la decisione presa. Ben possono pertanto essere implicitamente disattesi gli elementi probatori che *avrebbero potuto*, con giudizio di probabilità e non di certezza, orientare la decisione in altra direzione¹¹².

E in effetti, nel caso dell'omesso esame o dell'omessa pronuncia su un'istanza istruttoria, la doglianza innanzi alla Suprema Corte non riguarda il criterio di scelta tra i diversi mezzi istruttori a disposizione (anche solo potenzialmente) del giudice, bensì la virtuale omissione di un «fatto decisivo» – *ex art. 360, n. 5, c.p.c.* – che poteva scaturire dalla prova non esaminata (oppure nemmeno disposta)¹¹³. Come è stato efficacemente osservato «è come se si volesse dire che il giudice non ha un obbligo di motivare sulla scelta delle prove a lui proposte, ma ha pur sempre l'obbligo di esaminarle tutte quante¹¹⁴».

Questa breve digressione si rivela utile anche ai presenti fini, considerato che la Cassazione, con un ragionamento indubbiamente meno immediato ma del tutto analogo

¹¹² In ordine a tali questioni cfr. in giurisprudenza Cass. 24 maggio 2006, n. 12362; Cass. 7 gennaio 1982, n. 60.

¹¹³ Sul punto, chiaramente, G.F. RICCI, *Il giudizio civile di cassazione*, cit., 132

¹¹⁴ G.F. RICCI, *ibidem*.

rispetto a quello svolto per sancire la sindacabilità sotto il profilo motivazionale della mancata ammissione di un mezzo istruttorio, autorizza a censurare, sempre sotto il profilo motivazionale, l'utilizzo da parte del giudice del merito di una prova nulla, fermo anche in questo caso il limite rappresentato dal carattere di decisività del vizio, ovverosia dalla sua idoneità a ripercuotersi in modo determinante sul dispositivo¹¹⁵. La censura giustificativa è ammessa non solo a causa del mancato esame o espletamento di una prova decisiva (e dunque di un fatto decisivo che la prova avrebbe accertato diversamente) ma anche nel caso in cui sia stata ritenuta decisiva una prova nulla, come tale insuscettibile di rientrare nel coacervo probatorio idoneo a fondare la decisione¹¹⁶. In

¹¹⁵ In proposito si v. ancora una volta G.F. RICCI, *Il giudizio civile di cassazione*, cit., 165 ss.

¹¹⁶ Cfr. Cass. 10 ottobre 2014, n. 21418, che ha ritenuto inammissibile per difetto di interesse processuale all'impugnazione il ricorso avverso la sentenza che aveva giudicato tardiva l'eccezione di inammissibilità della prova testimoniale *ex art.* 246 c.p.c., in quanto la testimonianza assunta non si era rivelata decisiva ai fini della decisione della controversia. Si v. poi Cass. 31 gennaio 2007, n. 2201, per la quale quando «con il ricorso per cassazione venga censurata l'ammissione, da parte del giudice del merito, di una prova in seguito regolarmente espletata è necessario che il ricorrente indichi le ragioni del carattere decisivo di tale mezzo istruttorio in ordine alla risoluzione della controversia giacché, per il principio di autosufficienza del ricorso, il controllo della decisività della prova che si assume illegittimamente ammessa ed assunta deve essere consentito alla Corte sulla base delle deduzioni contenute nell'atto impugnatorio, alle cui lacune non è possibile sopperire con indagini integrative». Come si evince dal passaggio riportato rimane fermo anche in questa ipotesi il principio di autosufficienza del ricorso per cassazione. Sul punto G.F. RICCI, *Il giudizio civile di cassazione*, cit., 166, secondo cui

quest'ultimo caso l'omissione consisterebbe nel non aver motivato circa l'invalidità della prova e nel diverso esito a cui si sarebbe pervenuti ove per contro fosse stata correttamente sancita l'invalidità e la conseguente inefficacia della prova.

La sussunzione delle nullità istruttorie *sub* art. 360, n. 5, c.p.c. non può peraltro dirsi pacifica. Secondo un indirizzo autorevole il vizio in parola andrebbe denunciato *ex* art. 360, n. 4, c.p.c., come *error in procedendo*. E infatti, benché non possa stabilirsi un nesso di dipendenza necessario tra atto probatorio e sentenza, tale nesso non può dirsi in assoluto inesistente ma potrà essere riscontrato in via eventuale. La dipendenza della sentenza dall'atto viziato non sarebbe *a priori* insussistente ma meramente *eventuale*, da accertarsi nel caso concreto, cosicché la sentenza risulterebbe viziata soltanto là dove l'atto istruttorio nullo venisse in concreto utilizzato dal giudice del merito. La circostanza che il vizio dell'atto di acquisizione probatoria non impedisca mai la decisione nel merito non esclude affatto la nullità di quella specifica decisione che in concreto recepisca, peraltro in termini decisivi, nella risoluzione della *quaestio facti* la prova viziata¹¹⁷. In questo senso, peraltro, si orientano alcuni (meno recenti) arresti di legittimità¹¹⁸.

occorre una precisa indicazione nel ricorso della prova e dei motivi della sua inammissibilità secondo i principi che la regolano.

¹¹⁷ In questo senso R. VACCARELLA, *Inattività delle parti ed estinzione del processo di cognizione*, cit., 75; ID., *Lezioni sul processo civile di cognizione. Il giudizio di primo grado e le impugnazioni*, Bologna, 2006, 233 ss.; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 212: «la nullità di un atto di acquisizione probatoria non si estende agli altri atti del procedimento e incide sulla validità della sentenza solo se questa prende in considerazione la prova acquisita in modo nullo»; G.

VERDE, *Diritto processuale civile 2. Processo di cognizione*, cit., 243, per il quale al motivo n. 4 andrebbero ricondotte «sia l'ipotesi in cui il giudice si sia avvalso per la ricostruzione del fatto di prove inammissibili, sia l'ipotesi in cui abbia escluso prove, ritenendole erroneamente irrilevanti o inammissibili; e ciò sempre che la corte giudichi che l'errore sia stato o possa essere stato decisivo»; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile, I, Principi generali*, cit., 424, per il quale vi sono «due ipotesi in presenza delle quali un processo, in cui è presente un atto nullo, non produce a sua volta una sentenza nulla. La prima ipotesi è fisiologica e si ha quando il giudice riconosce che l'atto è nullo e quindi non ne tiene conto nella decisione. Ad es., è stato assunto un testimone che non poteva deporre, il giudice riconosce tale invalidità, e non tiene conto delle dichiarazioni di quel testimone. L'altra ipotesi si ha quando di fatto l'atto nullo non è utilizzato dal giudice, ancorché il giudice non ne dichiari espressamente la nullità»; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile, II, Profili generali*, Torino, 2010, 291, 292, che considera in via derivata illegittima, ovverosia emessa in violazione di norme processuali, la sentenza fondata su assunzioni probatorie invalide; seppur con riferimento alla sola consulenza tecnica, A. LEVONI, *Le disposizioni di attuazione del codice di procedura civile*, Milano, 1992, 222. In proposito si v. poi le considerazioni di G. TARZIA, *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 654 ss., secondo cui è preferibile optare per la deducibilità in cassazione ex art. 360, n. 4, c.p.c. considerato che la giurisprudenza si accontenta di una motivazione sintetica sul fatto, e non si cura di scendere in una motivazione analitica sui singoli mezzi di prova (se non altro dei mezzi di prova effettivamente assunti a fondamento della decisione), legittimando un richiamo generale e indiscriminato alle risultanze probatorie emerse nel corso del processo. Questa circostanza comporta una sostanziale «assenza di tutela contro la effettiva valorizzazione, nel momento del giudizio, della prova inammissibile o irregolare».

¹¹⁸ Cfr. in particolare Cass. 15 dicembre 2003, n. 19186, per la quale se il giudice, non rilevando l'intervenuta decadenza, fonda la propria decisione su una prova tardivamente acquisita al processo, la sentenza così pronunciata sarebbe affetta da nullità derivante

Nondimeno, anche seguendo questa diversa linea interpretativa l'errore deve assumere contorni decisivi, tale da spiegare un'incidenza causale sull'esito della sentenza. Infatti «dai principi di economia processuale, di ragionevole durata del processo e di interesse ad agire si desume quello per cui la censura di vizi dell'attività del giudice che comportino la nullità della sentenza o del procedimento, ai sensi dell'art. 360, n. 4, c.p.c., non tutela l'astratta regolarità dell'attività giudiziaria, ma garantisce soltanto l'eliminazione del pregiudizio del diritto di difesa concretamente subito dalla parte che denuncia il vizio, con la conseguenza che l'annullamento della sentenza impugnata si rende necessario solo allorché nel successivo giudizio di rinvio il ricorrente possa ottenere una pronuncia diversa e più favorevole rispetto a quella cassata¹¹⁹».

È indispensabile a questo punto valutare se la questione sinora esaminata assuma contorni diversi in seguito alla riformulazione dell'art. 360, n. 5, c.p.c. ad opera dell'art.

dalla violazione di una norma sul procedimento; Cass. 18 marzo 2003, n. 3989, per la quale «in base al principio contenuto nell'art. 159 c.p.c. , la nullità del singolo atto processuale dà luogo alla nullità della sentenza solo se posta in rapporto di dipendenza con l'atto nullo e, in particolare, l'eventuale nullità di una prova non comporta la nullità della sentenza adottata a definizione della controversia nella quale è stata assunta se la decisione finale della controversia non è in alcun modo fondata su detta prova»; Cass. 17 maggio 1999, n. 4796, in *Giust. civ.*, 1999, I, 2659, con nota di C. ASPRELLA, secondo cui «l'escussione di un teste da parte del giudice di pace in assenza dei difensori delle parti dà luogo a nullità insanabile della prova per violazione del principio del contraddittorio. Tale vizio, attinente alla violazione di regole processuali, è deducibile con il ricorso per cassazione» a meno che «la decisione non abbia preso in considerazione detta prova».

¹¹⁹ Cass. 7 febbraio 2011, n. 3024.

54 del d.l. n. 83 del 2012, convertito in l. n. 134 del 2012. Difatti, nel sistema *ante* riforma, la censura relativa al mancato esame di una prova decisiva, così come l'utilizzo di una prova decisiva invero viziata, veniva ricondotta all'ipotesi di *omessa motivazione*, la quale ben potrebbe essere integrata anche dalla mancata motivazione su un mezzo di prova soltanto, purché come detto da esso scaturisca l'omissione di un fatto decisivo¹²⁰. Nel sistema attuale, a taluni non è parso difficile ricondurre all'*omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio* sia l'omessa valutazione di elementi o istanze istruttorie, sia l'erroneo impiego di una prova invalida: in quest'ultimo caso l'omissione sarebbe integrata dal non aver considerato correttamente la circostanza impeditiva, scaturente da un vizio di ammissione ovvero di assunzione, all'impiego della prova¹²¹.

Questa lettura appare tuttavia smentita dai recenti (e molteplici) interventi delle sezioni unite, che con una serie coordinata di pronunce, inaugurata dalla sentenza n. 8053/2014, hanno adottato un'interpretazione restrittiva della nuova formulazione dell'art. 360, n. 5, c.p.c.¹²². In

¹²⁰ Cfr. G.F. RICCI, *Il giudizio civile di cassazione*, cit., 167, il quale conclude che il concetto di omessa motivazione può anche presentarsi come un concetto relativo e *parziale*, ovvero riferito alla mancanza di giustificazione su una prova soltanto.

¹²¹ In questo senso G.F. RICCI, *Il giudizio civile di cassazione*, cit., 196.

¹²² Per un primo commento a Cass. sez. un. 7 aprile 2014, n. 8053, cfr. A. PANZAROLA, *Le sezioni unite riducono al «minimo costituzionale» il sindacato di legittimità sulla motivazione della sentenza civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 179 ss.; F. PORCELLI, *Sul vizio di «omesso esame circa un fatto decisivo»*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 1594 ss.; L. LOMBARDO, *Il sindacato di legittimità della corte di cassazione*, Torino, 2015, 184 ss.; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *Il processo*

particolare, secondo la Suprema Corte, la nuova versione della norma comporterebbe «la riduzione al “*minimo costituzionale*” del sindacato di legittimità sulla motivazione», di talché sarebbe denunciabile esclusivamente «l’anomalia motivazionale che si tramuta in violazione di legge costituzionalmente rilevante, in quanto attinente all’esistenza della motivazione in sé, purché il vizio risulti dal testo della sentenza impugnata, a prescindere dal confronto con le risultanze processuali». Più precisamente, sarebbe denunciabile per cassazione «l’omesso esame di un “fatto storico”, principale o secondario, la cui esistenza risulti dal testo della sentenza o dagli atti processuali, che sia stato discusso tra le parti e abbia carattere decisivo, sicché il ricorrente deve indicare tale fatto storico, il “dato” da cui risulti esistente, il “come” e il “quando” esso sia stato discusso e la sua “decisività”, *fermo che non rileva l’omesso esame di elementi istruttori, se il fatto storico sia stato comunque valutato dal giudice*». Da ciò discende l’esclusiva rilevanza del vizio motivazionale «che si esaurisce nella mancanza assoluta di motivi sotto l’aspetto materiale e grafico, nella motivazione apparente, nel contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili e nella motivazione perplessa e obiettivamente incomprensibile, esclusa qualunque rilevanza del semplice difetto di sufficienza della motivazione». Non sembra che il precedente indirizzo possa reggere all’onda d’urto della lettura del nuovo vizio motivazionale offerta dai giudici di legittimità. Una lettura estremamente esigente e restrittiva che tuttavia sembra idonea a trasferire definitivamente le nullità probatorie *sub* art. 360, n. 4, c.p.c. e qualificarle

di primo grado e le impugnazioni delle sentenze, Torino, 2015, 571.

come *errores in procedendo*, e ciò beninteso sia che si tratti di vizi relativi alla fase di ammissione sia che si tratti di vizi relativi alla fase di assunzione¹²³.

6. La rinnovazione delle prove nulle. La distinzione tra rinnovazione finalizzata all'efficienza della prova e rinnovazione finalizzata alla validità della prova. La pronuncia di nullità e gli impedimenti alla rinnovazione della prova.

Qualunque nullità istruttoria non condiziona la decidibilità nel merito della domanda bensì soltanto l'efficacia dell'attività svolta. La stessa impossibilità di procedere alla rinnovazione di un atto istruttorio non è affatto ostativa alla prosecuzione del giudizio e non comporta una pronuncia di *absolutio ab instantia*, ma più semplicemente vieta la valida utilizzazione degli elementi di prova raccolti in modo viziato.

¹²³ *Contra* Cass. 19 marzo 2014, n. 6332, per la quale le norme poste dal codice civile in materia d'onere della prova e di ammissibilità attengono al diritto sostanziale, sicché la loro violazione integra un *error in iudicando*, e non *in procedendo*. È il caso di rilevare che nel nuovo codice di procedura penale sia l'inosservanza delle norme processuali penali stabilite a pena di nullità, sia quelle stabilite a pena di inutilizzabilità (*id est*, sia le norme relative all'*an* che quelle relative al *quomodo* della prova) sono deducibili in Cassazione, quali *errores in procedendo*, mediante un unico motivo di ricorso (art. 606, lett. c) c.p.p.). Per contro, nel regime previgente, la possibilità di far valere l'inosservanza dei divieti probatori era rappresentata esclusivamente dal vizio di motivazione della sentenza (cfr. F.M. GRIFANTINI, voce *Inutilizzabilità*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, 254).

La rinnovazione può essere sostanzialmente di due tipologie in vista della funzione che assume nel processo. È in particolare possibile distinguere tra rinnovazione funzionale all'*efficienza* del processo e rinnovazione funzionale alla *validità* del processo¹²⁴. Se la seconda categoria trova un riferimento normativo di portata generale nell'art. 162 c.p.c., la prima categoria è costituita da disposizioni specifiche, molte delle quali dettate proprio in materia di prove. Queste norme specifiche in tema di rinnovazione probatoria non sono invero accomunate dalla necessità di sanare un'acquisizione probatoria viziata, bensì dall'opportunità di rimediare alla insoddisfacente *qualità* degli elementi probatori raccolti¹²⁵, in ipotesi poco chiari o contraddittori. È il caso dunque di passare brevemente in rassegna queste disposizioni al fine di giustificare tale assunto ed evidenziare le differenze tra le due classi di rinnovazione.

L'art. 257, 2° comma, c.p.c. recita: il giudice «*può* disporre che siano nuovamente esaminati i testimoni già interrogati, al fine di chiarire la loro deposizione o correggere irregolarità avveratesi nel precedente esame¹²⁶». Nonostante la fattispecie possa di primo acchito richiamare l'istituto della rinnovazione degli atti processuali di cui all'art. 162 c.p.c. ed essere stimata specifica (ma, dovrebbe dirsi, superflua) applicazione di tale generale principio, va per contro rimarcata la distanza tra le due norme, consistente da un lato nella discrezionalità di cui è munito il giudice nel valutare se

¹²⁴ S. LA CHINA, *Diritto processuale civile. Le disposizioni generali*, Milano, 1991, 767.

¹²⁵ S. LA CHINA, *op. loc. ult. cit.*

¹²⁶ Si ritiene che possa provvedere in tal senso anche il giudice d'appello: cfr. Cass. 29 aprile 2004, 8217 e Cass. 1 agosto 2002, n. 11436.

disporre o meno la nuova audizione testimoniale (il giudice «può»), e dall'altro nella circostanza che la disposizione in esame circoscrive il campo di tale discrezionalità alle ipotesi che definisce *expressis verbis* di «irregolarità», con la conseguenza di escludere dal proprio ambito applicativo le effettive nullità di assunzione della prova per testi, in ordine alle quali s'impone un vero e proprio *obbligo* di rinnovazione¹²⁷. Ad esempio: v'è facoltà, *ex art. 257 c.p.c.*, di rinnovare l'esame nel caso in cui il teste non abbia fornito tutte le proprie generalità, ovvero nell'ipotesi di mancata prestazione del giuramento; corre invece l'obbligo di rinnovazione *ex art. 162 c.p.c.* nel caso in cui la deposizione non venga verbalizzata.

In modo non dissimile va letto l'ultimo comma dell'art. 257-*bis* c.p.c., in forza del quale «il giudice, esaminate le risposte o le dichiarazioni, può sempre disporre che il testimone sia chiamato a deporre davanti a lui o davanti al giudice delegato». La modalità di assunzione della prova testimoniale potrà essere «rinnovata» sia per chiarire le

¹²⁷ B. CIACCIA CAVALLARI, *La rinnovazione nel processo civile*, cit., 228; conf. AULETTA, *Nullità e «inesistenza» degli atti processuali civili*, cit., 157; R. POLI, *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali civili*, cit., 266; R. CREVANI, *Commento all'art. 257*, in M. TARUFFO (a cura di), *Istruzione probatoria*, Bologna, 2014, 740, nt. 2; *contra* C. MANDRIOLI, *Sulla nozione di «irregolarità» nel processo civile*, cit., 513, per il quale «l'ampia portata lessicale dell'espressione toglie ogni dubbio sul fatto che le irregolarità prese in considerazione sono tutte le possibili difformità dal paradigma normativo, sia che diano luogo e sia che non diano luogo a nullità. Con riguardo a tutte queste possibili difformità, la legge si preoccupa soltanto di predisporre uno strumento rapido per l'eliminazione del vizio, la "regolarizzazione"; uno strumento che può coincidere, ma anche non coincidere, con la rinnovazione, per eliminare i vizi, quali che essi siano».

eventuali dichiarazioni contraddittorie o poco comprensibili, sia per rimediare alle irregolarità nella compilazione del modello di testimonianza. Nel caso in cui il modello riveli invece autentiche nullità sorgerà l'obbligo di rinnovare l'esame testimoniale.

Se ne riceve conferma anche dall'art. 196 c.p.c. in materia di rinnovazione della consulenza tecnica. Premesso infatti che la rinnovazione può essere disposta sia nel caso in cui la consulenza sia viziata da nullità, sia nell'ipotesi in cui la relazione si riveli insufficiente o contraddittoria e pertanto si renda necessario un supplemento di indagine, il potere di rinnovazione è qualificato nella norma come puramente discrezionale («Il giudice ha sempre la *facoltà* di disporre la rinnovazione delle indagini»). È dunque corretto riferire il campo operativo anche di questa disposizione alle ipotesi in cui la rinnovazione sia di tipo fisiologico e ricondurre alla fattispecie generale le reali nullità della consulenza.

Anche la rubrica dell'art. 281 c.p.c. adopera il termine rinnovazione. La norma consente all'organo giudicante di ristabilire un contatto immediato con la fonte di prova, salvaguardando il canone dell'immediatezza. In particolare, il collegio è autorizzato, anche officiosamente, a disporre quando ne ravvisi la necessità «la riassunzione davanti a sé di uno o più mezzi di prova». In questo modo, la causa non fa ritorno alla fase istruttoria ma rimane in fase decisoria, rendendo superflua la reiterazione della precisazione delle conclusioni successivamente alla rinnovazione della prova¹²⁸. La facoltà può essere

¹²⁸ La norma è ritenuta applicabile anche ai casi in cui il tribunale decida in composizione monocratica (C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, II, *Il processo ordinario di cognizione*, cit., 331; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, cit.,

esercitata (e risulta particolarmente utile) laddove il giudice dubiti della valenza dimostrativa del mezzo istruttorio assunto dal giudice istruttore¹²⁹, ma non sembra possa trovare applicazione anche quando in sede di decisione venga rilevata una nullità nel procedimento di acquisizione della prova. Il termine rinnovazione va ancora una volta inteso in senso atecnico, depurato da qualsivoglia richiamo alla nullità¹³⁰.

180; E. MARINUCCI, *Commento all'art. 281*, in L.P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, III, 2, 155). Non è invece del tutto pacifico se la rinnovazione possa avere luogo indipendentemente da una precedente assunzione della prova ad opera del giudice istruttore (in senso positivo C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *op. loc. ult. cit.*; E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, II, Milano, 1981, 229; *contra* F.P. LUISO, *op. loc. ult. cit.*, che ritiene necessaria in questi casi la rimessione della causa in istruttoria).

¹²⁹ Ad esempio quando in fase decisoria il collegio non ritenga credibile il testimone (per questo esempio si v. F.P. LUISO, *op. loc. ult. cit.*). La norma trova ad ogni modo scarsissima applicazione in giurisprudenza. Per un esempio si v. Cass. 20 febbraio 1993, n. 2085, secondo cui «la facoltà che l'art. 281 c.p.c. attribuisce al collegio di ordinare la riassunzione davanti a sé di un mezzo di prova già assunto dal giudice istruttore può essere esercitata anche al fine di consentire la ripetizione, sulla stessa formula, del giuramento suppletorio, nel caso di riscontrare inesattezze nel processo verbale della precedente assunzione». Nella fattispecie il giudice non era stato in grado di comprendere il verso del giuramento per via di una formulazione dello stesso poco chiara. Dunque non si sarebbe trattato della «prestazione di un secondo giuramento ma della prestazione del giuramento sulla stessa formula ma con verbalizzazione intelligibile».

¹³⁰ In questo senso S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, II, 1, Milano, 1959, 341; E. MARINUCCI, *Commento all'art. 281*, cit., 155. In sintonia con questo indirizzo, e con specifico riferimento all'ispezione, si è rilevato che il giudice ha il potere di

In definitiva i modelli di rinnovazione menzionati condividono un aspetto, consistente in ciò che i poteri del giudice sono meramente discrezionali e il loro esercizio non presuppone in alcun modo la nullità delle prove da rinnovare: con altre parole le disposizioni esaminate non rappresentano diramazioni applicative della regola generale consacrata nell'art. 162 c.p.c., ma norme a cui va attribuito un autonomo spazio applicativo che non presuppone un fenomeno patologico. Si tratta in questi casi di rimediare a impedimenti di diversa natura, perlopiù incompletezze dei risultati istruttori e mere irregolarità, per definizione estranee al fenomeno della nullità della prova¹³¹. È il giudice che valuta se provvedere alla rinnovazione della prova: la ripetizione dell'episodio istruttorio risponde a criteri di *utilità*¹³², laddove invece la rinnovazione, nel suo significato tecnico, risponde a criteri di *necessità*.

Designato il campo d'operatività delle «rinnovazioni», è chiaro che la disciplina della rinnovazione degli atti istruttori (veramente) nulli debba trovare regolazione nella disposizione generale dell'art. 162 c.p.c.

ordinare la rinnovazione dell'ispezione non soltanto *ex art.* 281 c.p.c. ma anche laddove l'ispezione presenti, nella sua fase di ammissione ovvero di assunzione e verbalizzazione, vizi tali da inficiarne la validità: così D. VOLPINO, *L'ispezione nel processo civile*, cit., 102.

¹³¹ V. DENTI, voce *Nullità degli atti processuali civili*, cit., 482; C. FURNO, *Nullità e rinnovazione degli atti processuali*, cit., 446 ss.; G. MARTINETTO, *op. cit.*, 1651 ss.; G. OLIVIERI, *La rimessione al primo giudice nell'appello civile*, Napoli, 1999, 170; F. MARELLI, *La conservazione degli atti invalidi nel processo civile*, Padova, 2000, 164.

¹³² B. CIACCIA CAVALLARI, *La rinnovazione nel processo di cognizione*, cit., 228 ss.

Al riscontro della nullità, come anticipato, corrisponde l'obbligo (e non soltanto la facoltà) in capo al giudice di procedere *in via officiosa* alla rinnovazione della prova¹³³, obbligo per taluni imposto dal diritto alla prova, corollario del diritto di difesa (art. 24 Cost.)¹³⁴. Quest'ultima osservazione è condivisibile nella misura in cui il giudice ritenga ancora sussistenti le esigenze istruttorie (*id est* la rilevanza in termini di utilità dello strumento di prova da rinnovare) che l'avevano indotto ad assumere (oltretutto in modo nullo) la prova; rimane pertanto salva la possibilità di ritenere la rinnovazione (*rectius*: la prova e dunque in

¹³³ Cfr. A. CERINO CANOVA, *Commento all'art. 164*, in E. ALLORIO (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, II, 1, Torino, 1980, 337; V. DENTI, *Nullità degli atti processuali civili*, cit., 482; C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, *Nozioni introduttive e disposizioni generali*, cit., 577; F. MARELLI, *La conservazione degli atti invalidi nel processo civile*, cit., 164, che rileva altresì (ivi, nt. 36) la differenza con il codice di rito del 1865 che all'art. 249 contemplava una nuova assunzione della testimonianza quando l'esame fosse in tutto o in parte *dichiarato nullo* per colpa del giudice, del cancelliere, del procuratore o dell'usciera. Evidentemente, l'esplicita previsione di una rinnovazione per nullità della prova, presente nel codice abrogato e non ribadita nel vigente codice, rappresenta un indice non trascurabile al fine di ricondurre l'attuale disciplina della rinnovazione degli atti istruttori invalidi alla disposizione generale in tema di nullità degli atti. Per applicazioni dell'art. 162 c.p.c. in materia istruttoria cfr. ad es. Cass. 23 ottobre 1999, n. 11945; Cass. 7 maggio 1987, n. 4227: in entrambe le pronunce la rinnovazione è dovuta all'omessa verbalizzazione della parola «giuro», che in tesi cagiona la nullità del giuramento.

¹³⁴ Così F. MARELLI, *La conservazione degli atti invalidi nel processo civile*, cit., 165, secondo cui il giudice, se rileva in sede decisoria la nullità di acquisizione della prova, non potrebbe trattenere la causa per la decisione, ma dovrebbe rimetterla in istruttoria al fine di rinnovare l'assunzione.

via consequenziale la rinnovazione della stessa) superflua (perché ad esempio *medio tempore* è stata assunta una diversa prova che rende superfluo l'ulteriore dispiegarsi dell'istruttoria, essendosi il convincimento del giudice compiutamente formatosi), senza che possa dirsi violato il diritto alla prova della parte istante. In altri termini il diritto alla prova è pregiudicato soltanto allorché la mancata rinnovazione non trovi giustificazione nella valutazione discrezionale di superfluità della prova *ex art. 209 c.p.c.*

Difformemente rispetto a quanto accade in tema di convalidazione soggettiva e oggettiva, meccanismi di sanatoria che impediscono la dichiarazione di nullità, la rinnovazione presuppone la dichiarazione di nullità: l'atto probatorio viziato, in tal caso, non viene sanato bensì sostituito con un atto valido¹³⁵. La pronuncia di nullità sarà contenuta, anche implicitamente, nell'ordinanza che dispone la rinnovazione¹³⁶. Circa la natura della pronuncia di nullità degli atti istruttori può aggiungersi che essa

¹³⁵ Cfr. G. MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, I, cit., 315, 316.

¹³⁶ Si desume che il provvedimento che dispone la rinnovazione sia un'ordinanza grazie alla contrapposizione, presente nel secondo comma dell'art. 162 c.p.c., tra il «*provvedimento*» con il quale il giudice pronuncia la nullità e può porre le spese di rinnovazione a carico del cancelliere, ufficiale giudiziario o difensore responsabile e la «*sentenza*» definitiva attraverso cui il giudice su istanza di parte può condannare il responsabile stesso al risarcimento dei danni causati dalla nullità (per tutti R. ORIANI, voce *Nullità degli atti processuali I*) *Diritto processuale civile*, cit., 19). Cfr. poi S. LA CHINA, *Diritto processuale civile. Le disposizioni generali*, cit., 771, il quale sottolinea l'opportunità di aver utilizzato nella formulazione normativa il verbo «*disporre*», in luogo del verbo «*ordinare*», atteso che la rinnovazione può anche interessare un atto proprio del giudice e non soltanto un atto delle parti.

possiede natura costitutiva e non già dichiarativa¹³⁷, considerato che gli atti istruttori nulli sono potenzialmente idonei a produrre effetti, pur se precari (la loro stabilità è condizionata alla sanatoria). La natura costitutiva della pronuncia disvela anche gli effetti della rinnovazione, i quali si producono dal momento in cui viene posto in essere l'atto rinnovante, e dunque *ex nunc*¹³⁸.

Ciò detto, occorre a questo punto vagliare la concreta possibilità di procedere alla rinnovazione, atteso che lo stesso art. 162 c.p.c. impone senz'altro la rinnovazione degli atti nulli, ma a condizione che la stessa «*sia*

¹³⁷ Cfr. R. POLI, *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, cit., 174 ss., 254.

¹³⁸ G. MARTINETTO, *op. cit.*, 1653; N. PICARDI, *op. cit.*, 277; R. ORIANI, *Nullità degli atti processuali*, cit., 18; G. MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, I, cit., 316; L. MONTESANO-G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, I, 1, cit., 834; R. POLI, *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, cit., 247, per il quale la rinnovazione opera senza dubbio *ex nunc* con riferimento agli atti istruttori viziati, che sono atti del procedimento non idonei a compromettere la possibilità di decidere il merito della domanda; C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, *Nozioni introduttive e disposizioni generali*, cit., 577, nt. 53, insieme a cui può osservarsi che la portata retroattiva della rinnovazione sussiste soltanto quando la legge la prevede, come ad es. nel caso dell'art. 291, 1° comma, c.p.c.; nello stesso verso S. LA CHINA, *Diritto processuale civile. Le disposizioni generali*, cit., 771 ed ivi la precisazione che nel caso in cui l'atto nullo abbia comportato la nullità degli atti successivi dipendenti, la rinnovazione del primo atto nullo, ovvero sia dell'atto viziato *ex se* e non in via derivata, non implica la «riacquisita validità, quasi una sanatoria *ex post*, degli atti dipendenti, che invece potranno dover essere singolarmente rinnovati». In proposito l'A. propone l'esempio delle indagini svolte da un consulente invalidamente nominato: la rinnovazione della nomina non sarebbe idonea a salvare le operazioni peritali.

possibile». L'impossibilità della rinnovazione può essere dovuta a due tipi di impedimenti: impedimenti di natura giuridica, riconducibili alla natura del vizio di nullità o al fattore temporale, ovvero impedimenti di fatto¹³⁹.

Dal primo punto di vista, relativo agli impedimenti di carattere giuridico, la locuzione in parola deve essere correttamente circoscritta.

Certamente lo strumento della rinnovazione non può essere adoperato nel caso in cui l'atto sia compiuto tardivamente, dopo lo spirare di un termine perentorio o il verificarsi di una preclusione. In questo caso la nullità è determinata dalla tardività dell'atto¹⁴⁰, atto che ai presenti fini conterà perlopiù nella deduzione o produzione rispettivamente della prova costituenda o del documento. Si tratta di termini perentori, previsti a pena di preclusione, che non possono essere elusi attraverso lo strumento della rinnovazione, bensì, in presenza dei presupposti necessari, grazie all'istituto della remissione in termini.

Diverso dal caso in cui l'atto venga posto in essere successivamente alla scadenza del termine perentorio, è quello in cui vi sia stato il compimento dell'atto innanzi al verificarsi di una preclusione o decadenza, senonché quest'atto è stato compiuto in modo invalido. La sequenza dunque non è, come nell'ipotesi precedente, in cui la nullità dell'atto è dovuta alla intempestività, preclusione/compimento dell'atto/dichiarazione di nullità ma compimento dell'atto invalido/preclusione/dichiarazione di nullità. Anche in

¹³⁹ Per la distinzione, anche in una prospettiva più generale, cfr. R. POLI, *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, cit., 244 ss.; ID., *Commento all'art. 162*, in C. CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile commentato*, cit., 2023; C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, I, *I soggetti e gli atti*, cit., 104.

¹⁴⁰ Cfr. R. ORIANI, voce *Nullità degli atti processuali*, cit., 11.

questo caso, tuttavia, la dichiarazione di nullità non autorizza la rinnovazione dell'atto nullo, giacché altrimenti quest'ultima si attergerebbe ad illegittima ed arbitraria rimessione in termini¹⁴¹. Questa situazione può verificarsi ad esempio allorché la deduzione o produzione, pur se tempestive, risultino viziate. Orbene, la rinnovazione non autorizza a considerare rispettato il termine perentorio spirato tra l'atto nullo e la pronuncia di nullità. Come detto, l'atto rinnovante è efficace *ex nunc*, dal momento in cui viene posta in essere la rinnovazione, che rappresenta una fattispecie autonoma e distinta dal precedente atto viziato, sicché i suoi effetti non possono retrodatarsi al momento in cui era stato compiuto l'atto viziato¹⁴². È utile specificare che la parte rimane libera di rinnovare l'atto nullo spontaneamente, prescindendo da un ordine del giudice in tal senso, a condizione che i termini perentori

¹⁴¹ Cfr. N. PICARDI, *Irretroattività degli effetti dell'ipotesi di rinnovazione dell'atto processuale nullo*, in *Giur. it.*, 1961, I, 1, 391; ID., *Manuale del processo civile*, cit., 277; R. ORIANI, voce *Nullità degli atti processuali*, cit., 18; S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, I, cit., 550; E. REDENTI-M. VELLANI, *Diritto processuale civile*, cit., 115; R. POLI, *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, cit., 248; A. ATTARDI, *Diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, cit., 407; C. FURNO, *Nullità e rinnovazione degli atti processuali*, cit., 436; S. LA CHINA, *Diritto processuale civile. Le disposizioni generali*, cit., 770; F. MARELLI, *La conservazione degli atti invalidi nel processo civile*, cit., 149 ss., che ricorda come l'art. 58 del previgente codice di rito contemplasse esplicitamente lo spirare di un termine perentorio come unica circostanza impeditiva alla rinnovazione degli atti nulli.

¹⁴² N. PICARDI, *Irretroattività degli effetti nell'ipotesi di rinnovazione dell'atto processuale nullo*, cit., 389 ss.; G. MARTINETTO, *op. cit.*, 1653 ss.; V. DENTI, *Nullità degli atti processuali civili*, cit., 481;

per il compimento dell'atto non siano già spirati e considerato che neanche simile rinnovazione spontanea consente la retrodatazione degli effetti al momento in cui è stato compiuto il primo atto viziato¹⁴³. Così, ad esempio, laddove la parte, autonomamente o sulla base delle contestazioni effettuate dalla controparte, dovesse avvedersi di eventuali profili di nullità nella deduzione della prova testimoniale o nell'istanza di esibizione, contenute nell'atto di citazione, le sarebbe senz'altro consentito rimediare all'errore entro la seconda memoria dell'art. 183, 6° comma, c.p.c.

Sempre con riguardo agli impedimenti di natura giuridica, come già segnalato, è da escludere che la rinnovazione della prova possa operare in presenza di nullità statiche, legate ai presupposti e ai limiti di ammissibilità delle prove. La prova inammissibile, e ciononostante assunta, dovrà semplicemente essere espunta dal materiale utilizzabile per la decisione, non avendo alcun senso, per evidenti ragioni di carattere logico, porsi il problema della sua rinnovazione¹⁴⁴.

¹⁴³ Su tali aspetti cfr. C. FURNO, *Nullità e rinnovazione degli atti processuali*, cit., 434; V. DENTI, voce *Nullità degli atti processuali civili*, cit., 481; S. LA CHINA, *Diritto processuale civile. Le disposizioni generali*, cit., 769; L. MONTESANO-G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, I, 1, cit., 833; N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, cit., 277; W.M. RUOSI, *Commento all'art. 162*, in L.P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, II, cit., 1224; S. SATTA, *Commentario*, I, cit., 550; R. POLI, *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, cit., 243.

¹⁴⁴ Ad esempio, una volta che il giudice abbia dichiarato il teste incapace o il giuramento inammissibile perché avente ad oggetto fatti relativi a diritti indisponibili non ha alcuna importanza porsi il problema della rinnovazione, proprio perché i limiti di

In definitiva l'istituto della rinnovazione, nell'ambito esaminato, assume primaria importanza con riferimento alle nullità che si verificano nel corso dell'assunzione della prova (si pensi, ad esempio, alle non infrequenti ipotesi di nullità della prova dovute alla lesione del contraddittorio), mentre invece per i vizi di ammissione e deduzione, rispettivamente per ragioni strutturali e temporali, essa non assume alcun rilievo.

Sull'altro versante individuato, riguardante gli *impedimenti di fatto* alla rinnovazione, è sufficiente menzionare le ipotesi in cui la rinnovazione della prova sia impossibile a causa del decesso del teste ovvero perché la cosa da ispezionare od oggetto di una consulenza tecnica d'ufficio è andata distrutta.

È utile infine coordinare il regime di nullità della prova qui studiato con il potere del giudice d'appello *ex art. 356 c.p.c.* di «rinnovazione totale o parziale dell'assunzione già avvenuta in primo grado», specifico corollario dell'ultimo comma dell'art. 354 c.p.c., a mente del quale se il giudice d'appello dichiara nulli gli atti compiuti in primo grado – non rimette la causa al primo giudice (le ipotesi tassative di appello rescindente con rimessione al giudice di prime cure non toccano certamente i profili probatori qui studiati), ma – «ne ordina, in quanto possibile, la rinnovazione a norma dell'articolo 356». Il termine rinnovazione pare qui adoperato nella sua doppia accezione, ovvero per indicare vuoi la rinnovazione funzionale all'efficienza vuoi la rinnovazione funzionale alla validità della prova¹⁴⁵. Anche la rinnovazione in

ammissibilità sono finalizzati ad escludere determinati esperimenti istruttori.

¹⁴⁵ *Contra S. LA CHINA, Diritto processuale civile. Le disposizioni generali, cit., 767.*

appello, pertanto, può avere luogo tanto nei casi in cui il giudice ritenga discrezionalmente opportuno precisare e chiarire gli esiti delle prove assunte in primo grado¹⁴⁶, tanto nell'ipotesi in cui sia necessario rimediare a nullità verificatesi nel corso del primo grado di giudizio¹⁴⁷. In quest'ultimo caso, naturalmente, il presupposto affinché la rinnovazione possa avere luogo nella fase di gravame è che la nullità sia stata fatta valere attraverso specifico motivo d'impugnazione.

¹⁴⁶ A. TEDOLDI, *L'istruzione probatoria nell'appello civile*, cit., 258 ss.

¹⁴⁷ A. TEDOLDI, *op. cit.*, 257. In passato si è oltretutto discusso sulla validità dell'assunzione probatoria delegata in appello a un solo giudice, laddove invece la normativa prescrive(va) la trattazione collegiale. In argomento cfr. Cass. 14 giugno 2011, n. 12957, in *Corr. giur.*, 2012, 235 ss., con nota di A. CARRATO, *La necessaria collegialità della corte di appello e le conseguenze delle sue possibili violazioni*, la quale aveva modificato il precedente orientamento, statuendo che «l'attività istruttoria svolta dal giudice monocratico, su delega del collegio, in violazione della regola della trattazione collegiale del procedimento che si svolge davanti alla corte d'appello, non si traduce *tout court* in un vizio di costituzione del giudice *ex art.* 158 c.p.c. con conseguente nullità assoluta della relativa pronuncia, occorrendo, a tal fine, la specifica deduzione e il positivo riscontro, che l'attività stessa abbia, in concreto, comportato l'esplicazione di funzioni, se non decisorie, certamente valutative, riservate dalla legge al collegio». Ad ogni modo, quasi a vidimare questo *revirement*, la l. n. 183/2011 è intervenuta sull'art. 350 c.p.c., che ora dispone: «Davanti alla corte di appello la trattazione dell'appello è collegiale ma il presidente del collegio può delegare per l'assunzione dei mezzi istruttori uno dei suoi componenti». La soluzione di istituzionalizzare la figura di un giudice delegato, già presente in progetti di riforma precedenti ma mai concretizzatasi in legge, risolve definitivamente la questione, di talché la prova assunta da un solo giudice d'appello dovrà oggi ritenersi validamente acquisita.

7. L'inefficacia della prova nulla. La prova nulla non può convertirsi in argomento di prova. La prova nulla non può convertirsi in prova atipica. L'ambigua frontiera dell'atipicità della prova.

Giunti a sancire la nullità della prova, su rilievo di parte ovvero officiosamente, per un vizio attinente alla fase di ammissione, di assunzione ovvero di entrambe le fasi¹⁴⁸, l'inevitabile conseguenza, come si è visto diffusamente, è l'inefficacia dei risultati ottenuti: *quod nullum est nullum producit effectum*¹⁴⁹. L'inefficacia dell'atto di acquisizione probatoria si traduce, dal momento che l'istruzione probatoria è diretta alla formazione di elementi utili alla decisione e alla formazione del convincimento del giudice in ordine agli enunciati fattuali oggetto di allegazione, nell'impossibilità per il giudice di valutare gli elementi di prova raccolti, *id est* nell'impossibilità che gli *elementi di prova* possano attraverso l'attività intellettuale del giudice

¹⁴⁸ Non è escluso, infatti, che una prova inammissibile venga anche assunta in modo invalido. Se non si sono verificate sanatorie essa risulterà conseguentemente nulla sotto un duplice profilo.

¹⁴⁹ Chiaramente, sul punto, E. ALLORIO, *Efficacia giuridica di prove ammesse ed esperite in contrasto con un divieto di legge?*, in *Giur. it.*, 1960, I, 2, 868, che formula la seguente equazione: «prova irritalmente ammessa = prova processualmente inefficace». Il termine «inefficacia» viene estrapolato dall'art. 159, 3° comma, c.p.c., in forza del quale «Se il vizio impedisce un determinato effetto, l'atto può tuttavia produrre gli altri effetti ai quali è idoneo»; orbene, dalla disposizione si deduce che la conseguenza della verifica del vizio di nullità consta nell'impedimento alla produzione di effetti. In generale sui rapporti tra nullità ed inefficacia si v. ancora una volta l'analisi di R. POLI, *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, cit., 315 ss.; W.M. RUOSI, *Commento all'art. 156*, cit., 1079.

divenire *risultati di prova*¹⁵⁰, contribuendo alla dimostrazione del *factum probandum*. L'inefficacia, pertanto, non rappresenta una categoria autonoma di invalidità processuale, bensì la diretta *conseguenza* della pronuncia di nullità, che sancisce l'inidoneità dell'atto a produrre i propri effetti¹⁵¹. In definitiva, la prova nulla è «*tamquam non esset* e non può essere utilizzata in alcun modo dal giudice¹⁵²».

Prendendo le mosse dalla distinzione svolta nel paragrafo precedente tra ipotesi di rinnovazione della prova finalizzate a rimediare all'invalidità e dunque all'*inefficacia* della prova, e ipotesi previste per rimediare

¹⁵⁰ I termini «elemento di prova», «risultato di prova» e «conclusione probatoria» vengono utilizzati nell'accezione di G. UBERTIS, voce *Prova (in generale)*, in *Dig. disc. pen.*, X, Torino, 1995, 307.

¹⁵¹ C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, I, *I soggetti e gli atti*, cit., 84; A. ATTARDI, *Diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, cit., 411, secondo cui la nullità di un atto di assunzione probatoria impedisce al giudice di tenerne conto nella decisione.

¹⁵² M. TARUFFO, *Fatti e prove*, in ID. (a cura di), *La prova nel processo civile*, Milano, 2012, 76; G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, *Il processo ordinario*, Bari, 2015, 189, per il quale «sebbene manchi una disposizione *ad hoc*, non v'è ragione perché non debba trovare applicazione anche nel processo civile il principio di assoluta inutilizzabilità della prova enunciato dall'art. 191 c.p.p.». *Contra* v. G.F. RICCI, *Le prove illecite nel processo civile*, cit., 52 ss. In particolare, sull'inutilizzabilità della consulenza nulla cfr. Cass. 15 gennaio 1994, n. 343; in dottrina, per tutti, A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 437 (che peraltro discorre di nullità assoluta e insanabile); *contra*, e dunque per l'utilizzabilità delle risultanze di una perizia nulla, cfr. G. FRANCHI, *La perizia civile*, Padova, 1959, 320 e in giurisprudenza Cass. 21 aprile 1964, n. 951, in *Giust. civ.*, 1964, 427 e in *Giur. it.*, 1965, I, 1, 905.

all'*inefficienza* della prova, è opportuno svolgere una precisazione. Se la rinnovazione avviene per incompletezza o superficialità delle precedenti acquisizioni (ad es. la rinnovazione della consulenza perché incompleta, o per ottenere un supplemento di indagini dallo stesso o da altro consulente, ovvero per avere semplici chiarimenti; ancora, la rinnovazione dell'esame testimoniale *ex art. 257 c.p.c.* per chiarire le deposizioni) nulla esclude che il giudice, malgrado abbia disposto la rinnovazione della prova precedentemente espletata, possa accogliere, in sede di decisione, le conclusioni del primo esperimento probatorio anziché della prova rinnovata¹⁵³. Qualora, invece, nel corso del giudizio di primo grado, sia stata dichiarata la nullità di una prova e sia stato possibile procedere alla rinnovazione della medesima, né il giudice di primo grado né il giudice d'appello possono fondare la propria decisione sulle risultanze della prova dichiarata nulla. Occorrerà statuire nel merito della controversia affidandosi esclusivamente alla prova rinnovata e alle altre prove legittimamente acquisite¹⁵⁴. Oltretutto, non è escluso che, ove sia stato possibile procedere alla rinnovazione dell'episodio istruttorio, la prova rinnovata riveli contenuti identici rispetto a quelli previamente (e peraltro invalidamente) ottenuti; tale circostanza non inficia in

¹⁵³ M. VELLANI, voce *Consulenza tecnica nel diritto processuale civile*, cit., 536; A. GIUDICEANDREA, voce *Consulente (dir. proc. civ.)*, cit., 538. Ciò naturalmente purché motivi le ragioni della propria scelta: così Cass. 27 marzo 1998, n. 3240.

¹⁵⁴ Cfr. in questo senso Cass. 23 febbraio 2011, n. 4401, riguardante l'ipotesi di una consulenza tecnica espletata in difetto dell'integrità del contraddittorio.

alcun modo la validità degli elementi ottenuti a seguito di rinnovazione¹⁵⁵.

Sul punto, va altresì rilevato che la prova invalida non può spiegare alcuna efficacia, neanche indiziaria, né nel giudizio in cui è stata esperita né (a maggior ragione) in un giudizio diverso (avente ad oggetto, evidentemente, la dimostrazione della medesima circostanza fattuale)¹⁵⁶.

Ciò premesso, va dato conto di un autorevole indirizzo dottrinale secondo cui la nullità della prova non precluderebbe al giudice di utilizzare legittimamente gli elementi probatori comunque ottenuti in dispregio delle norme di legge¹⁵⁷.

¹⁵⁵ Si v. Cass. 26 febbraio 1983, n. 1470, ove si era proceduto alla rinnovazione di una consulenza tecnica, dopo la dichiarazione di nullità della stessa (per omessa comunicazione alle parti della data di inizio delle operazioni del consulente). Con l'occasione la Suprema Corte ha sancito l'ovvio principio in base al quale la nuova consulenza non è affetta da nullità se possiede un contenuto di merito identico alla prima consulenza, atteso che «l'identità di contenuto attiene al merito dell'indagine e non all'esecuzione procedimentale delle operazioni di consulenza».

¹⁵⁶ Si v. in questo senso, ancora una volta nell'ampia casistica in materia di consulenza tecnica, Cass. 15 gennaio 1994, n. 343. Sul punto cfr. M. BOVE, *Il sapere tecnico nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1449, nt. 62.

¹⁵⁷ Per maggiore chiarezza di idee è utile precisare che queste ipotesi vanno tenute correttamente distinte da quelle in cui il comportamento è suscettibile di valutazione in quanto frutto di un procedimento istruttorio – che ha interessato la parte o anche altre parti – validamente svoltosi. Così, procedendo in via esemplificativa, se in seguito ad interrogatorio formale la parte non confessa ma dichiara fatti a sé favorevoli, può discutersi se la *declaratio pro se* possa integrare argomento di prova ovvero non debba essere affatto considerata (cfr. nel primo senso G. LASERRA, voce *Interrogatorio (Diritto processuale civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, VIII, Torino, 1962, 919; M. TARUFFO, voce *Interrogatorio*, cit., 62;

C. FERRI, voce *Interrogatorio I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XVII, Roma, 1989, 9; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 698; M. SEGATTI, *La confessione*, cit., 555; *contra* E. REDENTI-M. VELLANI, *Diritto processuale civile*, cit., 299; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, cit., 329); in ogni caso non potrebbe parlarsi di prova nulla, ma semmai di prova mancata. In ordine invece all'utilizzo di elementi istruttori raccolti tra altre parti nello stesso processo, sempre nell'ambito di un regolare e non viziato *iter* istruttorio, può farsi il caso dell'interrogatorio formale deferito ad alcuni litisconsorti facoltativi i quali hanno confessato ovvero si siano rifiutati di rispondere. Se nei loro confronti il fatto si dovrà ovvero potrà ritenere confessato, nulla esclude che tale comportamento possa essere liberamente apprezzato anche nei confronti degli altri litisconsorti (G. TARZIA, *Il litisconsorzio facoltativo nel processo di primo grado*, Milano, 1972, 404). Laddove l'interrogatorio sia deferito invece verso tutte le parti, e alcuni litisconsorti confessino mentre altri rifiutino di rispondere, nei confronti di questi ultimi la possibilità di ritenere ammessi i fatti *ex art. 232 c.p.c.* potrà essere suffragata dalla confessione resa dalle altre parti (G. TARZIA, *op. loc. ult. cit.*). Ancora, in relazione al giuramento, e sempre con riguardo all'ipotesi di litisconsorzio facoltativo, non è da escludere l'utilizzazione della dichiarazione giurata o della mancata prestazione del giuramento, come argomento di prova nei confronti degli altri litisconsorti a cui il giuramento non sia stato deferito, e dunque come strumento probatorio ausiliario utilizzabile nelle ulteriori cause cumulate (G. TARZIA, *op. ult. cit.*, 411).

Da ultimo, in caso di litisconsorzio necessario, la confessione resa da uno dei litisconsorti in sede di interrogatorio formale, se non può acquistare valore di prova legale anche nei confronti delle persone diverse dal confidente, può essere liberamente apprezzata secondo i principi della logica comune, anche nei confronti degli altri litisconsorti (così, pressoché testualmente, Cass. 25 giugno 2003, n. 10125, in *Gius*, 2003, 24, 2815; Cass. 6 settembre 2002, n. 12980; Cass. 4 dicembre 1999, n. 13555; cfr. infine Cass. sez. un. 5 maggio 2006, n. 10311, in merito all'efficacia di prova libera nei confronti dell'assicuratore, litisconsorte necessario, della

A tale approdo interpretativo si è giunti attraverso differenti percorsi argomentativi, qui ripercorribili solo in via di estrema sintesi. Per un verso vi è chi ha sostenuto che non sarebbe coerente autorizzare il giudice a desumere argomenti di prova dal comportamento delle parti nel processo e al contempo negare alle parti stesse la possibilità di provocare siffatto comportamento, di talché dovrebbero considerarsi utilizzabili anche le dichiarazioni scaturenti da percorsi probatori non convenzionali¹⁵⁸.

Per altro verso, secondo una ricostruzione più articolata, si è detto che occorrerebbe distinguere tra l'agire delle parti nel processo e l'elemento probatorio conseguito in modo invalido¹⁵⁹. In particolare, non si nega affatto la nullità dei

confessione resa dal soggetto assicurato a vantaggio del danneggiato).

¹⁵⁸ V. DENTI, *Interrogatorio formale di parte non legittimata a confessare*, in *Giur. it.*, 1960, I, 2, 866. L'A. si riferisce in particolare alle ipotesi di interrogatorio reso dalla parte non legittimata a confessare e al giuramento deferito e prestato da alcuni litisconsorti necessari. Sul punto sono tuttavia condivisibili i rilievi operati in senso contrario da M. CAPPELLETTI, *Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, 573, secondo cui non è corretto ritenere che la parte per provocare un comportamento valutabile *ex art. 116 c.p.c.* abbia la *necessità* di affidarsi agli istituti del giuramento o dell'interrogatorio formale, per i quali l'ordinamento prevede una specifica e differente funzione non travisabile arbitrariamente dalle parti. Per contro, siffatto comportamento potrà essere sempre provocato mediante l'interrogatorio libero o non formale *ex art. 117 c.p.c.*

¹⁵⁹ M. CAPPELLETTI, *Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, 564 ss. Si rende necessario scernere tra documento e attività di produzione dello stesso in giudizio: «una cosa è non tener conto ad esempio del documento illegittimamente prodotto; ed altra cosa non tener conto della produzione del documento».

risultati probatori ottenuti in violazione delle norme che regolano l'ammissibilità e l'assunzione delle prove, ma si fa ricadere sotto la portata applicativa dell'art. 116 c.p.c. il comportamento processuale, l'*attività* svolta dalle parti. Così ragionando, la nullità degli episodi istruttori non autorizza a considerare inesistente il comportamento tenuto in giudizio dalle parti, che ben potrebbe essere tenuto fermo quale fatto noto da cui il giudice è libero di argomentare. Non sarebbe pertanto fuori luogo operare un cauto accostamento all'istituto della conversione operante nel diritto civile (art. 1424 c.c.), conversione che qui interesserebbe il procedimento probatorio nullo: nonostante il giudice abbia ammesso erroneamente una prova invero inammissibile la nullità colpisce l'elemento probatorio ottenuto mentre invece «le dichiarazioni rese, il modo di renderle e insomma il comportamento delle parti sono tali da rendere al giudice indizi di convincimento¹⁶⁰». La legittimità di tale convincimento viene oltretutto, per evidenti ragioni di coerenza argomentativa, circoscritta all'ipotesi in cui la parte non si rifiuti di partecipare o in

¹⁶⁰ M. CAPPELLETTI, *op. ult. cit.*, 566; in senso critico sul punto G.F. RICCI, *Le prove illecite nel processo civile*, cit., 53 ss. In giurisprudenza, Cass. 20 luglio 1960, n. 2032, per la quale «nell'ipotesi di giuramento decisorio nullamente deferito o nullamente prestato, non è vietato al giudice di valutare liberamente le risposte date dal giurante quali utili fonti di convincimento alla stregua di semplici dichiarazioni personalmente rese da una parte in giudizio, nell'ambito dell'art. 116 c.p.c.»; anche L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 740, nt. 99 ritiene che nel caso in cui il giudice revochi l'ordinanza con la quale aveva disposto il giuramento decisorio, l'eventuale prestazione del giuramento antecedente alla revoca può essere valutata *ex art.* 116, 2° comma, c.p.c.

ogni caso non denunci la nullità del procedimento istruttorio ovvero il suo rifiuto si riveli ingiustificato¹⁶¹.

Tuttavia, secondo l'impostazione preferibile, l'acquisizione probatoria sfocia in due alternative possibili, *tertium non datur*: l'acquisizione è valida oppure nulla e inefficace. Sembra pertanto un altro l'insegnamento dottrinale da prediligere, in forza del quale il «principio della libertà di convincimento del giudice si applica alle prove acquisite al processo nel rispetto della legge, non a quelle che, se si fosse tributata alla legge la debita osservanza, non sarebbero mai state (materialmente) acquisite al processo¹⁶²». Del resto il sistema sinora delineato è già improntato a incisivi meccanismi di sanatoria (riepilogando, si pensi alla categoria dell'irregolarità, alla convalidazione soggettiva ed oggettiva, e alla rinnovazione, ove possibile, degli atti nulli). Attribuire valore, seppure *sub specie* di argomenti di prova¹⁶³, ai comportamenti comunque tenuti

¹⁶¹ M. CAPPELLETTI, *Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamenti della parte*, cit., 191; G.F. RICCI, *Le prove illecite nel processo civile*, cit., 60. Ad esempio, se il giuramento è stato deferito ad alcuni litisconsorti necessari, la prestazione del giuramento sarebbe senz'altro oggetto di libera valutazione; ma se all'illegittima delazione parziale conseguisse un giustificato rifiuto a prestare il giuramento da parte dei litisconsorti non potrebbe desumersi nessun utile argomento di prova.

¹⁶² E. ALLORIO, *Efficacia di prove ammesse ed esperite in contrasto con un divieto di legge?*, cit., 870.

¹⁶³ L'effettiva *vis probatoria* dell'argomento di prova non è pacifica in dottrina. In argomento cfr. M.C. VANZ, *La circolazione della prova nei processi civili*, Milano, 2008, 111 ss., anche per un'approfondita ricostruzione del tema; F. CORDOPATRI, voce *Presunzione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 296 ss.; S. CHIARLONI, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, 845; L.

consentirebbe comunque di oltrepassare in qualche modo la nullità e rendere indirettamente efficace un procedimento viziato.

Nella stessa prospettiva esegetica è necessario respingere l'idea che la prova nulla possa essere recuperata come prova atipica¹⁶⁴. A rigore infatti la prova atipica è la prova non prevista dalla legge e non certo la prova disciplinata dalla legge e ciononostante acquisita violando le norme che ne regolano l'ammissibilità e l'assunzione nel processo. Non può certamente parlarsi di prova atipica, dunque, con riferimento, ad esempio, alla testimonianza resa dal soggetto incapace *ex art. 246 c.p.c.*¹⁶⁵ o alla consulenza espletata in violazione delle garanzie del contraddittorio. Tale ricostruzione non appare corretta,

MONTESANO, *Le "prove atipiche" nelle "presunzioni" e negli "argomenti" del giudice civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 236 ss.; G.F. RICCI, *Prove e argomenti di prova*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 1043 ss.; G. VERDE, voce *Prova in generale b) Teoria generale del diritto e diritto processuale civile*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 602; L. LOMBARDO, *La prova giudiziale. Contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*, Milano, 1999, 436 ss.; G. RUFFINI, "Argomenti di prova" e "fondamento della decisione" del giudice civile, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 1329 ss.; M. SCALAMOGNA, *L'efficacia probatoria degli argomenti di prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1161 ss.; M. TARUFFO, *Le prove per induzione*, in ID., *La prova nel processo civile*, Milano, 2012, 1116 ss.

¹⁶⁴ M. TARUFFO, *Fatti e prove*, in ID. (a cura di), *La prova nel processo civile*, Milano, 2012, 75 ss.; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 439.

¹⁶⁵ In questo senso invece si v. P. DELLA VEDOVA, *Commento all'art. 246*, in *Commentario del codice di procedura civile*, in L.P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA (diretto da), III, 1, Torino, 2012, 1040. Tuttavia, così facendo, si convertirebbe la valutazione di ammissibilità *ope legis* in una valutazione di attendibilità *ope iudicis*.

nonostante, si suppone, spinta dall'intento di recuperare in una diversa (cioè, appunto, atipica) forma dichiarazioni potenzialmente dotate di valenza dimostrativa. Va ribadito dunque che la dinamica probatoria genera una prova valida o una prova nulla. Giustificare ogni deviazione in nome dell'atipicità implicherebbe spingersi *contra legem* e non soltanto *praeter legem*, cosicché l'atipicità finirebbe per sdoganare la cogenza di ogni norma o principio in materia di prove.

Per autorizzare il recupero delle prove nulle non è neanche legittimo appellarsi al principio di acquisizione processuale, che nell'autorizzare il giudice a servirsi degli strumenti probatori raccolti, indipendentemente dalla parte che abbia introdotto la prova, presuppone che gli stessi siano stati legittimamente acquisiti¹⁶⁶.

Ciò precisato, la questione diventa particolarmente intricata se si sposta l'attenzione sulla stessa nozione di prova atipica. Il dibattito ha impegnato i più autorevoli esponenti del giudizio di fatto e non può certamente essere compiutamente ricostruito in questa sede¹⁶⁷. In assenza di una norma che sancisca espressamente, in maniera analoga

¹⁶⁶ In questo senso cfr. S. MENCHINI, *Il processo litisconsortile. Struttura e poteri delle parti*, I, Milano, 1993, 316.

¹⁶⁷ La letteratura in materia di prove atipiche è vasta. Tra gli innumerevoli contributi cfr. M. TARUFFO, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1973, 389; B. CAVALLONE, *Critica della teoria delle prove atipiche*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, 679; L. MONTESANO, *Le "prove atipiche" nelle "presunzioni" e negli "argomenti" del giudice civile*, cit., 233; G. TARZIA, *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 634; G.F. RICCI, *Atipicità della prova, processo ordinario e rito camerale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 409; ID., *Le prove atipiche*, Milano, 1999; L. LOMBARDO, *Profili delle prove civili atipiche*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 1447.

a quanto avviene nel codice di procedura penale (art. 189), l'ammissibilità dei mezzi istruttori non disciplinati *ex lege*, il quesito relativo alla tassatività del repertorio probatorio è stato comunque risolto dalla dottrina maggioritaria e dalla giurisprudenza in senso negativo. Nelle diverse enunciazioni teoriche, tale conclusione ha trovato sostegno in virtù di eterogenee argomentazioni, e in particolare attraverso il richiamo alla natura intrinsecamente atipica dell'indizio, l'auspicata espansione del libero convincimento del giudice, nonché, in maniera determinante, la compiuta valorizzazione del diritto alla prova, ovvero il diritto della parte di impiegare tutte le prove di cui dispone, al fine di dimostrare la verità dei fatti che fondano la sua pretesa¹⁶⁸.

Vi sono tuttavia ipotesi che evidenziano quanto possa talvolta rivelarsi labile il confine tra prova nulla e prova atipica. In particolare, l'ambigua frontiera dell'atipicità della prova è rappresentata dalle c.d. prove atipiche sostitutive di mezzi istruttori tipici. In base alla sensibilità dell'interprete, infatti, tali strumenti probatori possono essere intesi sia quali prove atipiche sia quali prove radicalmente nulle. È dunque il caso di esporre, nei limiti consentiti dalla presente trattazione, le due antitetiche ricostruzioni che originano opposte soluzioni in ordine alla validità e utilizzabilità degli strumenti in parola.

A fini illustrativi può prendersi a modello lo scritto stragiudiziale del terzo (ma considerazioni non dissimili valgono per la perizia stragiudiziale in rapporto alla

¹⁶⁸ M. TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 74 ss.; B. CAVALLONE, *Oralità e disciplina delle prove nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 711 ss.; L.P. COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell'azione nel processo civile*, Padova, 1970, 148 ss.; N. TROCKER, *Processo civile e Costituzione*, Milano, 1974, 509 ss.

consulenza tecnica). Il *genus* degli scritti dei terzi è idoneo a ricomprendere un nutrito (e disparato) elenco di dichiarazioni, aventi natura differente tra loro ma accomunate dalla formazione *extra iudicium*. Qui è opportuno restringere il campo a quelle dichiarazioni di scienza, e non di volontà e così negoziali, definite testimonianze stragiudiziali¹⁶⁹. Tale *nomen iuris* – richiamando per un verso l'introduzione della conoscenza del terzo nel processo e per l'altro le differenti modalità di formazione rispetto alla prova testimoniale – origina incertezze sull'esatta demarcazione dei confini tra atipicità e nullità della prova, potendo giungersi infatti a configurare la testimonianza stragiudiziale non soltanto quale strumento atipico utilizzabile in virtù dell'apertura del catalogo probatorio, ma addirittura quale strumento *contra legem* e conseguentemente non suscettibile di valutazione da parte del giudice. In particolare, parte della dottrina è ferma nel ritenere che la testimonianza stragiudiziale si risolva in uno strumento sostitutivo della prova testimoniale, ponendosi in contrasto con la cornice legislativa che regola la sua acquisizione nel processo. In

¹⁶⁹ È bene precisare che l'esemplificazione che segue si riferisce alla testimonianza stragiudiziale in senso stretto (la dichiarazione di scienza effettuata fuori dal processo e non riconducibile allo schema dell'art. 257-bis c.p.c.). Ciò si dice perché invero il problema si pone sovente anche in relazione ad una testimonianza stragiudiziale *sui generis*, ovvero sia alla testimonianza (*recte*: al relativo processo verbale) proveniente da altri processi (civili, penali o amministrativi). In queste ipotesi vi sono ulteriori variabili da considerare al fine di ritenere la prova *aliunde* raccolta utilizzabile, attinenti segnatamente all'individuazione di limiti a carattere soggettivo e/o oggettivo. Sul tema cfr. diffusamente i condivisibili risultati dell'indagine di M.C. VANZ, *La circolazione della prova nei processi civili*, cit., *passim*.

questa prospettiva, la pur tempestiva produzione in giudizio dello scritto, alla stregua di qualsiasi altro documento, non può che ritenersi viziata, poiché surrettiziamente diretta ad eludere il classico *iter* istruttorio, suddiviso in deduzione, ammissione e assunzione in giudizio della prova, e condurre all'inutilizzabilità di questo tipo di scritti dei terzi¹⁷⁰.

Sostenere l'inderogabilità delle regole di acquisizione probatoria, invero, è sinonimo di garanzia sul doppio versante dell'attendibilità della prova e del contraddittorio.

Dal primo punto di vista, gli scritti stragiudiziali dei terzi sono per loro natura esenti da alcun preliminare controllo e introducono così nel processo elementi di dubbia genuinità, circostanza che rende opportuno negarne *ab origine* ogni utilizzo, anche al fine di prevenire possibili abusi. La responsabilità penale che scaturisce da deposizioni mendaci innanzi all'autorità giudiziaria, il

¹⁷⁰ Per l'inutilizzabilità delle prove atipiche sostitutive di corrispondenti prove tipiche, cfr. G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, *Il processo ordinario*, Bari, 2015, 189; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 438, 439; R. CREVANI, *La prova testimoniale*, in M. TARUFFO (a cura di), *La prova nel processo civile*, Milano, 2012, 281; in giurisprudenza si v. Cass. 5 marzo 2010, n. 5440, in *Giur. it.*, 2010, 2589 ss., con nota di C. BECHIS; Trib. Nola 28 settembre 2004, in *Giur. merito*, 2005, III, 575; Trib. Bologna 28 settembre 2004, n. 2749, in *Guida dir.*, 2005, 5, 50. Sostiene l'inservibilità della dichiarazione di scienza contenuta in un atto pubblico, a causa della violazione delle norme dettate in materia di assunzione della testimonianza, anche G. FINOCCHIARO, *L'efficacia probatoria di fatti risultanti dall'atto pubblico, ma non costituenti prova legale*, in *Danno resp.*, 2005, 287-288, il quale tuttavia non esclude che le dichiarazioni possano essere valutate allorché, in sintonia con la disciplina della nullità degli atti processuali, la parte nei cui confronti avviene la produzione non contesti le modalità di acquisizione al processo.

canone dell'oralità, la possibilità da parte del giudice di interloquire con il teste nell'immediatezza della deposizione consentono di saggiare più efficacemente la sua spontaneità e credibilità.

Inoltre, il diritto a provare, anche impiegando mezzi atipici, non può risultare lesivo delle garanzie predisposte dal legislatore, tanto più laddove siano funzionali all'estrinsecazione del contraddittorio. In particolare, ci si chiede se nel processo civile debba garantirsi sempre, in ogni segmento dell'istruttoria e perciò anche nella fase di formazione della prova, la dialettica tra le parti, ovvero possa ritenersi soddisfacente stimolare anche solo in via successiva il contraddittorio¹⁷¹.

¹⁷¹ L'importanza del contraddittorio nel corso dell'intera vicenda istruttoria, e con particolare attenzione al momento formativo della prova, è evidenziata da G. TARZIA, *op. ult. cit.*, 634 ss.; E.F. RICCI, *Ancora novità (non tutte importanti, non tutte pregevoli) sul processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 1362; nonché, con precipuo riguardo alla complessa tematica della prova prestata, M.C. VANZ, *La circolazione della prova nei processi civili*, cit., 229-237, per la quale «la formazione unilaterale della prova della prova, al di fuori del contraddittorio, altera sempre e comunque la “parità delle armi tra le parti”»; EAD., *Utilizzabilità della consulenza tecnica acquisita in un processo penale*, in *Lav. giur.*, 2009, 600 ss., spec. 601. In questo senso, con riferimento al rapporto investigativo, cfr. Trib. Napoli 2 febbraio 2006, in *Foro it.*, 2006, I, 1571 ss., per il quale «la relazione redatta da un investigatore privato in ordine a una certa vicenda, costituisce una prova illegale e non ha alcuna efficacia probatoria, in quanto le dichiarazioni di scienza ivi riportate, provenienti da un terzo, sono state formate al di fuori del processo e non nel contraddittorio delle parti, a mezzo di prova testimoniale». Stimano invece sufficiente la garanzia di un contraddittorio postergato, anche in ottica comparatistica, S. CHIARLONI, *Il nuovo 111 Cost. e il processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 1033; C. BESSO, *La prova prima del processo*, Torino, 2004, 21 ss. e 193.

La circostanza che il legislatore costituzionale abbia espressamente posto l'accento sulla portata del contraddittorio nella formazione della prova nel processo penale (ove peraltro non mancano specifiche – se pure rare e tassative – deroghe) non si traduce necessariamente in una svalutazione della dialettica probatoria nel contesto del processo civile¹⁷². Con specifico riferimento alla prova testimoniale, poi, il codice di rito garantisce – l'art. 253 c.p.c. consente alle parti di sollecitare il giudice a rivolgere domande e richiedere chiarimenti al teste – un immediato controllo sul deponente, che invece lo scritto del terzo finisce per eludere¹⁷³.

In un'ottica di bilanciamento e parità tra le antitetiche esigenze a difendersi, da un lato, e a provare, dall'altro, un temperamento alla tesi della assoluta inutilizzabilità dello scritto stragiudiziale viene talvolta ravvisato nelle ipotesi in cui l'assunzione della testimonianza in forma orale fosse divenuta impossibile – si pensi al testimone deceduto prima dell'udienza istruttoria – o particolarmente difficoltosa: in questi casi sarebbe ammessa una cauta

¹⁷² In argomento, nella dottrina processualcivlistica, M.C. VANZ, *La circolazione della prova nei processi civili*, cit., 218 ss.

¹⁷³ Osserva R. GIORDANO, in R. GIORDANO-A. LOMBARDI, *Il nuovo processo civile (commento organico alla legge di riforma del processo civile)*, Roma, 2009, 281 che - con riferimento alle testimonianze formate fuori dal processo - la garanzia di un contraddittorio differito sugli elementi di prova non garantirebbe alla controparte di predisporre una difesa in condizioni di parità, in ossequio all'interpretazione dell'art. 6 CEDU da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, non essendo possibile rivolgere domande al testimone.

valutazione della deposizione scritta previamente rilasciata¹⁷⁴.

In direzione opposta, si colloca chi considera lo scritto narrativo del terzo – non già uno strumento sostitutivo ma – qualcosa di completamente diverso rispetto alla testimonianza disciplinata dalla legge¹⁷⁵.

Generalmente, a tale esito interpretativo si perviene riconducendo l'atipicità alla fonte di convincimento – dovendo pertanto parlarsi di documenti atipici – e non al procedimento istruttorio¹⁷⁶. Del resto, attribuire fisionomie atipiche al procedimento implicherebbe la derogabilità

¹⁷⁴ Così S. CHIARLONI, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, 865; A. GRAZIOSI, *op. cit.*, 713; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, cit., 135; G. BERTOLINO, *Documento in senso forte e documento in senso debole*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 859.

¹⁷⁵ M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, 355; F. ROTA, *I documenti*, in M. TARUFFO (a cura di), *La prova nel processo civile*, Milano, 2012, 677.

¹⁷⁶ M. TARUFFO, *Fatti e prove*, in M. TARUFFO (a cura di), *La prova nel processo civile*, Milano, 2012, 73 ss. Anche ad avviso di S. CHIARLONI, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, cit., 837 l'atipicità può derivare soltanto dalla circostanza che l'atto provenga da un terzo, anziché dalle parti, contrariamente all'atto pubblico e alla scrittura privata. D'altro canto, la critica che viene mossa a quest'impostazione si basa su due considerazioni. La prima è che le possibili fonti di prova si riducono all'ispezione, al documento e alle dichiarazioni di scienza; la seconda è relativa all'impossibilità di riferire l'atipicità dello scritto del terzo al documento, stante l'ampia nozione di documento accolta dal codice di rito e il disposto dell'art. 2704 c.c. (cfr. B. CAVALLONE, *Critica della teoria delle prove atipiche*, cit., 734; F. DE STEFANO, *L'istruzione della causa nel nuovo processo civile*, cit., 303; A. RONCO, *Riflessioni sulla disciplina processuale e sull'efficacia probatoria delle scritture provenienti da terzi*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, II, 548).

delle norme che regolano l'acquisizione dei mezzi istruttori, degradandole a suggerimenti non vincolanti¹⁷⁷; una tesi, quest'ultima, alla quale non si ritiene di poter accedere, poiché consentirebbe di infrangere la barriera delle nullità processuali, ratificando sempre e comunque il risultato istruttorio conseguito¹⁷⁸ in nome del solo generico proposito dell'atipicità della prova¹⁷⁹.

Configurata l'atipicità del documento, nessun vizio è rinvenibile in ordine alle modalità di acquisizione nel deposito di scritti a contenuto narrativo, dal momento che il regime della nullità della testimonianza può trovare applicazione soltanto per i vizi riscontrabili nel procedimento imposto dal codice di rito e intrapreso mediante «indicazione specifica delle persone da interrogare e dei fatti, formulati in articoli separati, sui quali ciascuna deve essere interrogata». In altri termini, la diversità tra testimonianza e scritto proveniente dal terzo assicura la regolarità dell'acquisizione probatoria, confinando a una operatività esclusivamente interna (e dunque non espansiva) le norme che regolano la fase dinamica della prova testimoniale.

¹⁷⁷ B. CAVALLONE, *Critica della teoria delle prove atipiche*, cit., 691.

¹⁷⁸ In argomento cfr. E. ALLORIO, *Efficacia giuridica di prove ammesse ed esperite in contrasto con un divieto di legge?*, in *Giur. it.*, 1960, I, 2, 867 ss.; M. CAPPELLETTI, *Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, 556; V. DENTI, *Interrogatorio formale di parte non legittimata a confessare*, cit., 863 ss.

¹⁷⁹ Per l'inutilizzabilità, in forma atipica, di prove tipiche viziate da nullità o cause di inammissibilità, L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 63; N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, cit., 313; contra G.F. RICCI, *Le prove illecite nel processo civile*, cit., 66.

Muovendo da tali (differenti) premesse, è sufficiente che il contraddittorio si sviluppi successivamente, in linea del resto con quanto avviene per le prove documentali, ma in ogni caso, ed inevitabilmente, in modo da mettere in condizione le parti di discutere e contestare, anche sul piano probatorio, il materiale istruttorio atipico prima della decisione. Il profilo relativo all'attendibilità, invece, viene relegato al momento della valutazione della prova, al fine di non escludere aprioristicamente materiale potenzialmente idoneo all'accertamento della verità e partendo dall'assunto che sottoporre al giudice un cospicuo (e variegato) volume di informazioni consenta di raggiungere una decisione più completa e come tale con un gradiente di validità maggiore.

Se, dunque, la possibilità di verificare la verità (o falsità) degli enunciati fattuali cresce proporzionalmente all'aumento dei dati gnoseologici a disposizione del giudice, il nodo relativo all'efficacia della prova non va mai sciolto a monte, attraverso la predeterminazione di regole di esclusione, ma a valle, attraverso l'impiego di criteri logico razionali di cui l'organo decidente deve compiutamente dare conto in motivazione.

Oltre all'ineliminabile filtro di rilevanza della prova, pochi altri sono i limiti probatori giustificabili¹⁸⁰ e, in particolare,

¹⁸⁰ In argomento, cfr. per tutti M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009, 135 ss.; J. FERRER BELTRAN, *La valutazione razionale della prova*, trad. it., Milano, 2012, spec. 21 ss. Si tratta di quei limiti alla ricerca giudiziale che trovano fondamento nel contesto processuale in cui si cala la tutela dei diritti (ad esempio l'esigenza di giungere entro un termine ragionevole a una decisione: in questo senso operano le preclusioni istruttorie), ovvero nell'importanza primaria che assumono alcuni valori in una società data (si pensi alla possibilità

le critiche non possono che appuntarsi su quelle *rules of exclusion* che, operando una valutazione preventiva tesa a sottrarre al giudice informazioni sospette, finiscono per frustrare il migliore accertamento dei fatti, che per converso intenderebbero promuovere¹⁸¹.

per taluni soggetti di astenersi dal deporre o all'inutilizzabilità delle prove illecite).

¹⁸¹ Orientarsi per l'atipicità e dunque l'utilizzabilità di tali documenti, impone poi il chiarimento di ulteriori profili, risolti in radice laddove si condivide l'idea che lo scritto narrativo sia uno strumento illegittimo, non utilizzabile ai fini della decisione.

Anzitutto, sostenere la diversità tra scritto del terzo e testimonianza sembra sottrarre il primo ai limiti soggettivi e oggettivi stabiliti per la seconda; in questa prospettiva, ad esempio, sarebbe difficile riuscire a negare l'ammissibilità anche di scritti provenienti da terzi interessati alla lite, in evidente contrasto con il disposto e la *ratio* dell'art. 246 c.p.c. (in tal senso M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 355; F. ROTA, *op. cit.*, 678; *contra* G. F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., 236; L. LOMBARDO, *op. cit.*, 1451; A. RONCO, *op. cit.*, 561).

È utile, poi, specificare quale debba essere il comportamento della parte nei cui confronti lo scritto è prodotto. Ad avviso della dottrina e giurisprudenza non è possibile imporre a quest'ultima un onere di disconoscimento, dovendo gli artt. 2702 c.c. e 214 c.p.c. trovare applicazione per le sole scritture prodotte tra le parti (G.F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., 230 ss.; A. SCARDACCIONE, *Scrittura privata*, in *Noviss. Dig. it.*, XVI, Torino, 1969, 814; M. TARUFFO, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, cit., 410; in giurisprudenza, Cass. 28 febbraio 2013, n. 5034; *contra* V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, II, Napoli, 1960, 142; F. CARNELUTTI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Roma, 1956, 71).

D'altro canto, se colui contro il quale la scrittura del terzo è prodotta non è tenuto a negarla formalmente nella prima udienza o risposta successiva alla produzione, sarà tuttavia suo interesse contestarne la paternità affinché l'onere di dimostrare la provenienza del documento ricada sulla parte che lo ha prodotto

(G.F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., 233; *contra* F. ROTA, *op. cit.*, 679, per il quale riconoscere la necessità di contestazione comporta l'indiretta individuazione di un onere simile al disconoscimento). In giurisprudenza cfr. App. Bari 15 aprile 2005, in *Foro it.*, 2005, I, 1905). Accertata la provenienza del documento (la prova della paternità dello scritto del terzo viene spesso configurata come un passaggio ineludibile per proseguire l'indagine sulla veridicità dello stesso (in questo senso G.F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., 235; A. RONCO, *op. cit.*, 554), l'analisi ulteriore, attinente al valore probatorio degli scritti narrativi, rappresenta l'aspetto più delicato e incerto (si discorre del valore *ex se* dello scritto e pertanto - come rileva G.F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., 414 - il tema non va confuso con l'ipotesi in cui la forza probante derivi dalla mancata contestazione della controparte), tanto che in giurisprudenza sono rinvenibili massime discordanti e talvolta di difficile lettura (per l'efficacia di argomento di prova si v. Cass. 12 marzo 2008, n. 6620; per quella di indizio cfr. Cass. 30 novembre 2005, n. 26090, in *Giust. civ.*, 2006, I, 1206. In altre occasioni - cfr. Cass. 25 settembre 2013, n. 21895 - si è parlato di prova liberamente valutabile in concorso con le ulteriori risultanze istruttorie ovvero di elementi che pur non avendo efficacia di prova piena sono rimessi alla libera valutazione del giudice di merito e possono contribuire al suo convincimento. Talvolta, poi, si è posto l'accento sulla libera valutazione del giudice del merito in concomitanza con altre circostanze desumibili dalla stessa natura della controversia, specie ove di esse sia stata provata, mediante l'autentica della sottoscrizione apposta alle dichiarazioni in atti, la veridicità formale (così Cass. 26 settembre 2000, n. 12763). Nella negazione di ogni gerarchia probatoria tra prova storica e prova critica (in merito a tale profilo, con specifico riferimento alle prove atipiche, cfr. ampiamente G.F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., 310), il punto nevralgico, poiché d'imminente rilevanza pratica, consiste nell'individuazione del ruolo (più o meno determinante) che simili strumenti possono assumere nel percorso decisionale; risolversi in un senso o nell'altro, d'altronde, al fine di ottenere indicazioni univoche circa la *vis* probatoria degli scritti provenienti da terzi, è un'operazione di non facile realizzazione per via della eterogeneità delle testimonianze formate fuori dal processo.

Va altresì rilevato che talvolta la giurisprudenza sostiene la necessità di proporre querela di falso avverso i documenti provenienti da terzi. Non risulta tuttavia chiaro quando la querela di falso si renda necessaria e non pare risolutiva (e anzi ha riscosso dissensi) la distinzione autorevolmente proposta da Cass., sez. un., 23 giugno 2010, n. 15169, per la quale, se in via generale lo scritto proveniente dal terzo è soggetto alla libera valutazione del giudice, vi sarebbero alcuni scritti, quali il testamento olografo, dotati di una forza «sostanziale e processuale intrinsecamente elevata, tale da richiedere la querela di falso onde contestarne la autenticità». Per commenti critici alla decisione cfr. M. VANZETTI, *L'irrisolto problema della disciplina processuale delle scritture provenienti da terzi estranei al giudizio e della loro eventuale efficacia probatoria*, in *Corr. giur.*, 2011, 201 ss.; G. FINOCCHIARO, *Sul regime giuridico delle scritture provenienti da terzi*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 968 ss.; ID., *Non convince la decisione delle sezioni Unite per mancanza di certezza della prova atipica*, in *Guida dir.*, 2010, n. 30, 58 ss.

Analogamente, la prassi tende a richiedere la querela di falso per contestare la paternità di quegli scritti caratterizzati dalla qualifica pubblicistica del verbalizzante, perlopiù un pubblico ufficiale privo tuttavia del potere di rogare atti facenti piena prova sino a querela di falso. Si tratta, ad esempio, dei verbali della polizia o dei carabinieri, ai quali è attribuito valore di piena prova fino a querela di falso rispetto alla provenienza delle dichiarazioni raccolte e a quanto il pubblico ufficiale ha personalmente constatato essere avvenuto in sua presenza (valore indiziario hanno invece le valutazioni compiute dal pubblico ufficiale e la veridicità delle dichiarazioni da lui raccolte). La dottrina si è tuttavia espressa criticamente verso questo orientamento (cfr. M. TARUFFO, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, cit., 414 ss.; L. MONTESANO, *Limiti dell'efficacia probatoria nel processo civile dei verbali ispettivi redatti da funzionari del ministero dell'industria nell'esercizio dei compiti di vigilanza sull'attività assicurativa*, in *Giur. it.*, 1986, IV, 385; G.F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., 236 ss.), evidenziando l'impossibilità di applicare analogicamente le norme concernenti l'atto pubblico, nonché l'equivoco su cui tale interpretazione si fonda, consistente nella sovrapposizione del

concetto di atto pubblico presente nel codice civile con quello penalistico di cui all'art. 476 c.p., per il quale la valenza di atto pubblico è attribuita a ogni atto proveniente da un pubblico ufficiale e non soltanto agli atti previsti dall'art. 2699 c.c.

Capitolo II

Le nullità relative alla fase di ammissione della prova

SOMMARIO: 1. Profili soggettivi. La volontà come requisito extraformale dell'atto istruttorio: rilevanza della volontarietà dell'atto e tendenziale irrilevanza della volontà degli effetti. L'*animus confitendi* quale peculiare requisito della volontà nella confessione. L'eccezionale rilevanza dei vizi della volontà nella disciplina (tendenzialmente non estendibile ad ulteriori strumenti probatori) della revoca della confessione. 2. ... segue: Il diverso atteggiarsi della disponibilità soggettiva del diritto nella confessione e nel giuramento decisorio. La figura del testimone. 3. Profili oggettivi. La prova degli enunciati fattuali. La percezione diretta del fatto non si attegge a condizione di validità della prova. L'irrilevanza delle valutazioni personali e giuridiche. La qualificazione del fatto (come elemento strutturale della prova) in relazione ai giuramenti e alla confessione. 4. ... segue: Il diverso atteggiarsi del limite dell'indisponibilità oggettiva del diritto nella confessione e nel giuramento. 5. ... segue: I limiti probatori in materia contrattuale. Differente carattere delle nullità per la prova dei contratti che richiedono la forma scritta ad substantiam e ad probationem. 6. ... segue: La prova esplorativa e l'indebito allargamento del *thema decidendum* e/o *probandum*. Poteri istruttori, principio dispositivo e ripartizione degli oneri della prova.

1. Profili soggettivi. La volontà come requisito extraformale dell'atto istruttorio: rilevanza della volontarietà dell'atto e tendenziale irrilevanza della volontà degli effetti. L'*animus confitendi* quale peculiare requisito della volontà nella confessione. L'eccezionale rilevanza dei vizi della volontà nella

disciplina (tendenzialmente non estendibile ad ulteriori strumenti probatori) della revoca della confessione.

Tra i requisiti extraformali di natura soggettiva dell'atto processuale viene comunemente annoverata la volontà. Questa affermazione è tuttavia generica, dal momento che il requisito della volontà può essere inteso sia come volontà di compiere l'atto, la c.d. *volontarietà*, sia come volontà di produzione degli effetti dell'atto¹.

Ogni atto processuale non può prescindere certamente dal profilo della *volontarietà*, sicché l'atto posto in essere nonostante la volontà *contraria* del soggetto a cui l'atto dovrebbe essere riconducibile deve considerarsi invalido.

¹ Si v. per tutti C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, I, *I soggetti e gli atti*, Torino, 2010, 81; G. VERDE, *Diritto processuale civile 1. Parte generale*, agg. a cura di F. AULETTA, G.P. CALIFANO, G. DELLA PIETRA, N. RASCIO, Bologna, 2015, 276. Come noto, nel diritto privato si distingue tra fatti giuridici, la cui semplice esistenza è idonea a produrre effetti giuridici indipendentemente dalla volontarietà dei comportamenti umani (può trattarsi anche di fatti naturali), atti giuridici, in cui rileva soltanto la volontarietà del comportamento umano, e negozi giuridici, in cui rileva, oltre alla volontà dell'atto, anche la volizione degli effetti dell'atto. Per comprendere se gli atti processuali siano semplici atti giuridici ovvero negozi bisogna dunque domandarsi se in relazione agli stessi rilevi la semplice volontarietà oppure possa essere tenuta in considerazione anche la volontà degli effetti dell'atto. Se gli atti processuali sono atti giuridici, allora ai fini della loro validità sarà sufficiente la semplice volontarietà di eseguire l'atto; in caso contrario, l'indagine dovrà spingersi oltre, sino a valutare gli aspetti relativi ai vizi della volontà (C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, *Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, Torino, 2014, 619, 620; C. PUNZI, *op. ult. cit.*, 35).

In argomento, gli esempi che vengono generalmente proposti nella manualistica ritraggono ipotesi di scuola: si pensi alla notificazione di un atto di citazione a nome di un altro soggetto, ovvero all'atto di citazione sottratto alla scrivania dell'avvocato e notificato contro la volontà del suo autore².

Poiché anche gli atti istruttori appartengono all'ampio *genus* degli atti processuali, la loro validità non può che essere condizionata al profilo della volontarietà³. Sulla falsa riga degli esempi appena richiamati potrebbe immaginarsi il documento rubato e prodotto in giudizio in nome altrui⁴. Tuttavia l'interrogativo sulla volontarietà dell'atto istruttorio avrebbe in astratto ragione di porsi anche in relazione alla formazione stessa della prova e segnatamente a quei mezzi istruttori che si formano fuori del processo e che assumono rilevanza in quanto in esso prodotti. In questi casi, l'assenza di volontarietà dell'atto può essere imputata per un verso alla falsificazione della

² Le osservazioni e gli esempi riportati nel testo possono trovarsi ad es. in G.F. RICCI, *Diritto processuale civile*, I, *Disposizioni generali*, Torino, 2013, 288; E. REDENTI-M. VELLANI, *Diritto processuale civile*, Milano, 2011, 93 ss.

³ Si v. V. DENTI, *Volontarietà e volontà nel trattamento degli atti processuali*, in ID., *Dall'azione al giudicato*, Padova, 1983, 208, il quale dopo aver distinto tra atti propulsivi e atti di acquisizione probatoria ritiene che non vi sia ragione «per escludere che la categoria della nullità, intesa nel senso che le è proprio sul terreno processuale, possa estendersi agli atti di acquisizione probatoria e pertanto [...] per negare che il difetto del requisito della “volontarietà” dia luogo a nullità» della prova.

⁴ Se il documento venisse invece prodotto in nome proprio il problema sfocerebbe nella differente questione riguardante l'utilizzabilità delle prove illecite, che sarà oggetto di attenzione nel IV cap.

prova⁵ e per altro verso alla violenza fisica. In merito a quest'ultimo aspetto può immaginarsi – ma anche queste, evidentemente, sono ipotesi scolastiche – un soggetto che forzi la mano della parte o del terzo nella stesura rispettivamente di una confessione stragiudiziale ovvero di un modello di testimonianza⁶. In siffatte ipotesi difetta in radice la volontarietà dell'atto, che solo in apparenza è riconducibile ad un soggetto: vuoi perché il presunto autore non ha mai posto in essere l'atto, vuoi perché lo ha posto in essere in modo forzoso e coatto – il che a ben vedere equivale a sostenere che non lo abbia giammai posto in essere –, l'atto è invalido in quanto eseguito *contra voluntatem*.

Di regola per la validità dell'atto è sufficiente il requisito della volontarietà⁷, a prescindere dall'effettiva volizione degli effetti. E infatti, ove l'intenzione venga manifestata ed esteriorizzata attraverso il compimento dell'atto, è esclusa un'indagine suppletiva di natura psicologica, volta ad indagare le reali intenzioni del soggetto agente. Del resto, la funzione delle forme è proprio quella di eludere le

⁵ A questo profilo si rimedia attraverso il disconoscimento della scrittura. La confessione stragiudiziale prodotta in giudizio deve essere disconosciuta nei termini e con le modalità indicati agli artt. 214 e 215 c.p.c. (cfr. ad es. Cass. 28 giugno 2005, n. 13919 e Cass. 31 ottobre 2008, n. 26325).

⁶ Non è invece pensabile che il difetto di volontarietà possa essere riscontrato nelle prove a formazione processuale, e in particolare nella testimonianza resa in forma orale, nel giuramento e nell'interrogatorio formale. Tutt'al più per queste prove può venire in rilievo il differente profilo dei vizi della volontà, sul quale v. *infra*.

⁷ S. SATTA-C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, 2000, 241; E. FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, 1996, 358; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile, I, Principi generali*, Milano, 2015, 416.

questioni relative alla volontà degli effetti dell'atto, che viene *de plano* rintracciata in colui che conformandosi alle forme processuali ha posto in essere un determinato atto⁸. In altri termini, il compimento volontario dell'atto con determinate forme risulta sufficiente a presumere la volontà di compierlo: come è stato efficacemente osservato, la forma assorbe l'indagine sulla volontà di compiere l'atto processuale⁹. Ciononostante, eccezionalmente, anche la volontà degli effetti e i vizi della volontà dell'atto processuale possono giocare un proprio ruolo, e ciò si afferma segnatamente con riferimento a quegli atti processuali in qualche misura dispositivi dell'azione e del processo, che si è soliti designare con il nome di *atti causativi* – quali la proposizione della domanda giudiziale, la rinuncia agli atti, l'acquiescenza, e per quanto qui maggiormente rileva, la confessione e il giuramento –, *id est* «atti dotati di particolare efficacia e cioè direttamente impegnativi per i soggetti che li compiono¹⁰» e che, come tali, si contrappongono agli atti induttivi, ovverosia gli atti che non comportano alcun effetto immediato sulle posizioni delle parti e che possiedono semplice funzione propulsiva del procedimento.

⁸ E. REDENTI-M. VELLANI, *op. loc. ult. cit.*; C. PUNZI, *op. ult. cit.*, 36.

⁹ E. REDENTI, voce *Atti processuali civili*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 105. Del resto, concedere spazio a tali questioni significherebbe ostacolare la speditezza del processo. «In questo senso le forme semplificano anziché complicare le cose» (E. REDENTI-M. VELLANI, *op. cit.*, 93).

¹⁰ G. VERDE, *Diritto processuale civile 1. Parte generale*, cit., 276. Sul punto cfr. altresì E. REDENTI-M. VELLANI, *op. cit.*, 113; G.F. RICCI, *op. loc. ult. cit.*; R. ORIANI, voce *Atti processuali I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, 9.

Il profilo volontaristico non può certamente essere negato in ordine alla confessione. In particolare sono due i profili d'interesse: il primo attiene al requisito dell'*animus confitendi*, il secondo riguarda la revoca della confessione. Se la violenza fisica esclude in radice la volontarietà dell'atto e dunque persino l'effettiva sussistenza di una dichiarazione confessoria¹¹, vi sono ipotesi più sfumate in cui il fattore psicologico può in una certa misura essere preso in considerazione. L'*animus confitendi* è un requisito¹², non previsto *ex iure positivo*, che non sottende né l'intenzione di porre in essere un negozio giuridico dispositivo del proprio diritto nella consapevolezza degli effetti prodotti¹³ (è ormai pacifica la natura probatoria e non negoziale della dichiarazione confessoria), né l'intenzione di fornire una prova (legale) alla controparte

¹¹ L. LAUDISA, *Il ritiro della dichiarazione di verità*, Padova, 1978, 107, 114.

¹² Si v. per tutti L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2010, 688; G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, *Il processo ordinario*, Bari, 2015, 135. Nel senso invece di negare autonomia concettuale al requisito cfr. C. FURNO, voce *Confessione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur.*, VIII, Milano, 1961, 895.

¹³ In questo senso, invece, nell'ottica della teoria negoziale della confessione, C. LESSONA, voce *Confessione (materia civile)*, in *Dig. it.*, VIII, 1, Torino, 1896, 794; in misura parzialmente analoga G. MESSINA, *Contributo alla dottrina della confessione*, in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1948, 9. Tuttavia, come osserva L. MONTESANO, *Sull' "animus confitendi" e sulla "teoria oggettiva" della confessione*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, II, 16, ritenere indispensabile la volontà degli effetti probatori della dichiarazione contraddice la disposizione sulla revoca della confessione, non ammessa in ipotesi di errore di diritto (nello stesso verso, ad es., G. VERDE, *Diritto processuale civile 2. Processo di cognizione*, agg. a cura di F. AULETTA, G.P. CALIFANO, G. DELLA PIETRA, N. RASCIO, Bologna, 2015, 106).

(sicché non è possibile stimare necessaria la consapevolezza circa gli effetti di natura processuale della dichiarazione *contra se*¹⁴). L'*animus confitendi* consta semplicemente nella libera consapevolezza della parte di dire la verità e nell'intenzionalità di rendere la dichiarazione fondata sul convincimento di affermare la verità¹⁵.

¹⁴ Non può in alcun modo considerarsi invalida (*id est* deve essere qualificata quale vera e propria confessione) la dichiarazione *contra se* effettuata senza la consapevolezza delle conseguenze giuridiche di natura processuale che da quella dichiarazione scaturiscono. In questo senso si orienta ormai la dottrina unanime: si v. per tutti V. ANDRIOLI, voce *Confessione (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, IV, Torino, 1959, 10 ss.; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 688, 689; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, *Il processo di cognizione*, Milano, 2015, 149; C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, II, *Il processo ordinario di cognizione*, Torino, 2015, 274; M. TARUFFO, *Commento all'art. 2730*, in P. CENDON (diretto da), *Commentario al codice civile*, VI, Torino, 1991, 218; ID., *I mezzi di prova (I)*, in L.P. COMOGLIO, C. FERRI, M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, I, *Il processo ordinario di cognizione*, Bologna, 2011, 494; G. VERDE, *Diritto processuale civile 2. Processo di cognizione*, cit., 106. Nello stesso verso in giurisprudenza cfr. Cass. 9 aprile 2013, n. 8611; Cass. sez. un. 25 marzo 2013, n. 7381; Cass. 17 gennaio 2003, n. 607; Cass. 11 aprile 2000, n. 4608; Cass. 5 marzo 1990, n. 1723; Cass. 19 ottobre 1985, n. 5141; App. Potenza 9 gennaio 2014.

¹⁵ In particolare S. SATTA-C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, cit., 338, secondo cui la disciplina della confessione è tesa a stabilire se una specifica dichiarazione costituisca o meno una confessione. A tal fine l'*animus confitendi* «distingue la confessione dalle molteplici dichiarazioni che la parte può fare e fa nel processo: la estraneità cioè alla dichiarazione di ogni altro fine che non sia quello di dire la verità»; C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, II, *La fase di cognizione nella tutela dei diritti*, Torino, 2010, 116 ss. Per una diversa ricostruzione, che esclude la rilevanza del requisito soggettivo in parola sulla base del principio

Va anzitutto rilevato che così circoscritto è perlomeno altamente improbabile che un simile requisito possa essere assente nella confessione giudiziale¹⁶. All'opposto, con riferimento alle confessioni stragiudiziali, se di regola è vero che il giudice non può indagare gli *interna corporis* che hanno spinto la parte a confessare perché non è al cospetto di una dichiarazione negoziale, è altrettanto vero che vi sono dei casi in cui la dichiarazione viene resa in circostanze particolari, atte ad escludere del tutto o ad insidiare la sussistenza di una specifica volontà di *dicere verum*.

Così, ad esempio, se le dichiarazioni sfavorevoli sono rese a fini didattici o per scherzo, ovvero, ancora, da un soggetto in stato di incapacità naturale¹⁷, si è correttamente portati a ritenere che l'assenza di *animus confitendi* privi

di autoresponsabilità del dichiarante, cfr. L. MONTESANO, *Sull'“animus confitendi” e sulla “teoria oggettiva” della confessione*, cit., 16. In quest'ottica, tuttavia, sarebbe da qualificare confessione anche la dichiarazione resa dalla parte nella consapevolezza della sua falsità.

¹⁶ Per questa considerazione cfr. G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, *Il processo ordinario*, cit., 135. Non a caso recentemente è stato affermato che le circostanze riportate nella citazione, in quanto atto di parte, sono necessariamente dedotte con *animus confitendi* (App. Campobasso 4 novembre 2015). Come detto, nulla esclude, in astratto, che costituiscano oggetto d'indagine i differenti profili della volontarietà (essendo indispensabile che l'atto di citazione sia stato effettivamente redatto e notificato dalla parte o dal suo difensore).

¹⁷ Cfr. Cass. 22 novembre 1979, n. 6076, in *Giust. civ.*, 1980, I, 52: «La confessione resa dall'incapace naturale non realizza la fattispecie legale, in quanto manca un elemento essenziale della confessione, e cioè *l'animus confitendi*, inteso come consapevolezza e volontà intenzionale di dare conoscenza al destinatario del fatto dichiarato».

totalmente di forza probatoria la dichiarazione. Se tuttavia ci si allontana da questi casi di scuola, la problematica si fa viepiù complessa. Si pensi al caso, sovente al vaglio della giurisprudenza, in cui la confessione venga resa in un contesto transattivo¹⁸: la dichiarazione c'è stata ed è stata posta in essere volontariamente, ma non è detto che a tale volontarietà si accompagni l'intimo convincimento del dichiarante circa la verità del fatto (nel contesto transattivo infatti la dichiarazione potrebbe risultare condizionata dall'intenzione del confitente di andare incontro all'altra parte per porre fine a una lite). Ciò che pare difettare in simili casi è proprio una precisa unidirezionalità di pensiero, un volere non equivocabile di dichiarare un fatto che si ritiene veritiero. Orbene, il contesto in cui la dichiarazione è resa fa presumere – sulla scorta di dati oggettivi (l'elemento psicologico non potrebbe essere dedotto diversamente) – che il presunto confitente avesse di mira con la sua dichiarazione non tanto l'esternazione di

¹⁸ L'*animus confitendi* viene sovente richiamato dalla giurisprudenza per escludere valenza confessoria a quelle dichiarazioni che la parte abbia rilasciato nel contesto di un contratto di transazione, e quindi in una prospettiva di reciproche concessioni per porre fine a una lite. Cfr. ad es. Cass. 23 gennaio 1997, n. 712; Cass. 14 settembre 1983, n. 5564; e nella giurisprudenza di merito App. Bologna 6 luglio 2004; per ulteriori precisazioni si v. Cass. 14 febbraio 1996, n. 1102; nonché da ultimo Cass. 19 giugno 2015, n. 12691, per la quale la dichiarazione *contra se* avvenuta nell'ambito di una transazione «non integra una dichiarazione di scienza che sia fine a se stessa, ma s'inserisce nel contenuto del contratto transattivo ed è strumentale rispetto al raggiungimento dello scopo di questo, il che fa venir meno, nella rappresentazione interna che l'autore si forma della propria dichiarazione, la basilare caratteristica che alle confessioni conferisce forza probante».

un fatto vero e a sé sfavorevole, bensì ulteriori e differenti moventi.

Ciò premesso, può giungersi all'interrogativo che più rileva ai presenti fini, vale a dire se – nel caso in cui le circostanze obiettive escludano la sussistenza di una volontà *esclusiva* di rendere la dichiarazione confessoria – quest'ultima sia privata di qualsivoglia valore probatorio (in tal caso l'*animus confitendi* sarebbe requisito di validità della confessione), ovvero unicamente della forza di prova piena (in tal caso l'*animus confitendi* si atterrebbe a condizione di piena efficacia della confessione e la dichiarazione non sarebbe sottratta al prudente apprezzamento dell'organo giudicante).

La seconda soluzione appare preferibile, perché si presta ad abbracciare in modo più esauriente le poliedriche sfaccettature della realtà empirica. In effetti, l'assenza del requisito in parola non si traduce automaticamente nella falsità del fatto sfavorevole dichiarato, e in ogni caso, non difettando la volontarietà dell'atto, non può *a priori* escludersi che in taluni casi il confitente volesse rendere *anche* una dichiarazione veridica¹⁹ (peraltro a lui

¹⁹ Non a caso, sovente, la giustificabile preoccupazione della giurisprudenza è più che altro quella di sottrarre siffatte dichiarazioni all'area della prova legale. In argomento cfr. in particolare le osservazioni di L. MONTESANO, *Sull'“animus confitendi” e sulla teoria “oggettiva” della confessione*, cit., 16: «molto spesso, invocando l'*animus confitendi*, i giudicanti sono guidati dalla preoccupazione di escludere l'efficacia di piena prova di una dichiarazione emessa in un certo momento, per particolari fini, magari favorevoli al dichiarante, il quale non era in grado di nutrire il più lontano sospetto che quella dichiarazione potesse in futuro venire utilizzata a suo danno». In questo senso può essere letta la recente Cass. 7 settembre 2015, n. 17702, in forza della quale «la dichiarazione di fatti a sé sfavorevoli che l'imprenditore renda all'ispettore del lavoro, nell'esercizio dei suoi compiti di

sfavorevole). In questo senso la funzione dell'*animus confitendi* potrebbe utilmente essere ricondotta a quella di barometro dell'efficacia della confessione²⁰. La valutazione della situazione d'insieme in cui la dichiarazione è calata potrebbe approdare tanto all'esclusione di qualsivoglia efficacia (ad es. se la parte dimostra che la dichiarazione è avvenuta a scopi didattici), tanto ad una mera attenuazione della *vis* probatoria (sì che la dichiarazione potrebbe, in astratto, rappresentare un valido ausilio, eventualmente sussidiario, nell'accertamento del *factum probandum*).

È ora possibile volgere lo sguardo ai vizi della volontà del confitente. L'art. 2732 c.c. prevede due motivi, l'errore e la violenza, che autorizzano la revoca della confessione sia giudiziale che stragiudiziale²¹. Senza indugiare

polizia amministrativo giudiziaria, non costituisce confessione stragiudiziale, con piena efficacia probatoria nel rapporto processuale, [...] perché lo specifico scopo della dichiarazione, finalizzata all'inchiesta che svolge il funzionario, esclude la configurabilità all'*animus confitendi* in capo al dichiarante. Tale dichiarazione fornisce tuttavia una prova liberamente apprezzabile».

²⁰ In questo senso M. RUSSO, *Animus confitendi e prudente apprezzamento della dichiarazione confessoria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 997 ss., che individua nell'*animus confitendi* uno strumento attraverso il quale il giudice può liberamente, *ex art. 116 c.p.c.*, sindacare l'efficacia persuasiva della singola dichiarazione e non trovarsi «in posizione di semplice recettore della dichiarazione sfavorevole e degli effetti processuali (il vincolo sul contenuto della decisione) che a questa il codice riconosce»; *contra* L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 688, nt. 47.

²¹ I motivi, da ritenersi tassativi, richiamano senz'altro i vizi della volontà di matrice civilistica ma non coincidono in tutto e per tutto con essi. Non è possibile, ad es., revocare la confessione per dolo, salva l'ipotesi in cui il raggirò si risolve in un errore di fatto (L.

sull'utilizzo improprio del termine revoca – che soltanto una indebita attribuzione alla dichiarazione confessoria di connotati volontaristici e non già conoscitivi può originare²² – occorre anzitutto premettere che non si rivela in ogni caso sufficiente per invalidare la confessione dimostrare la verità di fatti contrari a quelli oggetto di confessione²³.

Con riguardo all'errore, che è sempre errore di fatto e non di diritto (ossia quello che cade sulle conseguenze probatorie della dichiarazione *contra se*), la prova necessaria per l'invalidazione dovrà concernere tanto l'elemento oggettivo, rappresentato dalla falsità del fatto confessato, quanto quello soggettivo, consistente nell'errore che ha indotto il confitente a rendere la dichiarazione *contra se* nella convinzione che il fatto confessato fosse vero²⁴. È forse il caso di osservare che

LAUDISA, *Il ritiro della dichiarazione di verità*, cit., 113; in giurisprudenza Cass. 10 febbraio 1995, n. 1483, in *Giust. civ.*, 1995, I, 3051, con nota di L. FERRARI, *Sui limiti della tutela giuridica della confessione stragiudiziale resa alla parte*). Il ritiro della confessione non è possibile neanche adducendo la simulazione della dichiarazione (cfr. Cass. 21 ottobre 1992, n. 11498, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 189, con nota di M. CASOLA, *Sull'oggetto e sulla simulazione della confessione*; e con specifico riguardo alla simulazione della quietanza Cass. 22 febbraio 2006, n. 3921).

²² Cfr. L. LAUDISA, *Il ritiro della dichiarazione di verità*, cit., 104 ss.

²³ Sul punto cfr. Cass. 11 agosto 2004, n. 15618; Cass. 21 gennaio 1999, n. 547.

²⁴ Cfr. Cass. 1 marzo 2002, n. 3010; Cass. 14 luglio 2000, n. 9368; Cass. 20 gennaio 1995, n. 629; Cass. 3 marzo 1995, n. 1309. In dottrina *ex multis* V. ANDRIOLI, voce *Confessione (dir. proc. civ.)*, cit., 20; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 693; E. SILVESTRI, voce *Confessione nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv.*,

l'assenza dell'*animus confitendi* non occasiona la possibilità di revocare la confessione, poiché la parte non era certo in errore nel momento in cui ha reso la dichiarazione; anzi, era ben consapevole della (eventuale) falsità o parziale difformità dei fatti rispetto alla realtà. In altri termini, nel caso in cui difetti l'*animus confitendi* la parte ha reso intenzionalmente la dichiarazione con l'intimo convincimento della sua falsità (perché aveva di mira ulteriori obiettivi); nel caso in cui la dichiarazione sia viziata da errore la parte ha sempre reso la confessione intenzionalmente, ma nella convinzione soggettiva, peraltro errata, che il fatto dichiarato fosse vero.

III, Torino, 1988, 429. Ad avviso di V. PANUCCIO, *La confessione stragiudiziale*, Milano, 1960, 33 ss. non sarebbe sempre necessaria la prova dell'inesistenza del fatto confessato; talvolta potrebbe infatti risultare sufficiente anche soltanto mettere in dubbio la situazione fattuale oggetto di confessione in modo tale da privare la dichiarazione stessa del valore assertorio assoluto che le è proprio. L'errore consta nell'erronea credenza che il fatto confessato dal confitente fosse vero e non può consistere nell'aver erroneamente confidato sull'avveramento di quanto dichiarato consapevolmente in modo non veritiero (si v. Cass. 3 giugno 1998, n. 5459, ove è stata esclusa la possibilità di invalidare la confessione stragiudiziale resa dal creditore in ordine all'adempimento del debitore, «costituita dalla fattura quietanzata rilasciatagli sapendo che questi non aveva adempiuto, ma sull'indotta aspettativa che avrebbe provveduto di lì a poco, mentre invece non si era fatto più vedere»). Non sono necessari, in caso di errore, né l'essenzialità dello stesso, requisito che rimanda ad aspetti costitutivi del contratto, né la riconoscibilità, elemento che trova giustificazione in ambito negoziale, ove la dichiarazione di volontà trova un limite nell'altrui affidamento e dove pertanto si rende necessario bilanciare correttamente gli interessi dei contraenti, necessità che evidentemente non permea le dichiarazioni di scienza (sul punto cfr. Cass. 18 gennaio 1985, n. 136, in *Giust. civ.*, 1985, I, 1967 ss.).

Nel caso di violenza²⁵ – termine con il quale si rinvia alla violenza morale (*vis compulsiva*) e non fisica (*vis absoluta*), che, come detto, incidendo a monte sulla stessa volontarietà della dichiarazione la vizia insanabilmente *ab origine*²⁶ – la dottrina si presenta divisa. Da un lato vi è chi sostiene che debba provarsi solo la violenza psichica: non

²⁵ La violenza, a differenza dell'errore di fatto, non costituiva nel codice del 1865 motivo di revoca della confessione. Circa i caratteri propri della violenza quale motivo di invalidazione della confessione cfr. App. Firenze 21 gennaio 1961, a mente della quale per «aversi invalidità di una confessione per violenza, occorre che il timore provenga non *ab intrinseco*, bensì dall'esterno ad opera di un soggetto che usi violenza o minaccia; il che non si verifica quando la parte cui l'atto giova si limita a sfruttare un particolare stato d'animo dell'altra parte, alla formazione del quale non ha in alcun modo concorso»; Trib. Bologna 10 novembre 1964, in *Giur. it.*, 1965, I, 2, 308, per il quale non può essere revocata la confessione determinata da violenza ove questa sia stata esercitata sotto forma di minaccia di far valere un diritto non diretta ad ottenere vantaggi ingiusti. Autorevole dottrina sostiene che la violenza debba rivestire i caratteri di cui all'art. 1435 c.c. e dunque «essere di tal natura da fare impressione sopra una persona sensata e da farle temere di esporre sé o i suoi beni a un male ingiusto e notevole» (cfr. L. MONTESANO, *Note sulla natura giuridica della confessione*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1948, III, 145; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 693; V. ANDRIOLI, *op. loc. ult. cit.*).

²⁶ In tal senso L. MONTESANO, *Note sulla natura giuridica della confessione*, cit., 147; E. SILVESTRI, voce *Confessione nel diritto processuale civile*, cit., 422 ss.; M. TARUFFO, *I mezzi di prova (I)*, cit., 499, che la considera «*a priori* priva di qualsiasi effetto». Si ritiene che la violenza e la conseguente inutilizzabilità della dichiarazione confessoria sia in questi casi rilevabile *ex officio*: L. MONTESANO, *op. ult. cit.*, 145; S. PATTI, *Prove*, in G. DE NOVA (a cura di), *Commentario del codice civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna, 2015, 747, che parla di pseudo-confessione.

occorrerebbe pertanto dimostrare che tale violenza abbia spinto a confessare un fatto non veritiero²⁷; su altro versante vi è chi sostiene che sarebbe necessario provare anche la non veridicità del fatto confessato²⁸. La prima tesi sembra più convincente, nella misura in cui, dimostrata la violenza morale, si attesta al contempo l'intrinseca inattendibilità della dichiarazione ottenuta attraverso indebite pressioni²⁹. A ciò potrebbe obiettarsi che la confessione non può essere revocata nel momento in cui i fatti siano veri: tale ragionamento pare cadere in un equivoco, consistente in ciò che se i fatti sono veri o falsi sarà dimostrato sulla base delle ulteriori risultanze istruttorie e non certo in forza di una confessione che sia il comprovato effetto di illegittime minacce subite dal confitente. Il ragionamento, in altri termini, sembra nella tesi criticata effettuato *ex post* per giustificare *ex ante* la

²⁷ L. MONTESANO, *op. ult. cit.*, 147; ID., *Sull'“animus confitendi” e sulla teoria “oggettiva” della confessione*, cit., 22; V. DENTI, *Volontarietà e volontà nel trattamento degli atti processuali*, cit., 220; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, IV, Padova, 2004, 325; G.F. RICCI, *Diritto processuale civile*, II, *Il processo di cognizione e le impugnazioni*, Torino, 2013, 123; S. PATTI, *Prove*, cit., 750, secondo cui la soluzione s'impone alla luce del generale disfavore dell'ordinamento giuridico nei confronti della violenza. Così ragionando, «dovrebbe pervenirsi alla conclusione secondo cui la dichiarazione estorta è priva di qualsiasi rilevanza e, di conseguenza, anche l'allegazione della non verità del fatto risulta superflua». In giurisprudenza Cass. 21 gennaio 1999, n. 547; Cass. 16 maggio 1984, n. 2993.

²⁸ M. TARUFFO, *I mezzi di prova (I)*, cit., 499.

²⁹ In ugual senso M. MARINELLI, *In tema di revoca della confessione ai sensi dell'art. 2732 c.c.*, in *Corr. giur.*, 2009, 1673 ss., per il quale la dimostrazione della violenza «determina già di per sé l'eliminazione della dichiarazione confessoria escludendo che questa sia un atto genuinamente cosciente e volontario».

mancata revoca della confessione. Pare invece più corretto ritenere che la revoca abbisogni semplicemente della dimostrazione della violenza; ciò non toglie che l'invalidazione possa rivelarsi *de facto* inutile e che i fatti sfavorevoli al confitente possano *aliunde* trovare conferma. Un ulteriore indice sembra orientare l'interprete nella direzione tracciata, se non altro nell'ipotesi in cui sia la controparte del confitente, in persona o per interposta persona, ad esercitare la violenza sul confitente. La confessione ottenuta grazie a violenza morale, a ben vedere, rappresenta un'ipotesi di prova illecita, la quale, come si vedrà nel prosieguo, è inutilizzabile a prescindere dalla sua (in)efficacia persuasiva; a maggior ragione, dunque, la confessione ottenuta attraverso l'esercizio di violenza morale sul confitente non potrà che essere esclusa dal complesso delle risultanze probatorie suscettibili di valutazione.

Ciò detto, e premesso altresì che non può promuoversi un giudizio autonomo per invalidare la confessione³⁰, è dubbia la sussistenza di limiti temporali (endoprocessuali) ai fini dell'utile esercizio del potere di proporre istanza di revoca. Se sussistenti, tali limiti temporali vanno individuati: a) nella seconda memoria dell'art. 183, 6° comma, c.p.c.³¹, nel caso di confessioni stragiudiziali desumibili da documenti già prodotti ovvero di confessioni giudiziali spontanee emerse dagli atti processuali precedenti; b) nella prima istanza o difesa successiva, nel

³⁰ Cfr. in particolare Cass. 14 gennaio 2009, n. 603, in *Corr. giur.*, 2009, 1673, con nota di M. MARINELLI, *In tema di revoca della confessione ai sensi dell'art. 2732 c.c.*

³¹ In questo senso M. MARINELLI, *op. cit.*, 1680; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *Il processo di primo grado e le impugnazioni*, Torino, 2015, 326, 327; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 692.

caso in cui la confessione risulti da un documento depositato nel terzo dei termini assegnati dal giudice³²; c) sempre nella difesa o istanza successiva, allorché la confessione da revocare sia quella resa in sede di interrogatorio formale³³; d) ancora all'istanza successiva occorre far riferimento nel caso in cui la conoscenza dei vizi o la cessazione della violenza sia avvenuta successivamente rispetto al triplice scambio di memorie di cui al sesto comma dell'art. 183 c.p.c.³⁴.

È necessario a questo punto chiedersi se la previsione relativa ai vizi della volontà della confessione sia suscettibile di applicazione analogica per ulteriori mezzi di prova. Al quesito è preferibile fornire risposta negativa, giacché le norme che attribuiscono rilevanza ai vizi della volontà degli atti processuali debbono stimarsi tendenzialmente tassative. In aggiunta, va sottolineato come il termine revoca, pur letto nella corretta accezione di invalidazione della dichiarazione e dunque depurato da

³² L.P. COMOGLIO, *op. loc. ult. cit.*

³³ L.P. COMOGLIO, *ibidem.*

³⁴ Si v. ancora L.P. COMOGLIO, *ibidem.* Oltretutto l'A. si era in precedenza espresso (ID., *Le prove civili*, Torino, 2004, 507 ss.; ID., voce *Confessione II) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, VIII, Roma, 1988, 5; così come già C. FURNO, voce *Confessione cit.*, 905) a favore della possibilità di esercitare la revoca in ogni stato e grado del giudizio (analogamente a quanto previsto per la querela di falso dall'art. 221 c.p.c.), per poi, soprattutto alla luce dell'irrigidimento delle preclusioni istruttorie, giungere ai diversi risultati interpretativi esposti nel testo. Tale soluzione è oltretutto in perfetta sintonia con il testo del Progetto di riforma del 2008 elaborato da A. Proto Pisani. Secondo l'art. 2.46 del progetto di riforma, infatti, «la richiesta di invalidazione deve essere effettuata a pena di decadenza all'inizio della prima udienza successiva alla conoscenza dell'errore o alla cessazione della violenza».

qualsivoglia significato *stricto sensu* negoziale, difficilmente si attaglia a ulteriori dichiarazioni informative, come ad esempio quelle testimoniali³⁵. In relazione a queste ultime si parlerà più che altro di *ritrattazione*, laddove sopraggiunga una nuova testimonianza di diverso contenuto rispetto a quella previamente resa. Il termine *ritrattazione* rende peraltro giustizia alla circostanza che la testimonianza è un *atto dovuto* e non già facoltativo, sicché a maggior ragione sembra rilevare soltanto il profilo della volontarietà³⁶. Quanto detto, peraltro, non esclude affatto che i profili relativi ai vizi della volontà possano assumere rilevanza sotto diversa veste e in particolare confluire nella tematica delle prove illecite, di cui ci si occuperà nell'ultimo capitolo del lavoro.

Maggiori dubbi possono essere sollevati per quanto concerne il giuramento. Per un verso si potrebbe sostenere che il giuramento non sia revocabile per un vizio della volontà, alla luce delle caratteristiche di *irretrattabilità* e *irrevocabilità* che lo permeano *ex art. 2738 c.c.*³⁷,

³⁵ V. DENTI, *Volontarietà e volontà nel trattamento degli atti processuali*, cit., 224.

³⁶ V. DENTI, *op. loc. ult. cit.*

³⁷ Cfr. in questo senso L.P. COMOGLIO, voce *Giuramento II) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XV, Roma, 1989, 3: «l'intangibilità del giuramento è refrattaria a qualunque invalidazione per vizi del volere o per simulazione oggettiva, né viene intaccata dall'eventuale ritrattazione confessoria dello stesso spergiuro». È sufficiente ricordare che: a) se il giuramento deferito o riferito è stato prestato, l'altra parte non è ammessa a provare il contrario, né può chiedere la revocazione della sentenza qualora il giuramento sia stato dichiarato falso (art. 2738 c.c.; non mancano peraltro in diversi ordinamenti previsioni di tenore contrario, come ad es. l'art. 595, 4° del *Nouveau Code de procédure civile* francese); b) non è possibile ammettere un giuramento finalizzato a

caratteristiche che, nella lettura offerta dalla Corte costituzionale, hanno svuotato di significato e reso lettera morta l'art. 371 c.p. là dove consente la ritrattazione del giuramento suppletorio³⁸.

Sembra tuttavia da rimarcare la necessità di non confondere il piano della libera volontà e quello della falsità del giuramento. Così ragionando è sicuramente impossibile invalidare il giuramento (deferito o non prestato) per errore di fatto: entrerebbero in gioco valutazioni sulla falsità del giuramento (la parte dovrebbe dimostrare l'errore e la falsità del fatto) che sfocerebbero in una non consentita ritrattazione. Per ciò che concerne la violenza morale, invece, è difficile replicare con la medesima perentorietà la non estendibilità della disciplina prevista in materia di vizi della volontà della confessione. In verità le ipotesi sono puramente teoriche: si tratterebbe, si suppone, del giuramento che la parte sia stata indotta a non prestare su coartazione psicologica della controparte (che peraltro, se il giuramento è decisorio, a lei lo aveva deferito) ovvero del giuramento che la parte abbia deferito o riferito sotto la minaccia della controparte che, si presume, intende porsi nella posizione di prestarlo proprio per vincere la lite.

cambiare il verso del giuramento già prestato; c) l'unica possibilità riconosciuta al danneggiato è quella di ottenere il risarcimento del danno, in presenza di una pronuncia di condanna in sede penale per falso giuramento *ex art. 371 c.p.*

³⁸ Cfr. Corte cost. 20 novembre 1995, n. 490, che, muovendo dall'impossibilità di fornire prova contraria rispetto a quanto giurato e di impugnare per revocazione la sentenza fondata sul falso giuramento, ha ritenuto sostanzialmente inapplicabile la causa di esclusione della punibilità prevista dall'art. 371 c.p. Per tutti G.F. RICCI, *Le prove illecite nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 78.

Orbene, si tenga in considerazione che la giurisprudenza, con orientamento consolidato e condivisibile, ha messo in luce come la natura vincolante del giuramento non è d'ostacolo a una valutazione, effettuata dopo la prestazione del giuramento, in ordine alla sussistenza dei presupposti e dei limiti che giustificano l'adozione dell'ordinanza con la quale la prova è disposta³⁹. Tra tali requisiti potrebbe venire ricompresa anche la libera formazione della volontà del soggetto che deferisce, riferisce o presta giuramento, considerato che anche il giuramento, come la confessione, rientra tra i c.d. atti causativi, in relazione ai quali, diversamente da quanto accade per la più parte degli atti processuali, i c.d. atti induttivi, non può essere esclusa *a priori* qualsivoglia indagine sul profilo della volontà, pur in assenza di una norma che la imponga *per tabulas*.

Oltretutto, anche in questa ipotesi, potrebbe essere invocata *ad adiuvandum* la dottrina dell'inutilizzabilità delle prove illecite.

2. ... segue: Il diverso atteggiarsi della disponibilità soggettiva del diritto nella confessione e nel giuramento decisorio. La figura del testimone.

Può dirsi ormai superata la diatriba relativa alla natura della confessione e del giuramento decisorio. Per quanto riguarda la confessione, la circostanza che essa abbia ad oggetto fatti e non si risolva in un negozio giuridico impedisce ogni indebita confusione rispettivamente con le figure del riconoscimento dell'altrui pretesa, avente ad

³⁹ Si v. per tutte Cass. 28 ottobre 2014, n. 22805; Cass. 9 luglio 1984, n. 4011.

oggetto diritti⁴⁰, e con il negozio (atipico) di accertamento, che consta in una regolamentazione privata attraverso cui le parti, innovando il precedente rapporto giuridico, intendono prevenire il rischio di future liti⁴¹.

Per quanto attiene al giuramento⁴² non può discorrersi di un negozio dispositivo di natura contrattuale avente ad

⁴⁰ La teoria negoziale della confessione, che si fonda specialmente sul dettato degli artt. 2731 e 2732 c.c., può dirsi oggi completamente superata. A favore della configurazione della confessione come vero e proprio mezzo di prova cfr. per tutti V. ANDRIOLI, *Studi sulle prove civili*, Milano, 2008, 228 ss.; V. PANUCCIO, *La confessione stragiudiziale*, cit., 6 ss.; V. DENTI, voce *Negozio processuale*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 142; C. MANDRIOLI, *La rappresentanza nel processo civile*, Torino, 1959, 359 ss.; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 684. L'ammissione della fondatezza della complessiva pretesa altrui non integra una dichiarazione confessoria (che ha sempre ad oggetto fatti, e non il diritto altrui) ma tutt'al più una ricognizione di debito ex art. 1988 c.c., che comporta un'inversione dell'onere della prova e non già la prova legale del fatto (sul tema cfr. specialmente F. CARNELUTTI, *Confessione e ricognizione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1942, I, 235 ss.; E.T. LIEBMAN, *Sul riconoscimento della domanda*, in *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962, 177 ss.). La confessione è pertanto la dichiarazione su fatti, la ricognizione è l'asseverazione di diritti.

⁴¹ In argomento cfr. da ultimo S. PATTI, *Prove*, cit., 719.

⁴² Per la tesi negoziale del giuramento cfr. soprattutto S. SATTA-C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, cit., 341: «il giuramento è alla prova totalmente estraneo: esso è un modo di risolvere la controversia diverso dal giudizio, che consiste nell'accettare come vera la parola di una parte [...]. Nel giuramento il giudice non è che un testimone, e il suo giudizio si limita alla verifica dell'avvenuto giuramento»; F. CARNELUTTI, *Natura del giuramento*, in *Riv. dir. proc.*, 1947, I, 183, che tuttavia distingue tra la dichiarazione giuratoria (consistente nel preambolo «giuro che») di natura negoziale e la dichiarazione giurata di natura probatoria; R. PROVINCIALI, voce *Giuramento I) Diritto processuale civile*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 113, il quale

oggetto il diritto sostanziale controverso: la risoluzione della lite sulla base del giuramento non è diretta conseguenza dell'incontro tra le volontà dei litiganti. A tacere della circostanza che il rifiuto di giurare del delato non impedisce di considerare comunque esperito il mezzo di prova, sicché in questa ipotesi non si comprenderebbe quali siano le volontà convergenti, gli effetti della prestazione ovvero della mancata prestazione del giuramento non derivano dalla volontà privata delle parti o del solo deferente, bensì dalla sentenza del giudice, che rappresenta la vera e unica fonte regolatrice dei rapporti tra le parti. Per convincersi di ciò è sufficiente pensare che in ipotesi il giudice potrebbe anche (beninteso, erroneamente) decidere ignorando la prestazione del giuramento, ma non per questo la sentenza sarebbe sprovvista di forza cogente tra le parti.

Ciò tenuto fermo, è doveroso prendere atto nelle considerazioni seguenti che le dichiarazioni in parola (soprattutto il giuramento, alla luce della sua natura decisoria) rappresentano pur sempre, in un certo senso, *mezzi indiretti di disposizione del diritto* fatto valere in giudizio. L'accostamento con la figura del negozio giuridico va pertanto rinvenuta non in una equiparazione

tuttavia ritiene che la natura negoziale vada circoscritta al deferimento e riferimento del giuramento. Per la tesi probatoria, oggi assolutamente prevalente, cfr. per tutti E. ALLORIO, *Ritrattazione del giuramento e disponibilità del diritto controverso*, in *Giur. it.*, 1948, I, 2, 5 ss.; C. FURNO, *Irretrattabilità del giuramento*, in *Riv. dir. proc.*, 1948, I, 179; C.A. NICOLETTI, *Il giuramento della parte nell'attualità del processo civile*, Rimini, 1982, 43; V. ANDRIOLI, *Studi sulle prove civili*, cit., 275 ss.; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 720 ss.; C. GAMBA, *I giuramenti*, in M. TARUFFO (a cura di), *La prova nel processo civile*, Milano, 2012, 450.

tout court tra istituti profondamente distanti, bensì *quoad effectum*, considerato che i risultati conseguibili dalle parti negozialmente possono altresì scaturire da specifiche condotte processuali, e in particolare dall'utilizzo di quei mezzi istruttori idonei a vincolare il giudice nell'accertamento dei fatti. Sotto quest'angolo prospettico appare così meno oscura la ragione per la quale il legislatore abbia realizzato un parallelo tra la disponibilità sostanziale del diritto e la disponibilità soggettiva e oggettiva a rendere la confessione e deferire il giuramento. Poiché sono ora in discussione i profili di nullità soggettivi l'accento va posto sulla disponibilità soggettiva a confessare e a deferire o riferire giuramento, rimandando al prosieguo della trattazione l'analisi della disponibilità oggettiva del diritto.

La confessione deve essere resa da chi è legittimato a confessare; «non è efficace se non proviene da persona capace di disporre del diritto, a cui i fatti confessati si riferiscono» (art. 2731 c.c.). L'aspetto problematico che interessa evidenziare in questa sede concerne la portata e il significato dell'inciso «non è efficace», non essendo pacifico se la dichiarazione confessoria proveniente dal soggetto incapace di disporre del diritto a cui i fatti confessati si riferiscono risulti totalmente sprovvista di efficacia, perché invalida, ovvero perda soltanto l'efficacia di prova legale, restando comunque soggetta a libera valutazione (e ciò beninteso a prescindere dalla riconducibilità della dichiarazione sfavorevole alla categoria della confessione in senso stretto ovvero al *genus* dell'ammissione). Il medesimo interrogativo, considerato che la legittimazione a confessare spetta alla parte personalmente ma anche al suo rappresentante, sorge con riferimento alla seconda parte della norma, in virtù della quale la confessione «resa da un rappresentante è efficace

solo se fatta entro i limiti e nei modi in cui questi vincola il rappresentato»⁴³. In ugual misura, ci si può chiedere se la

⁴³ La dottrina pressoché unanime vede nella capacità *ex art. 2731 c.c.* una proiezione della capacità d'agire e non della capacità processuale *ex art. 75 c.p.c.* Ciò è rilevante nella misura in cui può accadere che il soggetto legittimato a compiere atti processuali in nome e per conto del rappresentato non sia altresì legittimato a rendere confessione pienprobante, in assenza di una previa e specifica autorizzazione (su questo profilo E. CAMMEO, *Lezioni di procedura civile*, Padova, 1992, 612). Ad esempio, in relazione ad atti di straordinaria amministrazione, è preclusa ai rappresentanti legali del minore, i genitori, la possibilità di confessare fatti sfavorevoli al minore senza un'esplicita autorizzazione a disporre dei diritti pregiudicati. Pertanto, risulta indispensabile al genitore esercente la potestà un'autorizzazione *ad hoc* sia per confessare efficacemente in via stragiudiziale fatti attinenti a materia che ecceda l'ordinaria amministrazione sui beni del figlio minore, sia per confessarli in via giudiziale (una volta che le sia stato deferito interrogatorio formale), e ciò tanto che si tratti di lite attiva, per promuovere la quale sia occorsa l'autorizzazione del giudice tutelare, tanto che si tratti di lite passiva non abbisognevole di tale autorizzazione (così Cass. 6 aprile 1995, n. 4015, ove si evidenzia altresì che simile conclusione è tanto più valida se si pensa che l'art. 320 c.c. richiede l'autorizzazione anche solo per transigere giudizi relativi ad atti di straordinaria amministrazione, di talché «sarebbe poco coerente col sistema ritenere che essa, invece, non occorra per la confessione la quale pregiudica gli interessi del minore ben più gravemente ed incisivamente di quanto non lo possa fare una transazione con le sue reciproche concessioni»). In senso contrario si v. tuttavia l'opinione di V. ANDRIOLI, voce *Confessione (dir. proc. civ.)*, cit., 17, per il quale «una volta ottenuta l'autorizzazione a stare in giudizio, non ne è necessaria un'altra per validamente confessare».

È dubbia la configurabilità di una confessione resa dal sostituto processuale (cfr. in senso favorevole R. VACCARELLA, voce *Interrogatorio delle parti*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 374; C. FERRI, voce *Interrogatorio I) Diritto processuale civile*, in *Enc.*

dichiarazione confessoria resa dal rappresentante al di fuori dei limiti dei propri poteri sia invalida ovvero soltanto priva dell'efficacia di piena prova. In entrambe le situazioni, evidentemente, ritenere che la confessione sia invalida equivale a sancirne l'inefficacia⁴⁴. Per contro, ritenere che la confessione proveniente da persona incapace di disporre del diritto a cui i fatti confessati si riferiscono ovvero dal rappresentante senza potere è semplicemente privata della sua forza di piena prova comporta l'utilizzabilità delle dichiarazioni *sub specie* di prove liberamente valutabili⁴⁵.

giur. Treccani, XVII, Roma, 1989, 8; *contra* G. VERDE, *Diritto processuale civile 2. Processo di cognizione*, cit., 107).

⁴⁴ In tal senso V. ANDRIOLI, voce *Confessione (dir. proc. civ.)*, cit., 17; C. FURNO, voce *Confessione (dir. proc. civ.)*, cit., 883, per il quale «l'aver tenuta presente la gravità delle conseguenze pratiche e indirette dell'efficacia probatoria legale della confessione ha condotto il legislatore a concepire inesattamente la capacità e la legittimazione a confessare come condizioni soggettive di efficacia, mentre invece si tratta, propriamente, di requisiti soggettivi di validità dell'atto. Con la conseguenza che, ove il confitente difetti di capacità o di legittimazione, la confessione non solo non avrà la efficacia di piena prova, di cui parlano gli artt. 2733 e 2735 c.c., ma non avrà addirittura alcuna efficacia probatoria, sarà radicalmente nulla [...]. Soluzione in tutto analoga deve pure adottarsi nell'ipotesi che il rappresentante processuale confessi fuori dei limiti del potere gestorio o dispositivo conferitogli dal rappresentato o ricevuto *ex lege*»; S. PATTI, *Prove*, cit., 744; G. VERDE, *Diritto processuale civile 2. Processo di cognizione*, cit., 106.

⁴⁵ Così C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, II, *Il processo ordinario di cognizione*, cit., 272, nt. 21; C.M. DE MARINI, voce *Ammissione (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 248; C. MANDRIOLI, *La rappresentanza nel processo civile*, cit., 363 ss.; C. FERRI, voce *Interrogatorio I) Diritto processuale civile*, cit., 8; G. BUFFONE, *Commento all'art.*

Pur non potendo negare la sostenibilità – la formulazione legislativa si presta infatti ad entrambe le letture – della tesi che ritiene minata in radice la validità della confessione, a sostegno dell’opposta conclusione militano una serie di ragioni concorrenti.

In primo luogo, con maggior ampiezza di consensi si ritiene (cfr. *infra*) che la confessione resa su diritti indisponibili sia liberamente valutabile e non *tout court* invalida; sarebbe arbitrario e incoerente concludere in un senso relativamente alla disponibilità oggettiva e in senso opposto per quella soggettiva⁴⁶.

In secondo luogo, è stato evidenziato come un compiuto inquadramento della natura conoscitiva e non negoziale della dichiarazione confessoria induca a valutare liberamente la confessione resa dall’incapace o dal rappresentante non legittimato⁴⁷. La tesi della negozialità

228, in P. CENDON (a cura di), *Commentario al codice di procedura civile. Artt. 163-322*, Milano, 2012, 1063; M. SEGATTI, *La confessione*, in M. TARUFFO (a cura di), *La prova nel processo civile*, Milano, 2012, 545 ss.; ID., *Commento all’art. 230*, in M. TARUFFO (a cura di), *Istruzione probatoria*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, Bologna, 2014, 525. In questo senso anche V. DENTI, *Interrogatorio formale di parte non legittimata a confessare*, in *Giur. it.*, 1960, I, 866, per il quale «non sembra si possa, da un lato, ammettere il rilievo probatorio del comportamento delle parti nel processo, indipendentemente dalla loro posizione rispetto al diritto in contesa, e dall’altro negare alle parti il potere di provocare questo “comportamento” con la delazione dell’interrogatorio, indipendentemente dalla piena efficacia probatoria delle dichiarazioni rese».

⁴⁶ Così SEGATTI, *La confessione*, cit., 545.

⁴⁷ Così C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, II, *Il processo ordinario di cognizione*, cit., 272, nt. 21, secondo cui l’opposta teoria si fonda sull’errata convinzione che la confessione

della dichiarazione confessoria non può trovare sostegno sulla base dell'equivalenza sancita *ex lege* tra la capacità di compiere un negozio dispositivo e la capacità di confessare, considerato che la perfetta sovrapposizione tra i requisiti soggettivi previsti per la confessione e quelli operanti sul piano sostanziale si spiega come detto alla luce dagli effetti pregiudizievoli nell'accertamento della *quaestio facti* a cui può dare luogo la confessione. È logico pertanto che venga richiesto un potere effettivo del soggetto o del suo rappresentante, onde evitare in definitiva che una parte possa conseguire sul piano processuale ciò che non può conseguire sul piano sostanziale⁴⁸.

Da ultimo, vi è l'argomento offerto dall'art. 2733, 3° comma, c.c., che attribuisce valore di prova libera alla confessione resa da alcune parti soltanto nei giudizi necessariamente litisconsortili. Orbene, se consideriamo il litisconsorzio necessario quale ipotesi di disponibilità congiuntiva del diritto, è palese la *ratio* della disposizione: se solo congiuntamente i litisconsorti possono disporre del

integri una dichiarazione di volontà e non di scienza. Nel momento in cui si inquadra correttamente la confessione quale dichiarazione di scienza allora non può non qualificarsi confessione la dichiarazione sfavorevole effettuata dall'incapace.

⁴⁸ Si v. in proposito le osservazioni di M. TARUFFO, *Commento all'art. 2731*, in P. CENDON (diretto da), *Commentario al codice di procedura civile*, cit., 219; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 687, 688. Cfr. altresì M. SEGATTI, *op. cit.*, 548; V. DENTI, *Concetto e classificazione degli atti processuali*, in ID., *Dall'azione al giudicato*, Padova, 1983, 152 ss., per il quale non risulta impediente il «riferimento normativo alla disponibilità del diritto controverso da parte del giurante o del confitente, in quanto nulla vieta di pensare ad una capacità o legittimazione processuali determinate *per relationem*, con rinvio alle regole di capacità e legittimazione sostanziali».

diritto, allo stesso modo, ma su un piano diverso, solo congiuntamente possono vincolare il giudice nell'accertamento di un fatto rilevante. Così ragionando, seppur in una prospettiva non plurisoggettiva, sarebbe stridente ritenere invece che la parte incapace di disporre del diritto non possa confessare validamente: piuttosto, analogamente a quanto accade nel caso in cui la confessione venga resa da alcuni soltanto dei litisconsorti necessari, la dichiarazione non potrà vincolare il giudice nell'accertamento del fatto, ma ben potrà essere prudentemente apprezzata⁴⁹.

Volgendo lo sguardo alla giurisprudenza – nonostante la direzione intrapresa muova verso un allargamento in questo settore del libero convincimento giudiziale, di modo che la capacità del confitente viene configurata quale elemento attributivo dell'efficacia pienprobante della prova e non della sua validità⁵⁰ – può essere denunciata sul

⁴⁹ Cfr. E. SILVESTRI, voce *Confessione nel diritto processuale civile*, cit., 428 e M. SEGATTI, *La confessione*, cit., 546. È pertanto incisiva e condivisibile l'osservazione di C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, II, *La fase di cognizione nella tutela dei diritti*, cit., 119, per il quale la circostanza che siano previste ipotesi di dichiarazioni confessorie liberamenti valutabili induce a «ricavare un principio generale secondo cui ove la dichiarazione *contra se* faccia difetto di taluno dei suoi requisiti necessari, non debba essere esclusa del tutto la sua valenza probatoria, la quale sarà invero soggetta al libero apprezzamento del giudice».

⁵⁰ Cfr. Cass. 23 marzo 1977, n. 1135, per la libera valutabilità della dichiarazione resa da un incapace; nello stesso senso Cass. 9 luglio 1998, n. 6687, per la quale «la dichiarazione a contenuto confessorio resa da soggetto incapace ha valore di mero indizio, e può essere valutata dal giudice unitamente agli altri elementi di prova acquisiti al giudizio» (nella specie si trattava delle scuse di un minore verso il danneggiato subito dopo il sinistro stradale);

punto una contraddizione nella misura in cui si tende a negare l'ammissibilità dell'interrogatorio formale, nei casi in cui lo stesso venga deferito a un soggetto incapace ovvero privo di rappresentanza⁵¹.

Simili conclusioni presuppongono con ogni evidenza che l'unico esito possibile (e l'unica funzione) dell'interrogatorio formale consista nell'ottenere una

nonché Cass. 14 febbraio 2006, n. 3188, in *Fam. dir.*, 2007, 49 ss., con nota di A. FRASSINETTI, *Rappresentanza processuale del genitore e capacità confessoria*. Quest'ultima decisione ha sancito la possibilità di apprezzare liberamente la confessione dei genitori, rappresentanti legali del minore, resa in assenza di una previa autorizzazione in tal senso del giudice tutelare. La massima riassume ottimamente le problematiche in esame: «Il genitore, non avendo il potere di disporre dei beni dei figli minori senza l'autorizzazione del giudice tutelare (art. 320 c.c.), non ha neppure il potere di confessare (giudizialmente o extragiudizialmente), senza tale autorizzazione, fatti dalla cui prova il diritto del figlio possa risultare pregiudicato, perché l'art. 2731 c.c., nel prevedere che la confessione non è efficace se non proviene da persona che è capace di disporre del diritto, equipara la confessione ad un atto di disposizione che, come è precisato nel secondo comma del medesimo articolo, il rappresentante può compiere solo nei limiti in cui dispone del potere di vincolare il rappresentato, e si riferisce, perciò [...] alla capacità correlata allo stato del soggetto confitente, cioè alla capacità di disporre. La confessione resa da soggetto incapace sotto il profilo probatorio ha il valore di un mero indizio che il giudice può liberamente valutare unitamente agli altri elementi di prova acquisiti al processo». *Contra* Trib. Perugia 25 gennaio 1960.

⁵¹ Cass. 6 aprile 1995, n. 4015, in *Dir. fam. pers.*, 1995, 1418; Cass. 20 gennaio 1995, n. 629; Trib. Cassino 12 febbraio 2009; Trib. Reggio Emilia 6 marzo 2010, cit., per il quale il *trustee* non «può rendere l'interrogatorio formale, in quanto non gode della libera disponibilità dei diritti in *trust*, essendo questi vincolati al conseguimento della finalità o dello scopo del *trust*».

dichiarazione pienamente probante, con la conseguenza che ove simile risultato non sia potenzialmente raggiungibile – cosa che accade per l'appunto nelle ipotesi di «carenza» di legittimazione passiva dell'interrogato – allora sarebbe del tutto inutile procedere all'episodio istruttorio⁵². Se per converso non si ritiene inscindibile il legame tra la confessione prova legale e l'interrogatorio formale, allora quest'ultimo deve considerarsi ammissibile⁵³.

⁵² Cfr. M.A. LUPOI, *Art. 2731 cod. civ. e controversia in materia di trust: al trustee non far confessare...*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2009, 395 ss.

⁵³ L.P. COMOGLIO, voce *Confessione II) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, VIII, Roma, 1988, 6; ID., *Le prove civili*, cit., 700, 701, per la condivisibile considerazione che così argomentando si otterrebbe un «razionale sfruttamento del sapere delle parti»; C.M. DE MARINI, voce *Ammissione (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 248, secondo cui l'art. 231 c.p.c. non proibisce «l'interrogatorio dell'incapace, ma anzi, disponendo che la parte interrogata debba rispondere personalmente, sembra apparentemente preferire (per la nota imprecisione del termine parte) l'incapace al suo rappresentante. In pratica spetta al giudice, decidendo sull'ammissione e rilevanza dei mezzi di prova proposti, vagliare secondo le circostanze di fatto l'opportunità di ascoltare personalmente la parte incapace. Se spesso risulta inopportuno o addirittura impossibile ammettere l'interrogatorio, possono darsi casi particolari in cui ciò sia utile ai fini dell'istruzione probatoria. Inoltre non può nemmeno escludersi l'ipotesi di una dichiarazione stragiudiziale rivolta dall'incapace al suo avversario e da questi prodotta in causa»; DENTI, *Interrogatorio formale di parte non legittimata a confessare*, in *Giur. it.*, 1960, I, 2, 863 ss.; E. SILVESTRI, voce *Confessione nel diritto processuale civile*, cit., 428; R. VACCARELLA, voce *Interrogatorio delle parti*, cit., 1972, 368; C. FERRI, voce *Interrogatorio I) Diritto processuale civile*, cit., 7, 8; G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, *Il processo ordinario di*

Veniamo ora al *giuramento decisorio*. L'art. 2737 c.c. richiama per il deferimento e il riferimento (che rappresenta un'autonoma istanza istruttoria) le medesime condizioni stabilite dall'art. 2731 c.c. per la confessione⁵⁴. Come ricordato, pur rimanendo un mezzo di prova il giuramento produce in via indiretta e mediata effetti simili a quelli di un negozio dispositivo, e per tale ragione la legge esige la capacità di disporre del diritto a cui i fatti oggetto del giuramento si riferiscono. La legittimazione a deferire e riferire giuramento (così come la revoca del deferimento e riferimento) è la medesima. In particolare sono legittimati la parte personalmente – nei limiti in cui possa disporre del rapporto giuridico dedotto in giudizio – o, nelle ipotesi di incapacità, il suo rappresentante legale – nei limiti di capacità *ex art.* 2731 c.c. e dunque nei limiti in cui possa vincolare il rappresentato (è possibile ad es. che egli debba munirsi delle eventuali autorizzazioni necessarie). Può altresì deferire giuramento il soggetto a

primo grado, cit., 134, che ricomprende le dichiarazioni dei soggetti privi della capacità di confessare nel *genus* delle ammissioni; G. REALI, *L'interrogatorio delle parti nel processo civile*, Bari, 2009, 182 ss. Per la tesi opposta, che fa leva sulla considerazione che così ragionando i confini tra interrogatorio formale e interrogatorio libero sarebbero inevitabilmente più incerti, cfr. V. ANDRIOLI, voce *Confessione (dir. proc. civ.)*, cit., 17; C. FURNO, voce *Confessione (dir. proc. civ.)*, cit., 882; L. DELLA PIETRA, *L'interrogatorio della parte: interrogatorio libero e interrogatorio formale*, in *Giur. merito*, 2002, 1124, 1127; C. MARCHETTI, *Ammissibilità dell'interrogatorio formale della parte in funzione liberamente probatoria*, in *Giur. it.*, 1962, I, 2, 543.

⁵⁴ L'art. 2737 c.c. non trova applicazione per il giuramento suppletorio: cfr. R. PROVINCIALI, voce *Giuramento I) Diritto processuale civile*, cit., 128; V. ANDRIOLI, voce *Giuramento (dir. civ. e dir. proc. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, VII, Torino, 1961; 947; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 729.

ciò autorizzato con procura speciale, soggetto che può eventualmente identificarsi anche con il difensore tecnico della parte, a cui tuttavia non è consentito provvedere in tal senso sulla base della semplice procura alle liti, ma soltanto in virtù di un mandato *ad hoc*⁵⁵.

Ciò detto, e venendo a quanto qui maggiormente rileva, la violazione delle norme che regolano la capacità al deferimento e riferimento del giuramento si pone in termini diversi rispetto alla confessione. In particolare il requisito della capacità di disporre del diritto ai fini del deferimento e riferimento rappresenta presupposto di validità del giuramento: è inammissibile (e se invalidamente prestato inefficace) il giuramento deferito o riferito dalla parte incapace.

In sintesi del discorso sinora svolto, la disponibilità soggettiva del diritto si atteggia in modo differenziato nella confessione e nel giuramento, poiché nella prima è condizione di efficacia della prova mentre nel secondo è condizione di validità. Una diversità strutturale che risuonava del resto già chiaramente nelle parole di

⁵⁵ Cfr. in particolare Cass. 14 aprile 2000, n. 4847, anche per la precisazione che l'attribuzione al difensore nella procura rilasciata a margine dell'atto di citazione della facoltà di deferire i giuramenti di rito non può dirsi idonea a soddisfare l'ineludibile riferimento ai fatti oggetto del giuramento che il deferimento deve contenere.

Su altro versante, non avendo la capacità di disporre del diritto, è escluso che il sostituto processuale e l'interventore adesivo dipendente possano deferire ovvero riferire giuramento: V. ANDRIOLI, voce *Giuramento*, cit., 948; C.A. NICOLETTI, *Il giuramento della parte nell'attualità del processo civile*, cit., 84; A. CECCARINI, *La prova orale nel processo civile*, Milano, 2010, 204; M. TARUFFO, *Commento all'art. 2737*, in P. CENDON (diretto da), *Commentario al codice civile*, cit., 229; L.P. COMGOLIO, *Le prove civili*, cit., 729.

Mortara, allorché quasi un secolo fa osservava: «l'interrogatorio è sempre ammissibile, salvo valutare l'efficacia probatoria delle risposte alla stregua delle facoltà del rispondente, per il giuramento, invece, la indagine è preventiva, cioè si concreta nella disputa sulla sua ammissibilità⁵⁶».

È utile un'ultima precisazione. Non è un caso che la norma in esame richiami esclusivamente la capacità di deferire e riferire il giuramento e non contempli la capacità di prestarlo. Si ritiene infatti che per la prestazione non sia necessaria la capacità di disporre del diritto, poiché l'atto (indirettamente) dispositivo consta nel deferimento o riferimento e non nella prestazione; la problematica relativa alla legittimazione a prestare giuramento verrà risolta in forza della disposizione generale sulla capacità processuale di cui all'art. 75 c.p.c.⁵⁷. In questo senso si

⁵⁶ L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, III, Milano, 1923, 592, citato da V. DENTI, *Interrogatorio formale di parte non legittimata a confessare*, in *Giur. it.*, 1960, I, 864 ss., il quale, tuttavia, propende per una interpretazione estensiva sia in materia di confessione che di giuramento, tale per cui le due prove costituende avrebbero quale potenziale risultato anche quello di dichiarazioni liberamente valutabili.

⁵⁷ F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, *Il processo di cognizione*, cit., 156; conf. G. VERDE, *Diritto processuale civile 2. Processo di cognizione*, cit., 114; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 730; M. MONTANARI, *Commento all'art. 2737*, in G. BONILINI, A. CHIZZINI (a cura di), *Della tutela dei diritti*, I, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile*, Torino, 2015, 759 ss., che fa leva sul dato che la prestazione del giuramento rappresenta nell'ottica legislativa un «atto dovuto» e non già, come il deferimento, un atto indirettamente dispositivo di un diritto; V. ANDRIOLI, voce *Giuramento*, cit., 956; R. PROVINCIALI, voce *Giuramento I) Diritto processuale civile*, cit., 124; A. SCARDACCIONE, *Confessione, giuramento decisorio e litisconsorzio*

osserva come il congegno decisorio venga innescato dal deferimento: «chi deferisce compie l'atto di disposizione del diritto, chi giura fa una pura e semplice dichiarazione di scienza a cui è costretto in virtù del deferimento operato dalla controparte⁵⁸».

Passiamo ora alla figura del testimone. L'art. 246 c.p.c. rimane l'unica (e discussa) norma che ancora detta limiti soggettivi alla prova testimoniale nel nostro ordinamento⁵⁹; essa sancisce come noto l'incapacità a testimoniare dei soggetti «aventi nella causa un interesse

necessario, in *Riv. dir. proc.*, 1969, 144. Considerano invece la disposizione normativa incompleta, così che la capacità di disporre del diritto integrerebbe un requisito indispensabile anche nel momento della prestazione del giuramento, M. CAPPELLETTI, *Il giuramento della parte nel processo litisconsortile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, 1178; ID., *Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, 572; C.A. NICOLETTI, *Il giuramento della parte nell'attualità del processo civile*, cit., 90.

⁵⁸ F.P. LUISO, *op. loc. ult. cit.* L'A. propone l'esempio del padre del minore che non può disporre del diritto del figlio: egli non può deferire giuramento ma se la controparte lo deferisce a lui sarà legittimato a giurare senza che si renda necessaria alcuna autorizzazione del giudice.

⁵⁹ Sono difatti venuti meno, per effetto delle sentenze della Corte cost. 23 luglio 1974, n. 248 e 11 giugno 1975, n. 139, i limiti dettati dagli artt. 247 e 248 c.p.c. In argomento M. CAPPELLETTI, *La sentenza del bastone e della carota (a proposito della dichiarazione di costituzionalità/incostituzionalità degli artt. 246/247 c.p.c.)*, in *Giur. cost.*, 1974, 3586 ss.; L.P. COMOGLIO, *Incapacità e divieti di testimonianza nella prospettiva costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, 41 ss.; A. SALETTI, *La dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 247 cod. proc. civ.: prospettive e problemi*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, 99 ss.; M. TARUFFO, *Problemi e linee evolutive nel sistema delle prove civili in Italia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, 1560 ss.

che potrebbe legittimare la loro partecipazione al giudizio». Non è qui d'interesse indagare le ipotesi concrete in cui la testimonianza risulti inammissibile, e dunque qualificare l'interesse che genera l'invalidità della prova⁶⁰. Ciò che invece importa è evidenziare come nella prassi sia granitica l'affermazione per la quale la nullità della testimonianza resa da persona incapace, essendo posta a tutela dell'interesse delle parti, è configurabile come nullità relativa. La conclusione a cui perviene la prassi non appare invero scevra da forzature interpretative – a prescindere beninteso dalla condivisibilità nel merito della disposizione –, considerato che la *ratio* della norma in parola non può che essere rintracciata nell'intento di sottrarre alla valutazione giudiziale le dichiarazioni di quei

⁶⁰ L'analisi richiederebbe un approfondito studio di carattere teorico e casistico. Rimanendo su un piano generale, secondo l'interpretazione prevalente, sarebbero incapaci i soggetti che potrebbero intervenire nella causa a qualsiasi titolo, sia nella forma dell'intervento volontario (principale, litisconsortile e adesivo) sia nella forma dell'intervento su istanza di parte ovvero *iussu iudicis*. In ogni caso, le ricostruzioni dottrinali sul punto sono notoriamente poliedriche (si v. ad es., per l'incapacità a testimoniare dei soli soggetti legittimati all'intervento adesivo dipendente di cui all'art. 105, 2° comma, c.p.c., S. SATTA-C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, cit., 351; E. REDENTI-M. VELLANI, *Diritto processuale civile*, cit., 305; per l'incapacità dei soli potenziali interventori in via principale o litisconsortile *ex art.* 105, 1° comma, c.p.c., G.A. MICHELI, *Corso di diritto processuale civile*, II, Milano, 1960, 148; per la capacità a testimoniare dei soli soggetti che potrebbero spiegare intervento principale, E.F. RICCI, *Legittimazione alla testimonianza e legittimazione all'intervento*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 323 ss.; per l'incapacità dei soggetti che abbiano un interesse tale da legittimare qualsiasi tipo di intervento in causa, G. VERDE, *Diritto processuale civile 2. Processo di cognizione*, cit., 101). In argomento si rinvia alla monografia di L. DITTRICH, *I limiti soggettivi della prova testimoniale*, Milano, 2000, 315 ss.

testi ritenuti *a priori* poco credibili e garantire il corretto formarsi del convincimento del giudice⁶¹. Ora, che quest'indice possa essere relegato alla valutazione delle parti è difficilmente sostenibile. Non a caso la dottrina maggioritaria ritiene che la disposizione possieda invece ispirazione pubblicistica, lettura quest'ultima che comporterebbe la possibilità per il giudice di rilevare d'ufficio l'incapacità a testimoniare⁶² e la conseguente inefficacia delle dichiarazioni eventualmente assunte⁶³. A favore del rilievo *ex officio*, del resto, potrebbe anche essere invocato l'art. 245 c.p.c., che nel suo primo comma richiede al giudice istruttore, con l'ordinanza che ammette la prova, di eliminare «i testimoni che non possono essere sentiti per legge»⁶⁴.

⁶¹ Cfr. V. ANDRIOLI, voce *Prova testimoniale (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIV, Torino, 1967, 339; M. TARUFFO, voce *Prova testimoniale (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 738; ID., *Le prove*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 285 ss.; L. DITTRICH, *op. cit.*, 373 ss.; *contra* R. BEGHINI, *La prova per testimoni nel rito civile*, Padova, 1997, 189; G. GUARNIERI, *Principio di autosufficienza, licenziamento e (blandi) limiti soggettivi alla prova per testi*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1216 ss.

⁶² In questo senso G.A. MICHELI, *Corso di diritto processuale civile*, II, cit., 22; M. MONTANARI, *Spunti critici in tema di giurisprudenza sui divieti legali di prova testimoniale*, in www.unicatt.it, § 2.

⁶³ In questo senso L. DITTRICH, *op. cit.*, 375; E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, I, agg. a cura di V. COLESANTI, E. MERLIN, Milano, 2012, 386.

⁶⁴ Altro poi è valutare se la delineata esegesi sia riferibile soltanto ai limiti soggettivi (così R. CREVANI, *La prova testimoniale*, in M. TARUFFO (a cura di), *La prova nel processo civile*, Milano, 2012, 332, nt. 192; ID., *Commento all'art. 246 c.p.c.*, in M. TARUFFO (a cura di), *Istruzione probatoria*, Bologna, 2014, 689) ovvero anche a quelli oggettivi.

In ogni caso, stando all'insegnamento giurisprudenziale, l'incapacità del teste configura una nullità relativa, come tale da eccepire nella prima istanza⁶⁵ o difesa successiva all'atto di assunzione⁶⁶. Sono considerate tempestive le eccezioni formulate nell'udienza successiva, laddove il difensore non fosse presente all'assunzione, ovvero nella difesa successiva alla scoperta dell'incapacità a deporre, se di tale incapacità il difensore non fosse (senza sua colpa) a conoscenza. In tale ultima ipotesi l'eccezione necessita altresì della prova della tardiva (e incolpevole) conoscenza⁶⁷. Fuori da questa ipotesi per difesa o istanza dovrà intendersi la medesima udienza in cui la prova viene assunta, immediatamente dopo la deposizione⁶⁸, a prescindere dalla preventiva formulazione di un'eccezione

⁶⁵ Per istanza deve intendersi anche la richiesta di un provvedimento ordinatorio di mero rinvio: Cass. 18 luglio 2008, n. 19942.

⁶⁶ *Ex plurimis* Cass. 12 gennaio 2006, n. 403, in *Guida dir.*, 2006, n. 18, 82.

⁶⁷ Cass. 30 ottobre 2009, n. 23054; Cass. 15 febbraio 2007, n. 3462.

⁶⁸ Cfr. Cass. 1 luglio 2002, n. 9553, che infatti ha ritenuto intempestiva l'eccezione di nullità della prova per incapacità del teste reiterata, pur avendo il procuratore assistito all'assunzione del mezzo istruttorio, non in quella stessa udienza di assunzione della prova bensì in una udienza successiva. In questo senso, in dottrina, G.F. RICCI, *Diritto processuale civile*, I, *Disposizioni generali*, cit., 284.

La circostanza che la deposizione entri a far parte del complesso probatorio utilizzabile non esclude che l'interesse nella causa del deponente vada a incidere – in astratto – sulla valutazione di credibilità dello stesso (Cass. 16 maggio 2006, n. 11377). Ciò tuttavia non implica una regola per la quale tale credibilità vada esclusa a priori (Cass. 25 gennaio 2012, n. 1022; nello stesso senso anche Cass. 16 maggio 2006, n. 11377).

di inammissibilità⁶⁹. Si rammenta poi, in sintonia con quanto già rilevato, che è richiesto alla parte di ribadire in sede di precisazione delle conclusioni la nullità dell'assunzione⁷⁰ e che in caso di mancata impugnazione non può esperirsi ricorso per cassazione avverso le nullità che affliggono l'ammissione (e l'assunzione) della prova per testi⁷¹.

Vi è un ulteriore quesito che può porsi all'interprete, già tratteggiato in sede generale, relativo alla sussistenza o meno di un onere per la parte interessata di sollevare l'eccezione già prima dell'assunzione della prova, pena l'impossibilità di reiterare efficacemente l'eccezione (ormai) di nullità. In proposito, come si è detto, la Suprema Corte considera necessaria e al contempo sufficiente l'eccezione di nullità effettuata dopo l'assunzione della prova. Non pare tuttavia da biasimare un indirizzo saltuariamente emerso nella giurisprudenza di merito, in forza del quale, allorché la parte interessata ne abbia già conoscenza, l'incapacità a testimoniare dovrebbe essere eccepita a pena di decadenza prima della pronuncia del provvedimento di ammissione della prova, pena altrimenti la sanatoria della nullità *ex art. 157, 3° comma, c.p.c.*⁷².

Sul punto occorre tuttavia intendersi e a tal fine l'inciso «allorché la parte interessata ne abbia già conoscenza» appare dirimente. Nello specifico, è possibile ritenere che la parte interessata abbia, con il proprio comportamento

⁶⁹ Cass. 17 febbraio 2004, n. 2995.

⁷⁰ Cfr. per tutte Cass. 7 febbraio 2003, n. 1840; Cass. 30 ottobre 2009, n. 23054.

⁷¹ Cfr. per tutte Cass. 29 gennaio 2013, n. 2075; Cass. 20 aprile 1996, n. 3787, in *Foro it.*, 1996, I, 2808.

⁷² Così, pressoché testualmente, Trib. Alessandria 19 aprile 1996, in *Giur. merito*, 1996, 645.

processuale, contribuito alla verifica della nullità dell'atto di assunzione della prova testimoniale, soltanto qualora emerga, allo stato degli atti, in modo indiscutibile, l'interesse qualificato e giuridico del teste idoneo a decretarne l'incapacità a deporre⁷³. Non è infatti detto che l'incapacità emerga *prima facie* dagli atti difensivi delle parti. Ove così non fosse sarebbe eccessivo innescare quella che diverrebbe una sorta di *probatio diabolica* in ordine all'effettiva conoscenza della parte interessata ad eccepire l'incapacità del testimone.

Tale incapacità, in effetti, potrebbe affiorare soltanto nell'udienza di assunzione, sia prima della deposizione testimoniale sia nel corso della stessa. Per comprendere in che modo sia possibile che la ragione d'incapacità emerga prima della deposizione è sufficiente valorizzare l'art. 252 c.p.c., in virtù del quale il giudice istruttore richiede al testimone non solo di dichiarare se ha rapporti di parentela, affinità, affiliazione o dipendenza con alcuna delle parti, ma altresì di rivelare eventuali interessi nella causa⁷⁴. Anche alla luce di queste dichiarazioni il difensore

⁷³ Ad esempio, dall'atto introduttivo emerge chiaramente la qualità di condomino del teste Tizio chiamato a deporre nella lite promossa da altro condomino nei confronti del condominio in relazione alla ripartizione delle spese sostenute per l'utilizzazione della cosa comune. Ancora, dagli atti introduttivi emerge che il testimone Caio è vittima dello stesso sinistro stradale che ha occasionato il giudizio avente ad oggetto la domanda di risarcimento del danno proposta da altra persona danneggiata.

⁷⁴ Questo profilo non va assolutamente sminuito, anche in relazione alle conseguenze penali che ne possono derivare. Cfr. in particolare Cass. pen. 5 ottobre 2004, n. 40821, per la quale il delitto di falsa testimonianza sussiste anche laddove la parte si dichiara indifferente, tacendo circostanze che ne possono minare l'attendibilità *ex art.* 252 c.p.c. La norma, oltretutto, va interpretata estensivamente, in modo tale da ricomprendere qualsiasi motivo

sarà tenuto a denunciare, prima dell'assunzione, l'inammissibilità del teste. Se la parte eccepisce l'incapacità il giudice dovrà valutare l'ammissibilità della prova (e potrà riservarsi di farlo anche successivamente all'assunzione); se la parte tace, le dichiarazioni d'interesse nella causa rappresenteranno per il giudice un utile parametro soltanto ai fini della valutazione di credibilità del teste. Non è revocabile in dubbio, invece, la tempestività dell'eccezione formulata nell'udienza di assunzione, là dove l'interesse emerga soltanto nel corso delle deposizioni.

Le ipotesi di incapacità vanno tenute ben distinte rispetto alle *incompatibilità*. La posizione di testimone non è cumulabile infatti con quella di parte⁷⁵, giudice⁷⁶, difensore⁷⁷ e consulente tecnico⁷⁸.

che potrebbe giustificare una minore attendibilità del testimone (in questo senso M. TARUFFO, voce *Prova testimoniale (dir. proc. civ.)*, cit., 752).

⁷⁵ Il nostro ordinamento sulla scia dell'insegnamento romanistico non ammette la testimonianza della parte (sia sufficiente il richiamo a G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, 826: «il testimone è una persona diversa dai soggetti processuali»; per un'affermazione nella prassi Cass. 5 marzo 1993, n. 2680, in *Dir. fall.*, 1993, II, 747). Trattasi della parte attuale del processo e non di quella potenziale, vale a dire di quella che potrebbe intervenire nel processo, ipotesi, quest'ultima, regolata dall'art. 246 c.p.c. Sul tema non può che rinviarsi alla monografia di M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità. Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, Milano, 1962, *passim*. L'incompatibilità tra parte e teste potrebbe invero essere eccezionalmente posta in dubbio (per così dire disapplicata) in talune e specifiche ipotesi, laddove venisse valorizzata la sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo 27 ottobre 1993, *Dombo Beheer c. Paesi Bassi*, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 153 ss., con nota di

N. TONOLLI, *Il legale rappresentante di enti sarà teste ammissibile se lo esige il principio di parità delle armi*. Nell'occasione, la Corte di Strasburgo – pur evitando di valutare la conformità in astratto del sistema probatorio olandese che, alla stregua del nostro, disciplina l'incompatibilità tra parte e teste – ha dichiarato che lo squilibrio eventualmente generato dall'applicazione di una norma processuale può essere causa della violazione del giusto processo. In particolare non sarebbe possibile dichiarare inammissibile una prova, quando questa si riveli l'unica idonea a dimostrare le ragioni di una delle parti, anche laddove l'introduzione di tale mezzo istruttorio derogasse alle regole di esclusione probatoria stabilite dal diritto interno. Una simile lettura imporrebbe senz'altro un ridimensionamento dell'art. 246 c.p.c. (cfr. G. TARZIA, *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 11, che medita un'estensione, in queste ipotesi, alla testimonianza della parte; in senso critico L. DITTRICH, *I limiti soggettivi della prova testimoniale*, cit., 55 ss.; ID., *La Corte Costituzionale salva nuovamente l'incapacità a testimoniare delle parti attuali e di quelle "potenziali"*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 433 ss., e ivi la considerazione che così ragionando si verrebbe a creare una sorta di nullità variabile, quando invece la norma o è illegittima in astratto oppure non lo è).

⁷⁶ Non è prevista nel codice di rito una norma che sancisca espressamente l'inconciliabilità tra le funzioni di giudice e testimone. Ciononostante è evidente che argomentando diversamente il giudice violerebbe il divieto di utilizzo della propria scienza privata, oltre a perdere, essendo chiamato a valutare proprie dichiarazioni, la garanzia dell'imparzialità. Del resto, anche da un punto di vista pragmatico, è perlomeno bizzarro immaginare l'organo giudicante intimare ovvero interrogare se stesso (per questi profili cfr. L. DITTRICH, *op. cit.*, 431 ss.). Inoltre l'inconciliabilità in argomento può essere desunta dall'art. 51, n. 4, c.p.c. che disciplina l'obbligo per il giudice di astenersi ove abbia deposto nella causa come testimone: se il giudice viene indicato dalle parti come testimone egli non potrà che astenersi dal giudizio (su questi temi cfr. B. CAVALLONE, «*Coscienza deposita aedificat ad Gehennam*», ovvero: un lodevole provvedimento di astensione, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 865 ss.).

⁷⁷ I dubbi relativi alla capacità di testimoniare del difensore non possono trovare soluzione né nell'art. 246 c.p.c., che riguarda l'interesse di colui che potrebbe esplicitare intervento in causa (*id est* il titolare di una situazione giuridica soggettiva connessa a quella dedotta nel processo), né richiamando la posizione di rappresentante della parte ricoperta dal difensore, giacché una simile conclusione muoverebbe da un'indebita confusione tra il concetto di mera rappresentanza tecnica e quello di rappresentanza legale. È stato rimarcato come il fulcro della questione relativa alla deposizione dell'avvocato, chiamato a deporre nel processo in cui esercita lo *ius postulandi*, vada individuato nella inconciliabilità istituzionale tra i ruoli di testimone (che ha l'obbligo di dire la verità) e di difensore (che assiste la parte con lealtà e curandone gli interessi). Difatti – R. DANOVI, *La testimonianza dell'avvocato nel processo*, in *Foro it.*, 1997, I, 963 – si tratta di una «una vera e propria incompatibilità di funzioni e di ruoli [...], che impone l'obbligo di astensione dal patrocinio» dato che «non può essere assunta dall'avvocato nello stesso processo una posizione di estraneità o alternatività quale si attribuisce per definizione al teste». Questa inconciliabilità può essere vista come la conseguenza di un principio generale sottinteso al nostro sistema secondo cui «chiunque partecipa al processo in una funzione tipica, qualunque essa sia, svolge una funzione alla quale deve restare fedele, e non può assumerne un'altra senza necessariamente contraddire alla prima» (S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, II, 1, Milano, 1959, 260 ss.). Tale rilievo è (tuttora) confermato dal codice deontologico forense, ove si prevede, all'art. 51, che l'avvocato possa deporre nel giudizio in cui esplica il suo ministero difensivo, soltanto nel caso in cui rinunci al proprio mandato, senza, oltretutto, poterlo riassumere. Tutto ciò a tacere degli inconvenienti tecnici che la testimonianza del difensore solleverebbe (si pensi ad es. al paradosso dell'avvocato che indica e intima se stesso come teste).

In giurisprudenza, per l'incompatibilità tra la posizione di teste e quella di avvocato, cfr. Trib. Roma 5 dicembre 2002, in *Giur. merito*, 2003, 1747; Cons. naz. for. 27 aprile 2006, n. 15, in *Rass. for.*, 2007, 717, secondo cui «è rimessa al prudente apprezzamento dell'avvocato la scelta di assumere o meno la veste di testimone in

un giudizio civile i cui fatti gli siano noti, con l'obbligo, in caso positivo, di rinunciare al mandato difensivo senza più poterlo riassumere e curando di evitare che oggetto della testimonianza siano circostanze di fatto ed elementi di difesa da considerarsi coperti dal dovere di segretezza, in guisa che non venga arrecato pregiudizio alla parte rappresentata». Recentemente la questione ha avuto modo di essere ulteriormente precisata da una pronuncia del giudice di legittimità (in particolare Cass. 8 luglio 2010, n. 16151, in *Foro it.*, 2011, I, 2149). Per la Cassazione l'incompatibilità sussiste soltanto laddove le due funzioni siano contestuali. Pertanto non sussisterebbe incompatibilità tra l'ufficio di testimone e l'assunzione della difesa tecnica qualora i due ruoli siano svolti in fasi o gradi diversi del medesimo processo. Invero questa pronuncia recepisce l'orientamento della Corte costituzionale (cfr. Corte cost. 3 luglio 1997, n. 215; Corte cost. 21 dicembre 2001, n. 433), a cui si è definitivamente allineata la successiva giurisprudenza penale (cfr. ad es. Cass. pen. 5 febbraio 2010, n. 16255), in merito alla compatibilità tra difensore e testimone nel processo penale (sul tema cfr. A. CAMON, *L'incompatibilità tra difensore e testimone*, Torino, 2004, *passim*; F.M. GRIFANTINI, *L'incompatibilità a testimoniare del difensore nel nuovo sistema processuale penale*, in *Giur. it.*, 1992, II, 756; E. RANIERI, *L'incompatibilità a testimoniare del difensore*, in M. FERRAIOLI (a cura di), *Il ruolo del difensore nel processo penale*, Milano, 2002, 101 ss.). Il Giudice delle leggi ha negato l'esistenza di profili di illegittimità costituzionale dell'art. 197, lett. d) c.p.p., nella parte in cui non prevede l'incompatibilità tra i ruoli del testimone e del difensore, analogamente a quanto previsto per il giudice, il p.m. e il difensore che abbia svolto attività di investigazione difensiva, affermando che la questione vada risolta sulla base della contestualità o meno delle funzioni: soltanto nel caso di contestualità di funzioni può sancirsi l'incompatibilità. Per approfondimenti sul tema cfr. G. REALI, *Il cumulo delle funzioni di difensore e di testimone nel processo civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, 455 ss.

⁷⁸ L'incompatibilità tra la posizione di testimone e quella di consulente si palesa nella considerazione che la conoscenza del fatto rilevante in capo al consulente deve avvenire dopo l'incarico

È preferibile ritenere che tali ipotesi siano assoggettate al rilievo officioso del giudice⁷⁹. Si tratta di vizi idonei ad

ricevuto dal giudice, e dunque all'interno del processo, non potendo, viceversa, essere consulente colui che abbia acquisito la conoscenza dei fatti prima e al di fuori del processo (L. DITTRICH, *I limiti soggettivi della prova testimoniale*, cit., 460). Perciò, nel caso in cui il perito sia chiamato a deporre circa fatti conosciuti all'infuori dell'incarico, egli può astenersi; se non si astiene, il giudice provvede alla sua escussione, ma deve nominare un altro consulente. Si nota inoltre che il giudice è tenuto a procedere di sua iniziativa alla sostituzione del consulente tecnico d'ufficio allorché emerga nel corso del processo che questi aveva conoscenza privata dei fatti di causa, integrando tali circostanze i «*gravi motivi*» che l'art. 196 c.p.c. richiede per tale provvedimento.

L'ipotesi che sia chiamato a deporre il consulente tecnico di parte non sembra destare particolari preoccupazioni: egli può rendere testimonianza. Non vi sono ragioni per escludere questo tipo di deposizione, in quanto l'attività del consulente di parte si configura solo nel contesto di una consulenza tecnica d'ufficio (R. AMBROSINI, *La prova testimoniale civile. Profili processuali*, Milano, 2006, 38; L. DITTRICH, *op. cit.*, 473).

⁷⁹ Con ogni probabilità, per ciò che concerne la testimonianza resa dalla parte, può leggersi una implicita ammissione della rilevabilità *ex officio* in Cass. 17 luglio 1998, n. 7028. Nella fattispecie il ricorrente lamentava la violazione dell'art. 157, 2° comma, c.p.c. e del principio fondamentale di incompatibilità fra la posizione di parte e quella di testimone, posto che il tribunale aveva ritenuto la decadenza dall'eccezione di nullità della testimonianza, sollevata nell'udienza successiva a quella in cui era stata raccolta la testimonianza, non considerando che il teste, quale – nella tesi del ricorrente – legale rappresentante di una persona giuridica, ricopriva la posizione di parte, posizione incompatibile con l'ufficio di testimone, che avrebbe comportato il rilievo d'ufficio della nullità. La Suprema Corte nel dichiarare infondato il motivo di ricorso dà per scontato tale ultimo assunto. Essa s'impegna piuttosto a negare che il teste in questione potesse considerarsi parte e dunque a negare la configurabilità della incompatibilità.

incidere chiaramente sulla stessa nozione di testimonianza adottata dal nostro ordinamento giuridico, che presuppone l'*alteritas* del teste⁸⁰, nonché sulla funzionalità del processo dal punto di vista delle garanzie e dei ruoli dei protagonisti che in esso operano.

3. Profili oggettivi. La prova degli enunciati fattuali. La percezione diretta del fatto non si atteggia a condizione di validità della prova. L'irrilevanza delle valutazioni personali e giuridiche. La qualificazione del fatto (come elemento strutturale della prova) in relazione ai giuramenti e alla confessione.

L'analisi dei profili oggettivi delle nullità probatorie non può che prendere le mosse dall'assunto – valido per ogni strumento istruttorio – in forza del quale la prova concerne i fatti, con la dovuta precisazione che quando si discorre di prova dei fatti (principali o giuridici – *id est* costitutivi, ovvero estintivi, modificativi e impeditivi – e secondari, detti anche semplici o logici: ossia fatti da cui possa desumersi l'esistenza o l'inesistenza di fatti giuridici), come è ben noto agli studiosi di diritto probatorio, si rinvia

Riconosciuta per contro l'incapacità del teste *ex art.* 246 c.p.c., il passo successivo consta nell'assoggettare la nullità della testimonianza al regime delle nullità relative.

⁸⁰ La terzietà del teste è una qualità imprescindibile nella configurazione della nozione di testimonianza nel nostro ordinamento giuridico: cfr. da ultimo S. PATTI, *Prove*, cit., 527, 536 ss.; G. VERDE, *Diritto processuale civile 2. Processo di cognizione*, cit., 95, che confronta la nozione di testimonianza utile allo storico e quella desumibile dalla nostra disciplina codicistica; quest'ultima viene definita come «una dichiarazione di scienza intorno ai fatti di causa resa da un terzo disinteressato».

a una formula più ampia (e così la locuzione «prova dei fatti», comunemente adoperata nel lessico giurisprudenziale e dottrinale, può servire soltanto per brevità d'esposizione), consistente nell'espressione «prova degli enunciati fattuali»⁸¹.

Muovendo da questo basilare assunto è il caso di svolgere qualche considerazione di carattere generale.

È utile osservare anzitutto che la validità della prova non è in alcun modo inficiata dalla circostanza di vertere su fatti non oggetto di immediata e diretta percezione della fonte di prova. Non è dato rinvenire, tra le norme che regolano il fenomeno probatorio nel processo civile, una disposizione analoga all'art. 195, 3° comma, c.p.p., che nel regolare la testimonianza indiretta nel processo penale sancisce, salvo che l'esame dei testimoni risulti impossibile, l'inutilizzabilità delle «dichiarazioni relative a fatti di cui il testimone abbia avuto conoscenza da altre persone».

Non è necessario, ad esempio, per la validità della confessione, che il fatto dichiarato sia stato direttamente percepito dal confitente, atteso che il silenzio della legge non consente all'interprete di postulare requisiti ulteriori rispetto a quelli tassativamente richiesti⁸². Anche in

⁸¹ Per tutti G. UBERTIS, voce *Prova (in generale)*, in *Dig. disc. pen.*, X, Torino, 1995, 300; M. TARUFFO, voce *Prova (in generale)*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XVI, Torino, 1997, § 5. I fatti, come si dirà *funditus* in sede di esame delle modalità di deduzione della prova costituenda, devono essere specifici e univocamente determinati.

⁸² Così Cass. 11 ottobre 1996, n. 8932, in *Foro it.*, 1997, I, 1904 e in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 1358, con osservazioni di A. RONCO, ove è stata valutata quale confessione la dichiarazione del proprietario di un maneggio che, pur non avendo assistito all'incidente, aveva riferito che la caduta da cavallo era conseguita alla rottura di una staffa; *contra* Cass. 14 dicembre 1988, n. 6816, per la quale la

dottrina si ritiene ammissibile la confessione *de relato*: e infatti «l'interrogatorio può consentirsi anche su accadimenti che rientrino nella conoscenza solo indiretta dell'interrogando, il quale, attraverso un'attività di ricerca o di indagine, ben potrebbe averne acquisito cognizione in tempo successivo al loro verificarsi⁸³».

Il discorso è tuttavia ricorrente nella prassi soprattutto con riguardo all'oggetto della testimonianza, in relazione a cui non è plausibile – similmente a quanto avviene in diversi ordinamenti⁸⁴ – sancire arbitrarie limitazioni a quanto il

«natura strumentale dell'interrogatorio formale, in quanto diretto a provocare la confessione giudiziale il cui effetto probatorio ha la sua base giuridica e logica nella conoscenza che il confitente ha del fatto che ne costituisce l'oggetto, comporta la sua inammissibilità ogni volta che sia da escludere che il fatto rientri nella diretta conoscenza dell'interrogando»; sulla scia di quest'ultima decisione, nella giurisprudenza di merito, App. Napoli 2 marzo 2006; Trib. Cesena 21 gennaio 2013; Trib. Reggio Emilia 18 febbraio 2008; Trib. Caltanissetta 30 novembre 2002.

⁸³ Così C. FERRI, *Interrogatorio I) Diritto processuale civile*, cit., 7; conf. L. MONTESANO-G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, I, 2, Padova, 2001, 1253; E. REDENTI-M. VELLANI, *Diritto processuale civile*, cit., 299, 300; L. DELLA PIETRA, *L'interrogatorio della parte: interrogatorio libero e interrogatorio formale*, cit., 1126; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 679, nt. 7; S. GIANA, *Commento all'art. 232*, in L.P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, III, 1, Torino, 2012, 947; C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, II, *Il processo ordinario di cognizione*, cit., 269; S. PATTI, *Prove*, cit., 713, per il quale non è compito del giudice vagliare l'attendibilità della dichiarazione, come avviene per la testimonianza (cfr. *infra*), salva la possibilità per il confitente di invalidare la confessione per errore di fatto.

⁸⁴ Il richiamo immediato va alla *hearsay rule* che negli Stati Uniti è disciplinata dalla *Rule 801 ss.* delle *Federal Rules of Evidence*. In argomento, anche per gli opportuni riferimenti, si v. A. DONDI,

teste abbia direttamente percepito. Oltre a mancare una disposizione generale che sancisca l'inammissibilità della testimonianza vertente su fatti di non immediata percezione del deponente, la legittimità di siffatta testimonianza è oggi financo sancita, indirettamente ma chiaramente, *per tabulas* dall'art. 103-bis disp. att. c.p.c. che impone al testimone sentito in forma scritta di «precisare se ha avuto conoscenza dei fatti oggetto della testimonianza in modo diretto o indiretto».

Possono pertanto costituire oggetto della dichiarazione testimoniale non solo i fatti a cui il teste abbia assistito direttamente (c.d. testimonianza *de visu*), ma anche eventi conosciuti indirettamente (c.d. testimonianza *de auditu* o *de relato*), a prescindere dalla cautela che (a ragione) tali ultime dichiarazioni debbono scontare sul piano della *vis probatoria* nel momento valutativo⁸⁵.

L'evoluzione della «hearsay rule» nel processo civile americano, in *Riv. dir. proc.*, 1979, 97 ss. e 223 ss.; M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la ricostruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009, 149.

⁸⁵ In giurisprudenza, per una recente conferma dell'ammissibilità delle testimonianze *de relato* si v. Cass. 18 novembre 2014, n. 24469. In argomento, si distingue tra la testimonianza *de relato* avente ad oggetto fatti appresi da terzi estranei alla causa (persino i terzi che siano stati dichiarati incapaci *ex art.* 246 c.p.c.: cfr. Cass. 2 luglio 2010, n. 15712, per la quale «non sono invalide le dichiarazioni rese da un teste capace ed aventi ad oggetto fatti riferiti al medesimo da altro teste precedentemente dichiarato incapace, non potendo configurarsi una sorta di sopravvenuta incapacità riflessa del teste capace, ma dovendo il giudice apprezzare con particolare severità la verità intrinseca di tali fatti, soprattutto se favorevoli all'incapace») e quella che abbia ad oggetto fatti riferiti al teste dalla parte (testimonianza *de relato ex parte*: spesso trattasi oltretutto di una testimonianza *de relato ex parte actoris*). Posta questa differenziazione e stabilito che difficilmente la deposizione *de relato*, di per sé sola, potrebbe

Venendo, da ultimo, al giuramento, è noto che l'art. 2739 c.c. prevede la sua prestazione, oltre che sopra un fatto proprio della parte a cui si deferisce (c.d. giuramento *de veritate*), altresì sulla conoscenza che la parte abbia di un fatto altrui (c.d. giuramento *de scientia* o *de notitia*).

Non va ignorato che la giurisprudenza considera «fatto proprio» non solo le attività poste in essere dal giurante, bensì ogni accadimento che sia stato da lui percepito e sia ricaduto sotto la sua *diretta sfera sensoriale*. Al fine di designare i limiti del giuramento *de veritate*, occorre fare riferimento ai fatti di cui il soggetto delato sia stato autore ovvero semplicemente spettatore: in altri termini, il giuramento potrà essere ammesso con la formula di verità a condizione che il delato abbia percepito direttamente i fatti propri o altrui. Il giuramento *de scientia*, invece, è il giuramento che sia stato deferito sulla *conoscenza* che la

avere valore decisivo, la giurisprudenza afferma, in via tendenziale, che mentre le testimonianze *de relato* in genere, in concorso con altri elementi probatori, potrebbero incidere sul convincimento del giudice (Cass. 15 gennaio 2015, n. 569; Cass. 20 gennaio 2006, n. 1109; Cass. 5 gennaio 1998, n. 43), le testimonianze *de relato actoris* avrebbero una rilevanza probatoria pressoché nulla (Cass. 6 novembre 1996, n. 9702; Trib. Piacenza 28 aprile 2011; Trib. Piacenza 18 maggio 2010). Non mancano tuttavia le decisioni che hanno affermato l'idoneità delle deposizioni *de relato actoris* a formare il convincimento del giudice, qualora siano suffragate da altre risultanze probatorie che ne confortino la credibilità (Cass. 19 luglio 2013, n. 17773; Cass. 8 febbraio 2006, n. 2815; Cass. 19 maggio 2006, n. 11844). Non va infine obliterato che la testimonianza *de relato actoris* può integrare gli estremi di una confessione stragiudiziale resa a un terzo (e pertanto rimessa al prudente apprezzamento giudiziale), laddove riveli fatti sfavorevoli all'attore (cfr. L. LAUDISA, voce *Prova testimoniale I*) *Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma, 1991, 2; nonché, in giurisprudenza, Cass. 27 aprile 1968, n. 1333).

parte abbia di un fatto altrui, e non di un fatto proprio (pur nella largheggiante accezione ora riferita)⁸⁶.

Sotto diversa lente prospettiva, la distinzione tra le due tipologie di giuramenti viene illuminata dalla concreta

⁸⁶ Cfr. Cass. 13 gennaio 2009, n. 476, in *Giust. civ.*, 2010, 144, per la quale tuttavia è inammissibile il giuramento decisorio *de veritate* deferito all'erede del creditore, nella cui formula si chieda di giurare che sia avvenuta l'estinzione del debito, ma non si precisi come e quando il giurante abbia avuto diretta percezione del pagamento; Cass. 15 gennaio 2008, n. 647; Cass. 24 febbraio 1995, n. 2102; Cass. 21 ottobre 1992, n. 11491. In dottrina, per quest'ampia nozione di giuramento *de veritate*, G. VERDE, *Diritto processuale civile 2. Processo di cognizione*, cit., 114.

Nella prassi le questioni affrontate ricorrono frequentemente laddove il giuramento venga deferito al rappresentante legale di una persona giuridica. In tal caso il giuramento può essere deferito con formula *de veritate* soltanto se verte su un fatto del rappresentante, che è chiamato a prestarlo in quanto persona fisica; per contro se riguarda fatti di cui il rappresentante abbia avuto conoscenza attraverso informazioni o consultazioni di atti o documenti della società il giuramento dovrà essere formulato in termini di conoscenza (Cass. 28 ottobre 2005, n. 21080; Cass. 19 aprile 1995, n. 4365; Cass. 22 gennaio 1987, n. 598; Cass. 25 gennaio 1978, n. 315; App. Ancona 15 maggio 2007; App. Bari 7 giugno 2007).

La distinzione tra giuramento *de veritate* e giuramento *de scientia* assume particolare importanza allorché la parte delata dovesse dichiarare di non ricordare; in questa ipotesi si tende ad affermare che nel caso di giuramento *de veritate* la dichiarazione di non ricordare equivalga alla mancata prestazione del giuramento, con conseguente vittoria della parte deferente, mentre nel caso di giuramento *de scientia* equivalga alla prestazione del giuramento, con conseguente vittoria del delato (*ex multis* Cass. 12 ottobre 1984, n. 5188, in *Giust. civ.*, 1985, I, 3112; Cass. 24 marzo 1979, n. 1738). Per approfondimenti in senso critico sulla questione cfr. C.E. BALBI, *La dichiarazione di ignorare nel giuramento di scienza*, in *Jus*, 1975, 61.

modalità d'enunciazione della formula giuratoria. Se la formula è congegnata in modo tale che la parte affermi la verità o falsità di un fatto è *de veritate*: ciò avverrà ove il fatto su cui verte il giuramento è un fatto proprio del delato ovvero un fatto altrui che sia comunque ricaduto sotto la sua diretta sfera sensoriale; se la formula riguarda invece la semplice conoscenza da parte del delato il giuramento sarà *de scientia*: ciò si verificherà ove il fatto oggetto del giuramento non sia ricaduto sotto la diretta percezione del delato, il quale è comunque venuto indirettamente a conoscenza della circostanza attraverso informazioni apprese da soggetti terzi o documenti.

In definitiva, sulla base di questi brevi rilievi, può concludersi che le dichiarazioni rese a vario titolo nel processo prescindono dalla percezione diretta del fatto ad opera del dichiarante, percezione diretta, dunque, che non si atteggia in alcun modo a requisito di validità della prova.

Una seconda notazione di carattere generale muove ancora una volta dalla premessa fissata poc'anzi: la prova ha ad oggetto soltanto fatti (o, *rectius*, si è detto, enunciati fattuali)⁸⁷. In particolare, non è consentito al teste e alla

⁸⁷ Il riferimento ai fatti è costante nelle disposizioni sui mezzi istruttori. E così, a mero titolo esemplificativo, l'art. 244 c.p.c., nello specificare le modalità di deduzione della prova per testi, fa riferimento ai «fatti, formulati in articoli separati»; l'art. 2730 c.c., nel fornire la nozione di dichiarazione confessoria, discorre di una «dichiarazione che una parte fa di fatti ad essa sfavorevoli e favorevoli all'altra parte»; l'art. 232 c.p.c., sempre in materia di confessione autorizza a ritenere ammessi i «fatti dedotti nell'interrogatorio», nel caso in cui la parte non si presenti ovvero rifiuti di rispondere senza giustificato motivo; l'art. 239 c.p.c. sancisce la soccombenza del soggetto che non presti giuramento,

parte esprimere valutazioni di natura giuridica⁸⁸ od opinioni personali. Quando si tratta tuttavia di scernere tra

per rifiuto o assenza, sul punto di «fatto relativamente al quale il giuramento è stato ammesso».

⁸⁸ In merito alle valutazioni giuridiche effettuate dal testimone cfr. Cass. 31 luglio 2012, n. 13693, per la quale in una causa di responsabilità civile la prova testimoniale non può avere ad oggetto l'affermazione dell'esistenza o meno del nesso eziologico tra condotta e danno; Cass. 2 marzo 1998, n. 2270; Cass. 9 maggio 1996, n. 4370. Per l'esclusione degli apprezzamenti di carattere giuridico resi invece dalla parte cfr. Cass. 3 agosto 2005, n. 16260, per la quale non ha valore di confessione l'ammissione che un determinato evento dannoso (nella specie, scontro tra veicoli) sia ascrivibile a propria colpa, trattandosi di un giudizio alla cui formazione concorrono valutazioni di ordine giuridico; Cass. 6 agosto 2003, n. 11881, ove il rapporto di lavoro è stato qualificato alla stregua di lavoro subordinato, contrariamente e indipendentemente dalla dichiarazione fatta dalla lavoratrice circa la qualificazione del rapporto controverso come collaborazione nell'ambito dell'impresa familiare; Cass. 30 luglio 2002, n. 11266; Cass. 16 giugno 1990, n. 6059. Sullo stesso tema, per quanto riguarda il giuramento, si v. in dottrina per tutti G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, 822, e nella prassi Cass. 30 aprile 2013, n. 10184, in ordine al giuramento vertente sulla qualità di amministratore di condominio; Cass. 12 giugno 1987, n. 5192, sull'inammissibilità del giuramento riguardante la qualificazione della prestazione lavorativa (in ipotesi *sub specie* di lavoro straordinario o meno); Cass. 5 ottobre 1983, n. 5799.

Per inciso, va precisato che rimane esclusa dalla prova la qualificazione giuridica in sé e per sé e non ovviamente le situazioni giuridiche considerate *sub specie facti* (in questo senso Cass. 21 ottobre 1992, n. 11498). Quanto rilevato rimane fermo anche nel caso in cui i fatti giuridici contengano e implicino termini valutativi (si pensi ai concetti di giusta causa ovvero di danno grave). In questi casi «l'enunciato che si riferisce ad un fatto valutativamente determinato conterrà a sua volta termini valutativi,

dato che il fatto in questione dev'essere ricondotto ad una norma che lo determina valutativamente. Ciò non toglie [...] che oggetto di prova non sia la componente valutativa della determinazione del fatto ma la sua componente empirica» (così M. TARUFFO, *Fatti e prove*, in ID. (a cura di), *La prova nel processo civile*, Milano, 2012, 21; ID., *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, cit., 107 ss.).

Anche per la consulenza tecnica opera, di regola, il divieto di richiedere al consulente valutazioni di natura giuridica: in ossequio al principio *iura novit curia*, l'individuazione della norma di diritto da applicare o interpretare è compito esclusivo del giudice, non surrogabile dal consulente. Sul tema cfr. Cass. 4 febbraio 1999, n. 996, per la quale il giudice nell'ammettere la consulenza deve comunque attenersi al limite intrinseco consistente nella sua funzionalità alla *risoluzione di questioni di fatto* presupponenti cognizioni di ordine tecnico e non giuridico; peraltro, qualora il giudice «erroneamente affidi al consulente lo svolgimento di accertamenti e la formulazione di valutazioni giuridiche o di merito inammissibili, non può risolvere la controversia in base ad un richiamo alle conclusioni del consulente stesso, ma può dividerle soltanto ove formuli una propria autonoma motivazione»; conf. Cass. 18 gennaio 1983, n. 453. In dottrina si v. A. GIUDICEANDREA, voce *Consulente tecnico (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 537; P. BIAVATI, *Argomenti di diritto processuale civile*, Bologna, 2013, 340, che sulla scorta di queste considerazioni sottolinea l'esigenza che il giudice, nella formulazione dei quesiti, si attenga ai fatti e non domandi all'esperto anche la sussunzione degli stessi alla norma giuridica, compito che gli spetta in via esclusiva; M. VELLANI, voce *Consulenza tecnica nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., III, Torino, 1988, 526, che non esclude tuttavia il ricorso alla c.t.u. per acquisire le norme di carattere consuetudinario che il giudice non è tenuto a conoscere; su quest'ultimo punto e sulle maggiori aperture che si registrano in ordine agli usi normativi cfr. ROSSETTI, *Il C.T.U. (l'occhiale del giudice)*, Milano, 2012, 140; favorevole alla possibilità di ascoltare testimoni sull'effettiva esistenza di usi e consuetudini M. TARUFFO, voce *Prova testimoniale (dir. proc. civ.)*, cit., 729. Da ultimo, in

fatti e valutazioni, apprezzamenti od opinioni la stretta relazione teleologica tra prova e fatto può diventare debole e ambigua. Allo scopo di ottenere un parametro che possa risultare utile nell'indispensabile operazione di scissione tra fatti e valutazioni (operazione talvolta tutt'altro che facile: basti in proposito ricordare la frequenza con la quale i difensori sollevano l'eccezione di inammissibilità della prova perché «valutativa»⁸⁹), un dato utile è rappresentato dall'art. 194, 3° comma, c.p.p., a mente del quale «Il testimone è esaminato su fatti determinati. Non può [...] esprimere apprezzamenti personali salvo che sia impossibile scinderli dalla deposizione sui fatti». Laddove questa scissione sia praticabile, i giudizi di valore costituiscono elementi superflui che il dichiarante inserisce nella propria narrazione ed è rimesso all'abilità del giudice differenziare i fatti dagli apprezzamenti di questo tipo, per prendere in considerazione solo i primi⁹⁰.

ordine alla conoscenza delle norme straniere, è sufficiente ricordare che l'art. 14 l. n. 218/1990 ne affida l'accertamento al giudice, il quale tuttavia «può altresì interpellare esperti o istituzioni specializzate».

⁸⁹ Cfr. ad esempio Cass. 2 febbraio 2015, n. 1808, che ha considerato valutativo e generico, e dunque inammissibile, il capitolo di prova volto a dimostrare la sussistenza degli elementi sintomatici della subordinazione mediante la deduzione del ricorrente di aver lavorato per un certo numero di giornate alle dipendenze dell'impresa; Cass. 26 ottobre 2005, n. 20682, secondo cui è generico e valutativo il capitolo di prova – vertente sulla tempestività della denuncia dei vizi della cosa venduta, denuncia da effettuarsi nel breve termine di decadenza di otto giorni dalla scoperta dei vizi – che abbia adoperato, per indicare i tempi in cui la denuncia è stata effettuata, l'avverbio «immediatamente», espressione che possiede un «elevato margine di relatività».

⁹⁰ In questo senso, infatti, si orienta la giurisprudenza civile, per la quale se la prova non può tradursi in una ricostruzione del tutto

Sempre in ordine agli incerti confini tra fatti e valutazioni un discorso a parte meritano le dichiarazioni del c.d. «*testimone tecnico*», vale a dire quelle dichiarazioni che presuppongono necessariamente conoscenze specialistiche e che il teste fa adoperando un linguaggio tecnico e non ordinario⁹¹. Laddove la descrizione dei fatti non possa prescindere da un linguaggio di natura tecnica, nulla vieta al giudice di prendere in considerazione la ricostruzione fattuale che su tale sapere si fonda⁹²: nel momento in cui il

soggettiva, essa può comunque esprimere quelle che sono le convinzioni nate dalla percezione e quei pareri che non è possibile scindere dai fatti (cfr. ad es. in materia testimoniale Cass. 22 aprile 2009, n. 9526; Cass. 2 gennaio 2001, n. 5; Cass. 27 marzo 1990, n. 2435; per l'affermazione che la confessione debba avere ad oggetto fatti obiettivi, si v. Cass. 18 ottobre 2011, n. 21509, ove si è escluso che potesse integrare una confessione giudiziale la dichiarazione, resa in sede di interrogatorio formale, secondo cui lo scalino «si vede male perché dà la sensazione di essere in piano, mentre invece c'è un gradino in discesa»).

Per un recente riepilogo della questione cfr. S. PATTI, *Prove*, cit., 528 ss.; nonché, sulle difficoltà pratiche di individuare il confine tra apprezzamenti e fatti, tra mera descrizione degli eventi e loro valutazione, F. FERRARIS, *Note sulla possibilità di «apprezzamenti personali» all'interno di una dichiarazione testimoniale*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 559 ss.

⁹¹ Sugli incerti confini tra testimonianza e consulenza tecnica e per la distinzione tra le figure del teste e del consulente cfr. per tutti F. CARNELUTTI, *Testimonianza e perizia*, in *Riv. dir. proc.*, 1959, 186 ss.; M. TARUFFO, voce *Prova testimoniale*, cit., 734; V. DENTI, *Testimonianza tecnica*, in ID., *Dall'azione al giudicato*, Padova, 1983, 310 ss.; G. FRANCHI, *La perizia civile*, Padova, 1959, 55 ss.; S. SATTA-C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, cit., 322; A. PROTO PISANI, *Diritto processuale civile*, Napoli, 2014, 435.

⁹² Così V. DENTI, *op. ult. cit.*, 322, che, anche sulla base di un'indagine comparatistica, e in particolare richiamando il sistema anglo-americano, ritiene ammissibile la testimonianza tecnica

teste è chiamato a fornire la propria versione dei fatti, bisogna anche ammettere che egli esponga le massime d'esperienza sulle quali fonda la propria ricostruzione, fermo che, in ultima istanza, spetterà al giudice decidere quale forza attribuire a tali valutazioni⁹³. In argomento è stato osservato che il problema si risolve in una questione (non tanto di nullità della testimonianza resa, bensì) di corretta interpretazione della deposizione della persona qualificata, ovvero del soggetto che in un certo senso sommi su di sé le qualifiche di teste (in quanto ha

laddove il dichiarante non possa prescindere «nella narrazione dei fatti, dall'uso di un linguaggio specializzato o, più genericamente, non ordinario».

⁹³ Così M. TARUFFO, voce *Prova testimoniale*, cit., 734. Sull'astratta ammissibilità della figura del testimone tecnico si v. la posizione in senso favorevole anche di V. DENTI, *op. ult. cit.*, 310 ss.; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 579; L. LAUDISA, voce *Prova testimoniale I) Diritto processuale civile*, cit., 2; G. VERDE, *Diritto processuale civile 2. Processo di cognizione*, cit., 103; *contra* V. ANDRIOLI, *Studi sulle prove civili*, cit., 140, per il quale «il testimone tecnico è un consulente mancato».

In giurisprudenza, maggiore chiarezza sul tema può essere riscontrata nelle massime della giurisprudenza penale. Cfr. ad es. Cass. pen. 19 settembre 2007, n. 40840, per la quale sono ammissibili ed utilizzabili le dichiarazioni del testimone tecnico, ovvero particolarmente esperto in un dato settore, che riferisca dati di fatto, sia pur nella percezione qualificata consentita dalle sue conoscenze; nonché, Cass. pen. 29 settembre 2004, n. 42634, secondo cui «il divieto di esprimere apprezzamenti personali non si applica nel caso in cui il testimone sia persona particolarmente qualificata, in conseguenza della sua preparazione professionale, quando i fatti in ordine ai quali viene esaminato siano inerenti alla sua attività, giacché l'apprezzamento diventa inscindibile dal fatto, dal momento che quest'ultimo è stato necessariamente percepito attraverso il filtro delle conoscenze tecniche e professionali del teste».

percepito l'evento) e di consulente (in quanto lo ha percepito in quel determinato modo grazie alle proprie conoscenze tecniche), stante in ogni caso che il primo è un soggetto privato «infungibile» e il secondo un soggetto nominato tra professionisti appartenenti a una determinata categoria e dunque fungibile⁹⁴. Se di norma il teste adopera un linguaggio ordinario, il testimone tecnico potrebbe non essere in grado di rendere fruibile la propria conoscenza dei fatti in termini comuni e comprensibili senza servirsi di un lessico specializzato⁹⁵. D'altro canto, niente vieta al giudice, quando riscontri effettive difficoltà nella comprensione delle dichiarazioni testimoniali qualificate, di «farsi assistere, per il compimento di singoli atti [...] da uno o più consulenti di particolare competenza tecnica» (art. 61 c.p.c.), al fine di decodificare le dichiarazioni tecniche raccolte.

Ammessa la figura del testimone tecnico, la comprensione di quando si debba ricorrere al testimone e quando al consulente, come è stato anche recentemente sottolineato, può essere demandata alla distinzione tra fatti presenti e fatti passati. La figura del testimone tecnico va necessariamente rapportata ai fatti del passato che siano stati occasionalmente percepiti da un soggetto dotato di qualifiche specialistiche; per converso, la valutazione dei fatti presenti non potrà che essere affidata al consulente nominato dal giudice⁹⁶.

⁹⁴ F. CARNELUTTI, *La prova civile*, Milano, 1992, 130 ss.

⁹⁵ V. DENTI, *op. loc. ult. cit.*; in senso conforme S. PATTI, *Prove*, cit., 533.

⁹⁶ Le massime citate nelle note precedenti sembrano invero introdurre un parametro di ammissibilità legato alle qualifiche tecniche della persona del testimone. In proposito sono stati avanzati rilievi critici da parte di M. FORNACIARI, *A proposito di prova testimoniale "valutativa"*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 1004 ss.,

Orbene, a prescindere dalle solo menzionate difficoltà d'individuazione e dissociazione tra fatti e valutazioni di qualunque tipo, se nel caso concreto si esclude che la prova verta su fatti, allora a ben vedere la prova non è tale ma qualcos'altro (appunto, un apprezzamento ovvero una valutazione). Una pronuncia della Suprema Corte, soffermandosi sulla questione, ha statuito che il giudice «può sempre rilevare d'ufficio la inammissibilità di una prova che verta su apprezzamenti e valutazioni del teste piuttosto che su fatti specifici a conoscenza dello stesso:

per il quale tale parametro andrebbe tenuto in considerazione ai fini dell'attendibilità della testimonianza, e non certo della sua ammissibilità. È soltanto rifacendosi al capitolo di prova che deve stimarsi la natura valutativa della prova. Individuati i punti di contatto tra testimonianza e consulenza tecnica (il meccanismo attraverso cui il giudice viene a conoscenza dei fatti di causa è lo stesso e consiste nella descrizione che di tali fatti opera un terzo, testimone o consulente tecnico; inoltre, anche la testimonianza può contenere profili valutativi) e le rispettive differenze («mentre la consulenza tecnica si riferisce a fatti presenti ed è sempre valutativa, in quanto destinata ad operare solo laddove la percezione del fatto richieda conoscenze specifiche, in caso contrario operando la percezione diretta del giudice, la testimonianza, viceversa, si riferisce a fatti passati e può essere tanto “valutativa” ... quanto no»), l'A. ritiene che la scelta tra l'utilizzo di una consulenza o di una testimonianza tecnica non è affidata alla discrezionalità del giudice, «bensì legata alla distinzione fra fatti presenti e fatti passati: per i fatti presenti può essere utilizzata solo la consulenza tecnica, mentre la testimonianza è utilizzabile solo per i fatti passati. Questo essendo il criterio, ecco allora per quale ragione per l'elaborazione dei fatti la testimonianza è fuori gioco: molto semplicemente, tale elaborazione, il ragionamento, è sempre, per definizione, un fenomeno che avviene nel presente, anche laddove i fatti che ne formano oggetto si collochino nel passato (o nel futuro: si pensi alla prognosi in merito all'evoluzione di un determinato stato attuale)».

infatti, poiché il giudice non può legare il suo convincimento ai giudizi dei testi, la predetta prova resterebbe comunque inutilizzabile *anche in assenza di una eccezione di parte*»⁹⁷. Un arresto simile è condivisibile nella misura in cui svincola il vizio in esame dal rilievo di parte, prendendo atto in maniera logica e pragmatica che in ogni caso il giudice *non potrebbe legare il suo convincimento ai giudizi dei dichiaranti*. A ben vedere il fenomeno non è tanto riconducibile alla categoria della nullità radicale e assoluta della prova comunque assunta, quanto piuttosto a un concetto di inammissibilità in senso ampio, e in particolare di *irrilevanza*. Le valutazioni in parola, infatti, prima ancora che giuridicamente inammissibili devono dirsi logicamente irrilevanti e come tali da espungere dal coacervo probatorio idoneo a fondare la decisione⁹⁸.

Il discorso può ora soffermarsi sulla qualificazione del fatto in relazione (non al concetto di prova genericamente inteso, bensì) a specifici mezzi di prova, e in particolare alla confessione e ai giuramenti. Il fine esclusivo è quello di evidenziare come il *factum probandum* posseda specifiche peculiarità, in assenza delle quali la prova è da considerarsi nulla. Il rilievo dell'inammissibilità e della nullità non potrà che essere consentito anche d'ufficio, proprio perché siamo di fronte a ipotesi in cui è pregiudicata la struttura essenziale della prova.

Per ciò che attiene ai giuramenti (decisorio e suppletorio) sono due le caratteristiche strutturali da porre in risalto: a)

⁹⁷ Così Cass. 2 ottobre 1996, n. 8620. Nel senso del testo si v. A. CECCARINI, *La prova orale nel processo civile*, cit., 406.

⁹⁸ In particolare M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 733: «se il teste esprime apprezzamenti nessuna conseguenza ne deriva circa la validità della prova; soltanto toccherà al giudice non lasciarsene influenzare».

anzitutto, la formulazione dei fatti deve rispecchiare la nozione del mezzo di prova in parola quale dichiarazione *pro se*; b) in secondo luogo, la fissazione dei fatti su cui viene deferito il giuramento deve essere idonea alla «decisione totale o parziale della causa».

Da ciò deriva, evidentemente, che il giuramento può avere ad oggetto soltanto fatti giuridici⁹⁹; sono esclusi i fatti secondari che, rappresentando soltanto il substrato logico per l'accertamento di un fatto principale, non sono di immediata rilevanza per la decisione e non consentono al giudice, come si è soliti dire, di arrestarsi all'accertamento dell'*an iuratum sit* prima di decidere la lite. Essi postulano per contro un'ulteriore (e non autorizzata) inferenza probatoria, consistente nel desumere dal fatto inconfutabilmente provato per giuramento l'esistenza o l'inesistenza di un diverso e (questo sì) decisivo dato fattuale.

Per ritenere soddisfatto il presupposto della decisorietà non è sufficiente, se non altro per la dottrina prevalente, che il fatto oggetto del giuramento sia un fatto principale; si rende altresì necessaria l'idoneità a definire la lite,

⁹⁹ V. ANDRIOLI, voce *Giuramento*, cit., 952; B. CAVALLONE, *Principio dispositivo, fatti secondari e fatti «rilevabili d'ufficio»*, in ID., *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991, 147; M. TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970, 85, 86, il quale, riferendosi al giuramento decisorio, ritiene che «se il giuramento vertesse su un fatto secondario, verrebbe a spezzarsi il rapporto diretto che la legge postula tra oggetto del giuramento e decisione»; ID., *Commento all'art. 2736*, in P. CENDON (diretto da), *Commentario al codice civile*, Torino, 1991, 227; G. BALENA, voce *Giuramento*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., IX, Torino, 1993, § 5; F. AULETTA, *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulenza tecnica*, Padova, 2002, 118; E. FABIANI, *I poteri istruttori del giudice civile I. Contributo al chiarimento del dibattito*, Napoli, 2008, 580.

riscontrabile quando la prestazione del giuramento sia idonea a risolvere: a) l'intera questione di fatto oggetto della controversia; b) un capo di domanda; c) una questione pregiudiziale¹⁰⁰. In definitiva, secondo una

¹⁰⁰ Si v. M. TARUFFO, *Commento all'art. 2736*, cit., 227; ID., *I mezzi di prova (1)*, cit., 501; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, *Il processo di cognizione*, cit., 154, 155. Si v. anche G. VERDE, *Diritto processuale civile 2. Processo di cognizione*, cit., 114, 115, per il quale l'idoneità a definire l'intera controversia ovvero anche solo una parte rimanda a ciò che può rappresentare *thema dedidendum* ai sensi dell'art. 279 c.p.c.; potrebbero pertanto rappresentare oggetto di giuramento le questioni preliminari e pregiudiziali.

In giurisprudenza, cfr. Cass. 8 giugno 2007, n. 13425; Cass. 5 agosto 2004, n. 15016, per la quale «il giuramento può dirsi decisorio quando ha ad oggetto (non uno dei momenti necessari dell'*iter* da seguire per la decisione ma) circostanze dalle quali discende la decisione di uno o più capi della domanda, circostanze, cioè, tali da comportare che il giudice, previo accertamento dell'*an iuratum sit*, debba soltanto accogliere o rigettare la domanda – ovvero singoli capi di essa – basandosi, quanto al fatto, solo sul giuramento prestato (ovvero sulla mancata prestazione del medesimo)»; Cass. 2 settembre 2003, n. 12779; Cass. 25 settembre 1998, n. 9582.

Quello riportato nel testo e nelle sentenze citate risulta certamente essere l'orientamento dominante. Deve tuttavia darsi conto di un autorevole ed opposto indirizzo – talvolta accolto anche dai giudici di legittimità: cfr. Cass. 6 dicembre 2001, n. 15494 – in virtù del quale il presupposto della decisorietà sussisterebbe anche nel caso in cui il giuramento abbia ad oggetto fatti dai quali non dipenda la risoluzione dell'intera controversia o di un capo autonomo della domanda, ma soltanto di un momento necessario dell'*iter* da seguire per la decisione. In dottrina si v. l'opinione di G. BALENA, *op. loc. ult. cit.*, per il quale non sarebbe necessario che il giuramento riguardi tutti i fatti rilevanti per il giudizio. In particolare, il giuramento potrebbe vertere anche su alcuni soltanto dei fatti rilevanti, ove ad esempio gli altri fatti siano da considerarsi

massima assai ricorrente, la parte a cui è stato deferito il giuramento deve trovarsi nell'alternativa tra giurare e

pacifici tra le parti oppure il giudice li ritenga già provati sulla base delle altre risultanze istruttorie; viene in questo senso valorizzato il dato testuale offerto dall'art. 239 c.p.c., il quale si riferisce non soltanto alla soccombenza sulla domanda, ma anche sui «*punti di fatto*» che condizionano l'accoglimento della domanda, cosicché la prestazione del giuramento si integra con le altre prove precedentemente acquisite al processo e relative a ulteriori e differenti circostanze fattuali. Nello stesso verso può essere letta la posizione di S. PATTI, *Prove*, cit., 790, secondo cui il requisito della decisorietà comporterebbe soltanto l'impossibilità di disporre prove *successivamente* alla prestazione del giuramento: «il giuramento pone fine all'attività probatoria, mentre non risulta un divieto (letterale) di valutazione delle prove già a disposizione del giudice»; dunque la decisorietà prevista dall'art. 2736 c.c. dovrebbe essere letta in relazione all'intero quadro probatorio a disposizione del giudice e non già in modo autoreferenziale. Ne deriva che quando sussistono altre prove la decisorietà dipende da una valutazione complessiva, sicché il giuramento può supplire a un *deficit* istruttorio su un punto di fatto e consentire la decisione della causa; quando per converso non sussistono ulteriori prove allora la decisione totale o parziale della causa dipende esclusivamente dal giuramento.

In senso ancor meno restrittivo, alcuni Autori non escludono persino la possibilità che la fase istruttoria prosegua dopo la prestazione del giuramento (si v. E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile, Principi*, cit., 373, per il quale le espressioni utilizzate dall'art. 2736 c.c. sarebbero un poco enfatiche: «fermo restando infatti l'effetto probatorio del giuramento sul punto di fatto, ogni altra questione è risolta dal giudice con piena autonomia di giudizio»; conf. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile, II, Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, cit., 336, che ritiene possibile riferire la decisorietà anche alla singola questione di fatto, sicché «non sempre la prestazione del giuramento escluderebbe una ulteriore istruttoria intorno ad altri fatti rilevanti»).

vincere la causa e non giurare e perderla; risulterebbe inammissibile un giuramento formulato in modo da non consentire l'attuazione di tale meccanismo.

La decisorietà integra dunque una condizione del tutto peculiare, che sfugge alla mera rilevanza logica per rientrare in un concetto lato di ammissibilità¹⁰¹ e la cui assenza inficia la validità del giuramento eventualmente prestato.

Quanto al giuramento suppletorio, la decisorietà delle circostanze «va apprezzata in relazione al carattere complementare e sussidiario del mezzo di prova di cui si tratta e quindi in relazione al materiale probatorio già acquisito¹⁰²». Il giuramento suppletorio è infatti uno strumento di natura integrativa rispetto agli elementi già acquisiti al processo, rivolto ad ovviare alle difficoltà probatorie incontrate dalle parti ed evitare al giudice di decidere la lite in base alla regola di giudizio fondata sull'onere della prova. Mentre la formula del giuramento decisorio può potenzialmente porsi in contrasto con le risultanze acquisite, il giuramento suppletorio ha l'obiettivo di integrare il quadro istruttorio. L'unica condizione è che la situazione probatoria inerente alla domanda o ad un'eccezione sia, per così dire, ibrida. Il presupposto essenziale che giustifica il deferimento officioso del giuramento suppletorio consta in una situazione probatoria intermedia – in virtù della quale «la domanda o le eccezioni non sono pienamente provate, ma non sono del tutto sforbite di prova» (art. 2736 c.c.) – detta di *semiplena probatio*, difficilmente individuabile¹⁰³ e

¹⁰¹ M. TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, cit., 86.

¹⁰² Cass. 15 gennaio 2003, n. 525.

¹⁰³ È forse il caso di ricordare che l'utilizzo del giuramento suppletorio è esposto a non indifferenti margini di discrezionalità

posizionata al confine tra «la prova mancata e la prova fornita in modo completo¹⁰⁴».

dell'organo giudicante, che potrà scegliere tra la rigida applicazione dell'onere della prova e il deferimento del giuramento suppletorio. In proposito i dubbi sull'istituto sono sfociati a più riprese in questioni di legittimità costituzionale, nella misura in cui l'effettività della situazione di *semiplena probatio* e la scelta della parte a cui deferire il giuramento risultano sganciate da qualsivoglia parametro normativo e per contro affidate alla pura discrezionalità del giudice. In argomento cfr. M. CAPPELLETTI, *La «miseria» del giuramento della parte davanti alla Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 1973, IV, 145 ss.; G. VERDE, *Contro il giuramento suppletorio e contro una recente pronunzia della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1972, I, 2754 ss.; F. MAZZARELLA, *Note in margine alla questione di costituzionalità del giuramento d'ufficio*, in *Giur. it.*, 1972, I, 1, 490 ss.; G. TESORIERE, *Sulla illegittimità costituzionale del giuramento suppletorio*, in *Giur. merito*, 1972, 104 ss.; G. BALENA, voce *Giuramento*, cit., § 14; F. DE VITA, *L'«ingiustizia» del giuramento suppletorio: nuove prospettive di incostituzionalità dell'istituto alla luce del riformato art. 111 della Costituzione*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 208 ss.; M. MONTANARI, *Commento all'art. 2736 c.c.*, in G. BONILINI, A. CHIZZINI (a cura di), *Della tutela dei diritti*, I, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile*, Torino, 2015, 742 ss.

¹⁰⁴ L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 741. Le domande ed eccezioni possono dirsi pienamente provate: a) in presenza di una prova legale; b) in presenza di un quadro probatorio idoneo ad orientare compiutamente il convincimento del giudice sulla *quaestio facti* (S. PATTI, *Prove*, cit., 784). Il deferimento è subordinato alla compiuta assunzione di tutti i mezzi probatori dedotti dalle parti e, secondo la tesi preferibile, degli altri mezzi disponibili d'ufficio (per tutti C. GAMBA, *Commento all'art. 240*, in M. TARUFFO (a cura di), *Istruzione probatoria*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, Bologna, 2014, 616). Alla luce della natura residuale del giuramento suppletorio, lo stato d'indecisione potrà riscontrarsi soltanto in sede decisoria, ove il collegio ovvero il giudice monocratico potranno,

In chiusura, è il caso di richiamare un'ulteriore qualità del fatto che si atteggia a limite di ammissibilità dei giuramenti. Si tratta del divieto di deferire il giuramento su fatti illeciti¹⁰⁵, valevole sia per il giuramento decisorio che

dopo un'attenta analisi del quadro probatorio, risolversi per il deferimento.

¹⁰⁵ La *ratio* di tale divieto è ispirata come noto all'intento di non costringere la parte a giurare il falso ovvero ammettere un fatto illecito. La formula previgente (l'art. 1364, 2° comma, c.c. 1865) vietava di deferire giuramento su un fatto delittuoso, e possedeva dunque una portata decisamente più ristretta. È utile, a tal fine riportare le parole della relazione ministeriale al codice civile del 1942, ove si sottolinea che «vi sono, invero, fatti illeciti, che sebbene non cadano sotto le sanzioni delle leggi penali, si rivelano spesso non meno turpi di taluni fatti delittuosi: indipendentemente dal carattere delittuoso del fatto, la delazione del giuramento non può essere ammessa ogni qualvolta si verrebbe a porre la parte nell'alternativa di confessare la propria turpitudine o di giurare il falso». Tale indicazione è stata recepita dalla giurisprudenza, tanto che per fatto illecito si intende non soltanto il fatto delittuoso (per un esempio cfr. Cass. 29 gennaio 2014, n. 1946, per la quale è inammissibile «il giuramento decisorio deferito al fine di dimostrare l'abuso del foglio firmato in bianco, condotta prevista e punita dall'art. 486 c.p.»), ma anche il fatto illecito fonte di responsabilità extracontrattuale e contrario alle norme imperative, del buon costume e dell'ordine pubblico (ad es. Cass. 28 maggio 2014, n. 11884; Cass. 4 giugno 2009, n. 12866), o in ogni caso lesivo della dignità e del decoro del giurante (cfr. Cass. 29 novembre 2013, n. 26851, in merito all'inammissibilità del giuramento deferito al creditore e vertente sull'esistenza di un patto commissorio imposto al debitore). Nella prassi si è altresì precisato che il fatto illecito deve riguardare la persona del giurante (e non la controparte: Cass. 15 marzo 2007, n. 5994). Il limite non opera quando sia stata la stessa parte a cui venga deferito il giuramento ad aver allegato i fatti illeciti oggetto del giuramento (Pret. Palestrina 30 giugno 1984) ovvero quando il fatto illecito non costituisca oggetto del giuramento ma possa soltanto essere

per il giuramento suppletorio, ma non suscettibile di applicazione analogica con riferimento alla confessione (nulla osta pertanto a che l'interrogatorio formale verta anche su fatti illeciti¹⁰⁶). Se di norma le regole che presidiano il giuramento non sono derogabili dalle parti¹⁰⁷, un'eccezione sembra poter essere ravvisata proprio in ordine alla formula giuratoria deferita su fatti illeciti. Se la *ratio* del divieto è tutelare la parte privata, non ponendola nell'angosciosa alternativa tra giurare il falso e rivelare la commissione di un fatto illecito¹⁰⁸, dovrebbe dedursene il carattere relativo della nullità in argomento. È infatti nell'interesse esclusivo della parte eccepire l'inammissibilità del giuramento vertente su un fatto illecito; se la parte non si attiva pare eccessivo autorizzare il giudice al rilievo officioso.

desunto a carico del giurante attraverso illazioni (Cass. 20 luglio 2004, n. 13454; Cass. 14 gennaio 1980, n. 341). In proposito, cfr. per tutti P. DEL GROSSO, *Del giuramento sopra un fatto illecito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, 1195.

¹⁰⁶ Cfr. L.P. COMOGLIO, voce *Confessione II) Diritto processuale civile*, cit., 3; C. FERRI, voce *Interrogatorio I) Diritto processuale civile*, cit., 7; M. TARUFFO, voce *Interrogatorio*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., X, Torino, 1993, 60; L. DELLA PIETRA, *L'interrogatorio della parte: interrogatorio libero e interrogatorio formale*, cit., 1126; G. REALI, *L'interrogatorio delle parti nel processo civile*, cit., 178 ss. Allo stesso modo, la disposizione non può trovare applicazione analogica per la prova testimoniale, considerato che «ove la testimonianza abbia ad oggetto fatti che espongano il dichiarante a responsabilità penale non si pone una questione di incapacità a deporre [...] né di esonero dall'obbligo di deporre, ma solo, in ipotesi, di attendibilità del teste» (così Cass. 31 ottobre 2013, n. 24580).

¹⁰⁷ *Ex plurimis* Cass. 28 ottobre 2014, n. 22805.

¹⁰⁸ Cfr. ad es. S. PATTI, *Prove*, cit., 799.

Per ciò che attiene infine alla confessione, a parere della giurisprudenza, essa ha ad oggetto fatti idonei a «fornire immediata certezza sui fatti costitutivi, modificativi o estintivi del rapporto controverso e non fornire al giudice meri elementi indiziari¹⁰⁹».

Questa affermazione è corretta anche se necessita di una precisazione a sfondo perlopiù teorico. La confessione può concernere soltanto fatti principali perché la rilevanza imposta dall'art. 2730 c.c. è giuridica e non soltanto logica¹¹⁰. Il carattere sfavorevole del fatto, infatti, andrà calibrato in base agli effetti che i fatti confessati sono idonei ad esplicare sulla decisione finale¹¹¹. La confessione può riguardare solo fatti giuridici, dunque, perché in relazione a questi non è oscurata la riconoscibilità del carattere sfavorevole della dichiarazione. Ciò detto, non è affatto escluso che le dichiarazioni sfavorevoli rese su fatti secondari possano assumere valore ed essere oggetto di libera valutazione da parte del giudice¹¹².

¹⁰⁹ Cass. 16 aprile 1980, n. 2504. In dottrina cfr. V. ANDRIOLI, *Studi sulle prove civili*, cit., 238; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 684, nt. 27; C. FURNO, voce *Confessione (dir. proc. civ.)*, cit., 886; C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, II, *Il processo ordinario di cognizione*, cit., 269.

¹¹⁰ Per la distinzione cfr. M. TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, cit., 23 ss., 231 ss.

¹¹¹ Cfr. M. TARUFFO, voce *Interrogatorio*, cit., 60; M. SEGATTI, *Commento all'art. 230*, in M. TARUFFO (a cura di), *Istruzione probatoria*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, Bologna, 2014, 525, 526.

¹¹² Cfr. C.M. DE MARINI, voce *Ammissione (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 253; M. TARUFFO, *Commento all'art. 2730*, in P. CENDON (diretto da), *Commentario al codice civile*, cit., 217. Si tratta con ogni probabilità di una questione nominale: tali dichiarazioni potranno essere ricomprese nel *genus* delle ammissioni.

Ad ogni modo il fatto confessato deve risultare sfavorevole al confitente e al contempo favorevole all'avversario. Questa peculiare natura del fatto è stata efficacemente qualificata come «rilevanza giuridica bifronte¹¹³», espressione che valorizza la bidirezionalità della dichiarazione che simultaneamente avvantaggia una parte e svantaggia il confitente, sicché non sarebbe concepibile una dichiarazione confessoria che vada a beneficio o a scapito di soggetti diversi dai litiganti. Il riscontro di tale bidirezionalità non può ovviamente avvenire in astratto ma sarà demandato al giudice sulla base delle rispettive difese delle parti¹¹⁴.

Considerata la sussistenza di un vaglio di ammissibilità è importante comprendere se una simile qualificazione del fatto si attagli anche all'interrogatorio formale. La qualificazione del fatto dedotto mediante interrogatorio formale dipende inevitabilmente dai rapporti intercorrenti tra interrogatorio formale e confessione. Se si ritiene, insieme con la dottrina prevalente e con essa la unanime giurisprudenza, che la funzione dell'interrogatorio formale si risolva nell'ottenere una dichiarazione confessoria¹¹⁵ – e

¹¹³ L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 683.

¹¹⁴ C. FURNO, voce *Confessione (dir. proc. civ.)*, cit., 888; M. TARUFFO, voce *Interrogatorio*, cit., 58 ss.; M. SEGATTI, *La confessione*, cit., 531. Peraltro la Suprema Corte ritiene che tale attività discrezionale «volta a stabilire se una dichiarazione costituisca o meno confessione si risolve in un apprezzamento di fatto non censurabile in sede di legittimità, ove lo stesso sia fondato su una motivazione congrua e immune da vizi logici» (così Cass. 27 settembre 2000, n. 12803; nello stesso senso Cass. 12 giugno 1985, n. 3524 in *Giust. civ.*, 1986, I, 861, con nota di F. FERRONI, *Confessione stragiudiziale e giudizio di legittimità*).

¹¹⁵ Si v. specialmente M. TARUFFO, voce *Interrogatorio*, cit., 59. M. SEGATTI, *Commento all'art. 230*, cit., 526.

ciò a prescindere dalla circostanza che a seguito dell'interrogatorio questa dichiarazione sia effettivamente ottenuta e da quale efficacia venga ad essa attribuita –, allora non potranno essere ammessi capitoli di prova vertenti su fatti dedotti in modo che non risultino sfavorevoli all'interrogato e favorevoli alla parte deducente¹¹⁶.

¹¹⁶ S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, II, 1, cit., 220; G. TARZIA, *Il litisconsorzio facoltativo nel processo di primo grado*, Milano, 1972, 395; G. LASERRA, voce *Interrogatorio (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1962, 919; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 679. Per applicazioni giurisprudenziali cfr. ad es. Cass. 3 dicembre 2004, n. 22753 secondo la quale «l'interrogatorio formale reso in un processo con pluralità di parti, essendo volto a provocare la confessione giudiziale di fatti sfavorevoli alla parte confitente e ad esclusivo favore del soggetto che si trova, rispetto ad essa, in posizione antitetica e contrastante, non può essere deferito, da una parte ad un'altra, su un punto dibattuto in quello stesso processo, tra il soggetto deferente ed un terzo soggetto, diverso dall'interrogando, non avendo valore confessorio le risposte, eventualmente affermative, dell'interrogato alle domande rivoltegli»; nello stesso senso Cass. 16 luglio 2002, n. 10279; Cass. 16 novembre 1981, n. 6072. In deroga a questa regola è stata tuttavia rilevata un'eccezione – cfr. M. TARUFFO, voce *Interrogatorio*, cit., 60; R. VACCARELLA, voce *Interrogatorio delle parti*, cit., 373 – nel caso in cui i consorti della lite, pur non trovandosi in posizioni antitetiche, si trovino comunque in una situazione di conflitto d'interessi, ciò che può ad es. avvenire tra assicurato e assicuratore nella comune posizione processuale avverso il danneggiante: nel caso di confessione resa dall'assicuratore chiamato in garanzia in un giudizio per risarcimento del danno, le dichiarazioni ammissive di fatti sfavorevoli alla parte convenuta possono avere valore confessorio nell'ambito del rapporto derivato di garanzia (si v. in questo senso Cass. 15 dicembre 2003, n. 19189).

Va dato atto, tuttavia, di un'autorevole opinione dottrinale contraria secondo cui la funzione dell'interrogatorio non si limiterebbe a provocare la confessione ma sarebbe più ampia e consistente nell'indurre la controparte a prendere posizione sui fatti allegati dalla parte che deduce l'interrogatorio; così ragionando, l'interrogatorio formale ben potrebbe essere già *ab origine* funzionale all'ottenimento di dichiarazioni dal contenuto più vario (persino favorevoli all'interrogato) comunque utilizzabili sul piano probatorio¹¹⁷. Questa tesi spezza il legame tra interrogatorio formale e confessione, di talché l'unico criterio da considerare per l'ammissibilità del mezzo di prova in parola rimarrebbe quello della rilevanza logica, senza che il giudice possa escludere formulazioni diverse rispetto a quelle favorevoli al deferente e sfavorevoli alla parte nei confronti della quale l'interrogatorio è diretto.

4. ... segue: Il diverso atteggiarsi del limite dell'indisponibilità oggettiva del diritto nella confessione e nel giuramento.

In materia di diritti indisponibili il legislatore del 1940 ha preferito architettare un sistema con norme di carattere derogatorio rispetto al processo ordinario vertente su diritti

¹¹⁷ Cfr. soprattutto R. VACCARELLA, voce *Interrogatorio delle parti*, cit., 1972, 368; C. FERRI, voce *Interrogatorio I) Diritto processuale civile*, cit., 7, per il quale «sarebbe più consono alla natura dell'istituto configurarne la funzione come quella di un mezzo istruttorio con cui una parte costringe l'avversario a pronunciarsi sui fatti da essa allegati, con dichiarazioni comunque utilizzabili dal giudice sul piano probatorio, indipendentemente dall'efficacia vincolante o non vincolante che tali dichiarazioni possano assumere a seconda dei casi».

disponibili piuttosto che predisporre un titolo che appositamente regolasse il «processo su diritti indisponibili» come pure suggerito da autorevole dottrina¹¹⁸. A prescindere dalle scelte di natura tecnica, l'urgenza di una disciplina in ogni caso differenziata per la tutela giurisdizionale dei diritti indisponibili – la medesima che anche in tempi non lontani ha indotto dottrina e giurisprudenza a ritenere che il principio della non contestazione, ormai consacrato *per tabulas* nell'art. 115 c.p.c., nel silenzio della norma non trovi applicazione per i giudizi aventi ad oggetto diritti indisponibili¹¹⁹ – va reperita nell'esigenza di vietare alle parti di disporre per vie processuali ed indirettamente del diritto. Sarebbe infatti incoerente permettere alle parti di vincolare il giudice nell'accertamento dei fatti di causa e così di raggiungere, in modo indiretto e servendosi del processo, un risultato che stante la natura indisponibile del diritto ad esse non è dato conseguire sul piano negoziale¹²⁰.

L'indisponibilità del diritto come limite probatorio viene in rilievo con riferimento alla confessione e al giuramento, pur atteggiandosi – come subito si dirà – in maniera differente nelle due ipotesi.

Anzitutto, la confessione «forma piena prova contro colui che l'ha fatta, purché non verta su fatti relativi a diritti non

¹¹⁸ Cfr. P. CALAMANDREI, *Linee fondamentali del processo civile inquisitorio*, in *Studi di diritto processuale in onore di G. Chiovenda*, Padova, 1927, 130.

¹¹⁹ In argomento cfr. A. CARRATTA, “*Principio della non contestazione*” e limiti di applicazione nei processi su diritti indisponibili, in *Fam. dir.*, 2010, 571 ss.; A. TEDOLDI, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, § 9.

¹²⁰ Cfr. L. LAUDISA, *Il ritiro della dichiarazione di verità*, cit., 101; A. BARLETTA, *La “disponibilità” dei diritti nel processo di cognizione e nell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 979 ss.

disponibili» (art. 2733 c.c.). Analogamente a quanto visto per la disponibilità soggettiva del diritto, il quesito che può sorgere è se la disponibilità oggettiva del diritto si atteggi a condizione di efficacia di prova legale, come sostenuto dalla dottrina preferibile¹²¹ e dalla giurisprudenza¹²², ovvero a condizione di validità della prova¹²³.

¹²¹ In questo senso L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 685; C. FURNO, *Confessione (dir. proc. civ.)*, cit., 895; E. SILVESTRI, voce *Confessione nel diritto processuale civile*, cit., 428; G. TARZIA-L. DITTRICH, *Manuale del processo del lavoro*, Milano, 2015, 194; L. LAUDISA, *op. loc. ult. cit.*; L. MONTESANO-G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, I, 2, cit., 1257; M. TARUFFO, voce *Interrogatorio*, cit., 59; ID., *Commento all'art. 2733*, in P. CENDON (diretto da), *Commentario al codice civile*, Torino, 1991, 222; ID., *I mezzi di prova (I)*, cit., 498; G. REALI, *L'interrogatorio delle parti nel processo civile*, cit., 176; G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, cit., 137; M. SEGATTI, *La confessione*, cit., 544; R. VACCARELLA, voce *Interrogatorio delle parti*, cit., 372; G. VERDE, *Diritto processuale civile 2. Processo di cognizione*, cit., 106; S. GIANA, *Commento all'art. 232*, cit., 948.

¹²² E così ad esempio, per Cass. 4 aprile 2014, n. 7998, «nel giudizio di separazione personale dei coniugi, ed al fine dell'addebitabilità della separazione stessa, vertendosi in materia di diritti indisponibili, le ammissioni di una parte non possono assumere valore di confessione in senso stretto, a norma dell'art. 2730 c.c., ma possono essere utilizzate dal giudice del merito quali presunzioni ed indizi liberamente valutabili»; nello stesso verso, Cass. 6 dicembre 2004, n. 22786; Cass. 13 gennaio 1982, n. 176; sempre in materia familiare cfr. anche Cass. 7 febbraio 1997, n. 1170; Cass. 18 gennaio 1969, n. 105, in *Foro it.*, 1969, I, 1180; nella giurisprudenza di merito si v. Trib. Bari 13 febbraio 2007. Più in generale, per la libera valutabilità delle ammissioni, giudiziali o stragiudiziali, rese dalle parti intorno a diritti indisponibili, cfr. Cass. 14 maggio 1983, n. 3349.

¹²³ V. ANDRIOLI, voce *Confessione*, cit., 17 ss.; L. DELLA PIETRA, *L'interrogatorio della parte: interrogatorio libero e interrogatorio formale*, cit., 1125; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, II

Considerata la sussistenza di un vaglio di ammissibilità, si tratta di un quesito che assume notevole importanza con riferimento all'interrogatorio formale. Ancora una volta la soluzione dipende in massima parte dalla risposta che si voglia fornire all'ulteriore interrogativo circa la funzione dell'interrogatorio formale. Sul punto va accordata preferenza alla già citata tesi che vede nell'interrogatorio formale lo strumento per ottenere una dichiarazione sfavorevole, a prescindere dalla *vis* probatoria che la dichiarazione sul fatto è idonea a raggiungere. Ne deriva che la disponibilità oggettiva del diritto (come del resto quella soggettiva) non si inserisce nella struttura portante della confessione, bensì ne condiziona soltanto l'efficacia di piena prova. Sarà dunque ammissibile l'interrogatorio deferito su circostanze relative a diritti indisponibili.

Oltretutto, la tesi ora accolta si lascia preferire anche per ragioni letterali in quanto l'art. 2733, 2° comma, c.c. nega alla confessione vertente su diritti indisponibili la forza di *prova piena*, concedendo meno spazio all'interprete rispetto a quanto visto con riferimento alla confessione del soggetto incapace o del rappresentante senza poteri, ove si afferma unicamente che la confessione *non è efficace*.

La soluzione prescelta pare confermata anche dal comma seguente, il terzo, che degrada la confessione resa da alcuni soltanto dei litisconsorti necessari a prova liberamente valutabile, prendendo atto che la necessità del litisconsorzio implica la disponibilità congiuntiva del

processo di cognizione, cit., 145, per il quale «come non hanno effetto le manifestazioni di volontà negoziale sul piano sostanziale, così non hanno effetto, per coerenza, neppure le dichiarazioni di scienza all'interno del processo»; E. REDENTI-M. VELLANI, *Diritto processuale civile*, cit., 298.

diritto¹²⁴ e dunque l'impossibilità per un solo litisconsorte necessario di vincolare gli altri. Allo stesso modo, in ottica individuale, la parte non può vincolare il giudice nell'accertamento di fatti oggetto di diritti indisponibili ma non per questo le sue dichiarazioni sono *tout court* inefficaci.

Spostando l'attenzione sui giuramenti (il limite opera infatti per entrambe le specie di giuramento), l'indisponibilità del diritto deve essere interpretata, contrariamente a quanto si è detto per la confessione, quale requisito di validità del mezzo di prova¹²⁵, cosicché il

¹²⁴ E. SILVESTRI, *Confessione nel diritto processuale civile*, cit., 428; l'osservazione è condivisa da M. SEGATTI, *La confessione*, cit., 544, il quale rileva che nonostante l'art. 2730 c.c. fornisca una definizione della confessione, in essa non viene chiarita la sua efficacia, disciplinata invece dall'art. 2733 c.c.; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 686, nt. 38.

¹²⁵ Ad esempio, non è possibile deferire giuramento decisorio nel giudizio di disconoscimento di paternità al fine di escludere il rapporto di filiazione (Cass. 26 febbraio 1993, n. 2465, in *Giur. it.*, 1994, I, 466). In merito alla inammissibilità del giuramento sulla durata dello stato di separazione dei coniugi utile al divorzio si v. Cass. 30 gennaio 1979, n. 656; Cass. 28 giugno 1976, n. 2436, in *Giust. civ.*, 1976, I, 1800, con nota di A. PALMIERI, *Giuramento decisorio e cessazione degli effetti civili del matrimonio*. Non merita approvazione la distinzione tra indisponibilità del diritto (o dello *status*) e disponibilità del (sotteso) diritto di azione operata da Cass. 5 novembre 1956, n. 4146, in *Giur. it.*, 1957, I, 1, 6, con nota critica di E. ALLORIO, *In tema di inammissibilità del giuramento nelle controversie su diritti indisponibili*. Sulla base di questa distinzione era stato dichiarato ammissibile il giuramento decisorio in ordine ad una circostanza obiettiva quale la data della conoscenza della nascita del figlio – deferito al fine di poter stabilire se l'azione di disconoscimento fosse stata proposta tempestivamente, ovvero nei termini di cui all'art. 244, 2° comma, c.c. – in virtù della considerazione che tale fatto attiene al potere di

giuramento vertente su diritti indisponibili appare *ictu oculi* inammissibile¹²⁶, nonché nullo ove si proceda ugualmente all'assunzione della dichiarazione giuratoria¹²⁷.

Il giuramento è strettamente funzionale all'immediata decisione della causa, mentre la confessione rappresenta un tassello, seppur importante e talvolta persino inamovibile, nel quadro probatorio. Se la funzione del giuramento è accertare in modo incontrovertibile tutti i fatti rilevanti all'immediata decisione della domanda o di un capo di domanda, non avrebbe senso alcuno incominciare il suo espletamento quando *ab origine* l'obiettivo è irraggiungibile. Non sembra idonea a far propendere per la libera valutabilità della dichiarazione giuratoria resa su diritti indisponibili neanche la circostanza che il giuramento, se prestato da alcuni soltanto dei litisconsorti necessari, è prova libera e non già prova legale. In questo caso, infatti, il giuramento può ritenersi ammissibile soltanto perché potenzialmente – in caso di comportamento omogeneo dei delati – desisorio¹²⁸.

esercitare l'azione di disconoscimento, potere rientrante nella libera disponibilità delle parti.

¹²⁶ V. TARUFFO, *Commento all'art. 2739*, cit., 231; ID., *I mezzi di prova (I)*, cit., 502; conf. S. GIANA, *Commento all'art. 233*, in L.P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, III, 1, Torino, 2012, 979.

¹²⁷ Cfr. recentemente M. MONTANARI, *Commento all'art. 2739*, in G. BONILINI, A. CHIZZINI (a cura di), *Della tutela dei diritti*, I, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile*, Torino, 2015, 796.

¹²⁸ Come si dirà (cfr. cap. III, § 8), la tesi accolta non pare superabile dall'interpretazione per la quale il giuramento potrebbe essere deferito ad alcuni litisconsorti necessari soltanto, perché così

Questa struttura è invece sconosciuta alla confessione, che possiede un unico tratto irrinunciabile rappresentato dal carattere sfavorevole della dichiarazione resa. Con altre parole, stante la natura istruttoria di entrambi i mezzi, se il giuramento è funzionale alla decisione della lite, la confessione, invece, mira all'ottenimento di informazioni utili sul fatto rilevante, a prescindere dalla futura contestabilità dell'accertamento compiuto e dunque dal valore che la dichiarazione assumerà. Del resto, è il legislatore stesso a non legare le sorti della confessione all'efficacia di prova piena, come è possibile desumere dalla disciplina dettata in materia di dichiarazioni complesse, confessioni rese nei processi a litisconsorzio necessario, ovvero rilasciate ad un terzo (o contenute in un testamento) fuori dal processo. A sostegno della tesi patrocinata, sembra deporre l'istituto stesso della confessione stragiudiziale. Non è revocabile in dubbio che per un verso possa esservi una confessione stragiudiziale vertente su un diritto indisponibile¹²⁹ e per l'altro che la stessa possa essere utilizzata come prova libera: sarebbe poco opportuno, infatti, ritenere che la dichiarazione sfavorevole resa *extra iudicium* su un diritto indisponibile sia *tout court* invalida. In virtù dell'unità a cui si ispira la disciplina della confessione, se è valida una simile dichiarazione resa fuori del processo, a ben vedere la stessa deve ritenersi valida se resa spontaneamente o previo interrogatorio formale nel processo.

argomentando difetterebbe ancora una volta a monte la potenziale decisorietà del giuramento.

¹²⁹ A prescindere dalla circostanza che poi si voglia definire questa dichiarazione quale «ammissione»: cfr. Cass. 14 maggio 1983, n. 3349.

Un ulteriore argomento sembra poter essere ravvisato nella diversità di disciplina in ordine alle dichiarazioni aggiunte rese dalla parte in occasione dell'interrogatorio formale (art. 2734 c.c.) o del giuramento. E, infatti, nel caso di confessione le dichiarazioni fanno piena prova nella loro integrità se l'altra parte non contesta la verità dei fatti o delle circostanze aggiunte; se invece vi è contestazione le dichiarazioni sono liberamente apprezzate. Nel caso di giuramento, per converso, ogni aggiunta o tentativo di deviare dalla formula è considerato quale rifiuto di prestare giuramento¹³⁰. Il giuramento è stato ammesso con una specifica formulazione – eventualmente, come si desume dall'art. 236 c.p.c., emendata dal giudice – affinché in seguito alla sua prestazione il soggetto deferito vinca o perda la causa. Vi è nel giuramento uno schema rigido, un binario prefissato lungo cui la prova viene ammessa ed assunta con esito scontato; nell'interrogatorio formale, invece, ferma, a monte, la testé ricordata «rilevanza giuridica bifronte», sono senz'altro concepibili risultati ad efficacia variabile.

5. ... segue: I limiti probatori in materia contrattuale. Differente carattere delle nullità per la prova dei contratti che richiedono la forma scritta *ad substantiam* e *ad probationem*.

Importanti limitazioni probatorie di carattere oggettivo sono statuite in ambito contrattuale. Il codice civile

¹³⁰ Sempre che naturalmente le aggiunte o varianti non costituiscano semplici chiarimenti non idonei ad alterare la sostanza della formula: cfr. Cass. 3 luglio 2008, n. 18207; Cass. 17 giugno 1986, n. 4052; Cass. 25 giugno 1977, n. 2727.

predispone un apparato organico di norme specificamente dedicate ad individuare i limiti alla prova testimoniale per quanto riguarda la materia dei contratti¹³¹ e una disposizione sul tema è prevista anche per il giuramento. Per ciò che concerne i negozi che richiedono la forma scritta *ad substantiam*, la prova in ordine alla loro esistenza non può essere fornita né con testimoni, né per mezzo di presunzioni, confessione¹³² o giuramento¹³³. La

¹³¹ Non è possibile soffermarsi in questa sede sulle numerose questioni che tali norme sollevano. In argomento cfr. recentemente L. BACCAGLINI, *Commento agli artt. 2721-2723, 2726*, in G. BONILINI, A. CHIZZINI (a cura di), *Della tutela dei diritti*, I, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile*, Torino, 2015; EAD., *Commento agli artt. 2721-2726*, in G. CIAN (a cura di), *Commentario breve al codice civile*, Padova, 2014; L. BACCAGLINI-M. MONTANARI, *Commento all'art. 2724*, in G. BONILINI, A. CHIZZINI (a cura di), *Della tutela dei diritti*, I, cit.; M. MONTANARI, *Commento all'art. 2725*, in G. BONILINI, A. CHIZZINI (a cura di), *Della tutela dei diritti*, I, cit.

¹³² Non è pertanto ammissibile un interrogatorio formale riguardante contratti che richiedono forma scritta a pena di validità: S. SATTA-C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, cit., 339, nt. 56; A. PROTO PISANI, *Appunti sulle prove civili*, in *Foro it.*, 1994, V, 64; R. VACCARELLA, voce *Interrogatorio delle parti*, cit., 372. In giurisprudenza cfr. Cass. 2 gennaio 1997, n. 2; Cass. 7 giugno 1985, n. 3435; Cass. 31 ottobre 1981, n. 5761, in *Foro it.*, 1982, I, 723; Cass. 23 aprile 1976, n. 1459; Cass. 7 marzo 1990, n. 1811, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, 1430.

¹³³ Le precisazioni da svolgere sarebbero numerose. E così, ad esempio, risulta valido il giuramento quando abbia ad oggetto non l'effettiva esistenza di un contratto, ma la precisazione o il chiarimento di taluni aspetti e clausole (Cass. 18 novembre 1971, n. 3312) ovvero di aspetti relativi all'esecuzione del contratto (Cass. 28 ottobre 2002, n. 15160). Da un punto di vista soggettivo, poi, il divieto rimane inoperante nei confronti del terzo che invochi

forma scritta in queste ipotesi integra un requisito essenziale del contratto (art. 1325 c.c.) – prescritto sotto pena di nullità (art. 1350 c.c.) – che condiziona l’esistenza stessa del negozio.

Quando la forma scritta è richiesta *ad substantiam*, l’inammissibilità della prova costituenda è rilevabile d’ufficio dal giudice, in quanto dettata da ragioni d’ordine pubblico di carattere sostanziale¹³⁴, e segnatamente dall’onere per le parti di conservazione del documento contrattuale. Come è stato osservato, l’inammissibilità della prova vertente su un contratto che prevede la forma scritta *ad validitatem* non rappresenta, come invece può dirsi per i contratti che prevedono la forma scritta *ad probationem*, un ineludibile corollario logico dell’essenzialità del requisito della forma scritta. La circostanza di aver effettivamente adottato la forma scritta non è dimostrabile soltanto producendo il documento, bensì anche con ulteriori e diversi mezzi istruttori. Possono essere individuati due differenti oneri a carico delle parti: il primo, quello della forma scritta, opera nel momento della conclusione del contratto ed è finalizzato a una corretta ponderazione dell’importanza dell’atto posto in essere; il secondo, quello della custodia del documento, opera in un momento successivo alla conclusione del contratto ed è finalizzato a risolvere velocemente ogni dubbio in merito all’effettiva conclusione e ai termini dell’assetto contrattuale realizzato dalle parti. Con l’adozione di questa prospettiva, le norme dettate in

l’esistenza del contratto quale fatto storico (Cass. 24 marzo 2008, n. 4308).

¹³⁴ Cass. 12 maggio 1999, n. 4690; Cass. 25 gennaio 1974, n. 196. Tale rilievo è peraltro possibile in ogni stato e grado del processo: cfr. Cass. 8 gennaio 2002, n. 144; Cass. 15 marzo 2006, n. 5786.

materia di inammissibilità della prova su un contratto che prevede la forma scritta a pena di nullità (artt. 2725 e 2739 c.c.) non sono superflue: esse, esigendo la conservazione del documento, possiedono infatti il precipuo obiettivo di evitare o risolvere più rapidamente le future discussioni sul regolamento contrattuale¹³⁵.

Regime differente opera invece per quanto concerne i contratti che richiedono la forma scritta *ad probationem*. Sempre l'art. 2725 c.c. esclude l'ammissibilità della prova per testimoni quando un contratto debba rivestire forma scritta *ad probationem*. In queste ipotesi, la giurisprudenza, muovendo dal consueto richiamo agli interessi privatistici sottesi alla disposizione, ritiene che il giudice non possa rilevare d'ufficio la nullità della prova testimoniale esperita nonostante la legge richiedesse per la prova del contratto la forma scritta¹³⁶.

Per converso, è lecito – siamo dunque fuori dal terreno delle nullità, anche soltanto relative – provare tramite confessione o giuramento i contratti richiedenti forma scritta *ad probationem*¹³⁷.

¹³⁵ Per questa impostazione cfr. A. LISERRE, *La rilevanza delle dichiarazioni giudiziali dei contraenti in ordine alla prova dell'avvenuta stipulazione di un contratto formale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, 1398 ss.; S. PATTI, *Prove*, cit., 613 ss.; M. MONTANARI, *Commento all'art. 2725*, in G. BONILINI, A. CHIZZINI (a cura di), *Della tutela dei diritti*, I, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile*, cit., 595 ss.

¹³⁶ *Ex multis* cfr. Cass. 30 marzo 2010, n. 7765; Cass. 16 marzo 1996, n. 2213; Cass. 22 giugno 1968, n. 2095.

¹³⁷ Cfr. ad es. F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, *Il processo di cognizione*, cit., 158; B. SASSANI, *Lineamenti del processo civile italiano*, Milano, 2013, 270; G. VERDE, *Diritto processuale civile 2. Processo di cognizione*, cit., 115. In giurisprudenza, per ciò che concerne la confessione, cfr. Cass. 11 agosto 1983, n. 5364; nonché, in motivazione, Trib. Lamezia Terme 30 giugno 2010: «a

È utile ricordare che la prova costituenda sarà tuttavia possibile, anche laddove il contratto richieda la forma scritta (*ad substantiam* ovvero *ad probationem*), nell'ipotesi in cui il documento sia stato perduto senza colpa, eccezione contemplata in materia testimoniale all'art. 2724, n. 3, c.c., ma pacificamente ritenuta operativa anche per la confessione e il giuramento¹³⁸.

Tale quadro di sintesi va ultimato facendo riferimento agli artt. 2721, 2722 e 2723 c.c., relativi all'inammissibilità della testimonianza per la prova di un contratto a forma libera che, pure se nel caso specifico è stato oggetto di documentazione, non richieda per volontà di legge o delle parti stesse forma scritta (né *ad probationem*, né tantomeno *ad substantiam*), nonché per la dimostrazione di patti, aggiunti o contrari, stipulati anteriormente, contemporaneamente ovvero posteriormente alla

differenza di quanto accade nel caso della forma scritta *ad substantiam*, quando la legge richiede la forma scritta a fini probatori, tale onere non attiene alla validità del contratto bensì alla dimostrazione giudiziale della sua stipulazione e del suo contenuto. Ciò comporta, evidentemente, delle limitazioni per chi intende avvalersi in sede processuale di quel contratto, in quanto l'interessato non potrà ricorrere a tal fine alla prova per testimoni e per presunzioni, potendo solo utilizzare gli strumenti del giuramento o della confessione giudiziale o stragiudiziale in surroga alla copia scritta del negozio». Per il giuramento si v. invece Cass. 19 novembre 1976, n. 4342; Cass. 8 luglio 1961, n. 1642.

¹³⁸ Per ciò che concerne la prova testimoniale cfr. Cass. 25 marzo 1987, n. 2902; Cass. 17 gennaio 2005, n. 737; Cass. 23 marzo 1977, n. 1138; per il giuramento cfr. Cass. 17 gennaio 2005, n. 737; in dottrina, M. MONTANARI, *Commento all'art. 2739*, in G. BONILINI, A. CHIZZINI (a cura di), *Della tutela dei diritti*, I, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile*, Torino, 2015, 803.

formazione del documento contrattuale¹³⁹. Anche in questo caso la giurisprudenza predica la nullità rilevabile su istanza di parte¹⁴⁰, rimettendo alla volontà delle parti (*rectius* all'attenzione e tempestività dei loro difensori) la disciplina dei limiti di ammissibilità della prova per testi¹⁴¹.

¹³⁹ Per un legittimo utilizzo dei dati emersi da una testimonianza disposta avvalendosi dell'eccezione di cui all'art. 2721 c.c., in deroga alla regola generale prevista dal medesimo articolo, occorre che vi sia una valida motivazione (insindacabile in sede di legittimità se immune da vizi logici) da parte del giudice circa le ragioni che l'hanno spinto a derogare alla regola generale (cfr. Cass. 5 febbraio 1988, n. 1257, anche per l'ulteriore e opportuna precisazione che il giudice non ha l'obbligo di considerare tutte le circostanze contemplate dalla norma – qualità delle parti, natura del contratto ed ogni altra circostanza – ma può attribuire ad una di esse valore assorbente e preminente). Nell'ipotesi opposta, ovvero laddove decidesse di non ammettere la prova per testi, non è necessario motivare (cfr. Cass. 15 marzo 1983, n. 1899; *contra* Cass. 21 febbraio 1986, n. 1050). Tali considerazioni sono valide anche per gli artt. 2722 e 2723 c.c. (v. Cass. 22 maggio 2006, n. 11932).

¹⁴⁰ Cass. 19 settembre 2013, n. 21443; Cass. 28 aprile 2006, n. 9925; *contra* Cass. 8 marzo 1997, n. 2101.

¹⁴¹ Cfr. in via generale Cass. 14 febbraio 2006, n. 3186; in relazione all'art. art. 2721 c.c., Cass. 28 aprile 2006, n. 9925; in relazione all'art. 2722 c.c., Cass. 24 novembre 1969, n. 3814, in *Giur. it.*, 1970, 1, 1708; e da ultimo, per quanto riguarda l'art. 2723 c.c., Cass. 30 dicembre 2009, n. 28102. Tali limiti – che operano soltanto per i patti aggiunti o contrari al contratto e non dunque laddove la parte voglia semplicemente precisare o chiarire (e non contraddire) il contenuto di un documento contrattuale (si v. per tutte Cass. 5 marzo 2007, n. 5071) – risultano dunque indirettamente derogabili dalle parti. Una peculiare ipotesi di patto coevo e contrario al contenuto del documento contrattuale (art. 2722 c.c.) è rappresentata dall'accordo simulatorio. La giurisprudenza, seppur con voce non unanime in passato, è

In sintesi, può osservarsi come la regola generale sui limiti oggettivi in materia contrattuale sia rappresentata dall'istanza di parte, con la significativa eccezione dei contratti richiedenti forma scritta *ad substantiam*¹⁴².

Circa il regime delle nullità relative tratteggiate nel presente paragrafo non v'è nulla da aggiungere rispetto a quanto già evidenziato in sede generale, se non che in queste ipotesi, più che nei casi d'inammissibilità per incapacità del teste, sembra che l'art. 157, 3° comma, c.p.c. abbia presupposti di applicazione più puntuali e meno evanescenti. Infatti, la parte interessata sarà sempre nella condizione di eccepire l'inammissibilità della prova prima che la stessa sia assunta, giacché la deduzione dei capitoli testimoniali non potrà non tradire i profili di inammissibilità della prova ora in esame. Sembra dunque che la parte sia nella condizione effettiva di impedire

orientata a sancire l'inammissibilità della prova per testi sulla simulazione, a prescindere dalla circostanza che si tratti di simulazione assoluta o relativa, totale o parziale. In argomento cfr. L. BACCAGLINI, *Anche la simulazione del prezzo risponde alla rigorosa disciplina prevista in tema di prova della simulazione fra le parti*, in *Corr. giur.*, 2005, 247 ss., che condivide siffatto orientamento maggiormente restrittivo, non potendo anche la semplice clausola dissimulata essere considerata soltanto un elemento integrativo del contratto simulato (e non già, come sembra, un elemento essenziale idoneo ad incidere sul regolamento contrattuale).

¹⁴² Cass. 20 febbraio 2004, n. 3392; Cass. 9 marzo 1995, n. 2747, in *Giur. it.*, 1996, 235, per la quale «il limite posto dalla legge alla prova testimoniale, salvo che la stessa abbia per oggetto l'esistenza di un negozio per il quale sia richiesta la prova scritta *ad substantiam*, non è dettato da ragioni di ordine pubblico ma mira unicamente alla tutela di interessi privatistici e può formare oggetto di rinuncia anche tacita desumibile da comportamento della parte contro la quale la prova è assunta».

l'assunzione di una prova nulla e che pertanto l'eccezione di inammissibilità possa attecchirsi a condizione necessaria per la successiva valida proposizione dell'eccezione di nullità della prova assunta. In altri termini, in assenza della prima eccezione, quella d'inammissibilità, la parte non potrà *ex post facto* dolersi della nullità della prova¹⁴³.

6. ... segue: La prova esplorativa e l'indebito allargamento del *thema decidendum* e/o *probandum*. Poteri istruttori, principio dispositivo e ripartizione degli oneri della prova.

Per la comprensione delle questioni trattate nel presente paragrafo è necessaria qualche concisa considerazione preliminare in ordine all'onere di allegazione – *id est* l'asserzione esplicita dei fatti e della loro rilevanza ai fini della risoluzione della causa – dei fatti principali e secondari¹⁴⁴. Non è revocabile in dubbio che i fatti

¹⁴³ Ritengono per converso sufficiente l'eccezione di nullità successiva all'espletamento della prova Cass. 23 maggio 2013, n. 12784; Cass. 28 aprile 2006, n. 9925; Cass. 17 ottobre 2003, n. 15554. Nel senso del testo, invece, Cass. 21 ottobre 1993, n. 10433.

¹⁴⁴ In ordine alla distinzione tra fatti principali e secondari cfr. F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, 95 ss.; F. CARNELUTTI, *La prova civile*, cit., 20, nt. 10; M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, I, cit., 340; G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, 266; E. FAZZALARI, *Il giudizio civile in cassazione*, Milano, 1960, 88 ss.; G. TARZIA, *Il litisconsorzio facoltativo nel processo di primo grado*, cit., 350 ss.; F. CORDOPATRI, *A proposito di «rilevanza della prova» e di «giudizio di fatto»*, in *Riv. trim. dir.*

principali – costitutivi ovvero impeditivi, modificativi ed estintivi, allorché l’eccezione sia riservata alle parti – debbano essere oggetto di allegazione. Il giudice non può fondare – pena la violazione del principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato sancito dall’art. 112 c.p.c. – la decisione su fatti principali non previamente (e tempestivamente) allegati dalle parti, salvo che si tratti di fatti alla base di eccezioni rilevabili *ex officio*. In difetto di allegazione il giudice non è autorizzato a decidere sulla base di fatti giuridici comunque emergenti dal coacervo probatorio, pena la violazione del principio dispositivo in senso sostanziale, espressione del potere monopolistico delle parti a cui soltanto è rimessa la delimitazione del *thema decidendum*. Per contro, con riferimento ai fatti secondari non è certamente possibile sancire un generale obbligo di allegazione esplicita, intesa come attività postulatoria, atteso che in relazione a questi fatti è senz’altro fuori luogo il richiamo al principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato¹⁴⁵, trattandosi di fatti che non

proc. civ., 1974, 985 ss.; B. CAVALLONE, *I poteri di iniziativa istruttoria del giudice civile. Premessa storico-critica*, in ID., *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991, 31, nt. 47; M. TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, cit., 26; D. BUONCRISTIANI, *L’allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, Torino, 2001, 120 ss.; M. FORNACIARI, *La ricostruzione del fatto nel processo. Soliloqui sulla prova*, Milano, 2005, 117 ss.; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 106.

¹⁴⁵ È ormai pacifico che il principio dispositivo non possa rappresentare un corollario logico della disponibilità delle parti sui rapporti privati oggetto del giudizio civile, con indebita confusione con il principio della domanda. In questo senso viene difatti denunciata l’ambiguità del brocardo *iudex debet iudicare secundum allegata et probata*, che unisce in un’unica proposizione situazioni aventi fondamento logico differente (cfr. M.

individuano le domande ed eccezioni formulate¹⁴⁶, bensì più semplicemente il *thema probandum*. E infatti, la parte, producendo o deducendo la prova, «introduce nel processo, a proprio rischio come a proprio vantaggio, tutto quanto in concreto può risultare dalla produzione o

CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, I, cit., 328; B. CAVALLONE, *Le iniziative probatorie del giudice: limiti e fondamento. Ispezione giudiziale e consulenza tecnica*, in ID., *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991, 182 ss.; M. TARUFFO, *Commento all'art. 115*, in A. CARRATTA, M. TARUFFO, *Poteri del giudice*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, Bologna, 2011, 477 ss.). E infatti, il vincolo che assoggetta il giudice a giudicare *secundum alligata*, ovvero in ossequio al principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e al divieto di extrapetizione, è un postulato del principio della domanda, e pertanto del principio di disponibilità dell'oggetto del processo (l'onere di allegazione va dunque ricondotto all'art. 112 c.p.c. e non al principio dispositivo ex art. 115 c.p.c.). L'altro vincolo che lega il giudice a giudicare *secundum probata*, e che sancisce il principio dispositivo, rappresenta unicamente un limite di natura tecnica circa le modalità attraverso le quali il giudice deve approntare la tutela giurisdizionale, un limite dettato da scelte di natura politica in un preciso contesto temporale e culturale (L. LOMBARDO, *La prova giudiziale. Contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*, Milano, 1999, 364 ss.). Non può essere accusato di incoerenza un sistema che, per ipotesi, sancisse nell'ambito di diritti disponibili il rispetto soltanto del primo vincolo, e dunque ideasse un sistema votato al rispetto del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato e simultaneamente avallasse poteri officiosi del giudice (C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, *Nozioni introduttive e disposizioni generali*, Torino, 2015, 115 ss.).

¹⁴⁶ I fatti di cui parla l'art. 163, n. 4, c.p.c. sono pertanto solamente quelli principali.

dall'assunzione¹⁴⁷». Come è stato osservato, questa soluzione è imposta da esigenze di economia processuale: altrimenti discorrendo le parti sarebbero onerate di rappresentare in maniera analitica tutte le circostanze, anche marginali, su cui richiedono la prova, con una «inaccettabile esasperazione formalistica della disciplina dell'istruzione»¹⁴⁸. Del resto, proprio perché possiede una funzione squisitamente probatoria l'allegazione dei fatti secondari è spesso contestuale alla produzione documentale o alla deduzione della prova costituenda¹⁴⁹, risolvendosi con l'indicazione (o allegazione implicita) del fatto come *thema probandum*¹⁵⁰. Beninteso, tale indicazione dei fatti secondari, benché implicita, deve tuttavia pur sempre essere presente e provenire dalle

¹⁴⁷ Così B. CAVALLONE, *Principio dispositivo, fatti secondarii e fatti «rilevabili ex officio»*, in ID., *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991, 134.

¹⁴⁸ B. CAVALLONE, *op. ult. cit.*, 135.

¹⁴⁹ M. TARUFFO, *Fatti e prove*, in ID. (a cura di), *La prova nel processo civile*, Milano, 2012, 33.

¹⁵⁰ Stimano non necessaria l'allegazione esplicita dei fatti secondari, a condizione beninteso che essi comunque emergano *ex actis*, L.P. COMOGLIO, voce *Allegazione*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., I, Torino, 1987, 279; ID., *Le prove civili*, cit., 106; M. TARUFFO, *L'istruzione probatoria*, in ID. (a cura di), *La prova nel processo civile*, Milano, 2012, 127 ss.; C. FERRI, *Struttura del processo e modificazione della domanda*, Padova, 1975, 13 ss.; G. VERDE, *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie del lavoro*, in *Studi in onore di E.T. Liebman*, III, Milano, 1979, 2182; G. TARZIA, *Il litisconsorzio facoltativo nel processo di primo grado*, cit., 349 ss. Sostengono per contro la necessità di allegare espressamente altresì i fatti secondari E. FAZZALARI, *I poteri del giudice nel processo del lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 593; G. DE STEFANO, voce *Onere (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 120.

parti¹⁵¹. In altri termini, secondo la dottrina maggioritaria, il giudice non è legittimato ad estendere ed integrare i temi secondari di prova: la possibilità di derogare al principio dispositivo in senso improprio riguarda le sole iniziative probatorie, le quali non possono mai oltrepassare i limiti dei temi di prova preventivamente acquisiti al processo grazie all'attività delle parti¹⁵².

Se quanto precede è corretto, è comprensibile il motivo per il quale il giudice non può disporre un mezzo istruttorio sia in violazione del principio dispositivo in senso proprio, per sopperire ad un difetto di allegazione in punto di fatto o addirittura determinare *per relationem* domande ed eccezioni, sia per reperire fatti secondari non emergenti *ex actis* e fonti di prova, in violazione del principio dispositivo processuale. Tutto ciò si traduce nelle enunciazioni dottrinali e giurisprudenziali nella consueta affermazione per la quale non è consentito al giudice disporre una prova a fini meramente esplorativi e/o perquisitori, *id est* disporre una prova, come si suol dire, «al buio», finalizzata alla scoperta di fatti e/o fonti di prova (ad es. la mancata indicazione della persona su cui svolgere l'ispezione o del documento da esibire).

¹⁵¹ Per un'autorevole opinione contraria cfr. M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, I, 350, per il quale il giudice potrebbe acquisire da sé i fatti secondari non allegati né emergenti dagli atti di causa grazie ai propri poteri istruttori officiosi.

¹⁵² Cfr. in particolare B. CAVALLONE, *Le iniziative probatorie del giudice: limiti e fondamento. Ispezione giudiziale e consulenza tecnica*, in ID., *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991, 180 e 151 per considerazioni in ordine alle modalità di assunzione *ex artt.* 253, 1° comma, e 257, 2° comma, c.p.c., che rappresentano deroghe logiche e poco significative al principio in parola (sul punto cfr. cap. III, § 6).

L'aggettivo «esplorativo» si accompagna abitualmente alla consulenza tecnica e agli ordini d'ispezione ed esibizione, denotandone una deriva non autorizzata: ove il mezzo istruttorio sia diretto in qualche misura a reperire fonti di prova, e dunque tradisca una finalità indagatoria, ovvero miri ad introdurre fatti non previamente acquisiti, allora ne verrà sancita l'inammissibilità.

Nella prassi, l'aggettivo esplorativo designa sovente un'ipotesi ulteriore che tuttavia pare opportuno tenere distinta, se non altro concettualmente, da quanto sinora detto circa l'impossibilità per il giudice di incidere sui temi o sulle fonti di prova non indicati. La questione riguarda i margini di utilizzo dei poteri officiosi e in buona sostanza l'effettività e la portata del principio dispositivo. Nelle ricostruzioni operate dalla dottrina prevalente e dalla giurisprudenza, l'utilizzo dei poteri officiosi non può divenire uno strumento per supplire alle deficienze istruttorie delle parti, sì da alterare la ripartizione degli oneri probatori, il che non significa beninteso concedere credito a una concezione dell'onere della prova in senso soggettivo tale per cui la prova dei fatti costitutivi dovrebbe provenire sempre da chi fa valere in giudizio il diritto e la prova dei fatti impeditivi, modificativi ed estintivi da chi li eccepisce. Significa semplicemente che i poteri officiosi non possono in qualche misura rimediare alle deficienze istruttorie delle parti – *id est* esonerare una parte dall'*onus probandi*, sopperendo a un *deficit* probatorio dovuto a inerzia colpevole – ma soltanto intervenire in via residuale¹⁵³. La questione si palesa per

¹⁵³ Sul punto si v. le incisive considerazioni di L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 139: «resta, comunque, fuori discussione – *a fortiori* oggi, con la garanzia di imparzialità consacrata testualmente nell'art. 111, 2° co., Cost. – il principio fondamentale

quelle prove che, sotto questo angolo visuale, possiedono spazi operativi potenzialmente sovrapponibili, cosicché lo strumento istruttorio disposto dal giudice è idoneo rivelarsi sostitutivo di quello colpevolmente non adoperato dalla parte. Questo modo di ragionare costituisce il corollario della concezione tradizionale del principio dispositivo, in virtù della quale il fondamento dello stesso va rinvenuto (anche) nel dovere di imparzialità ed equidistanza del giudice rispetto alle posizioni delle parti¹⁵⁴.

A questo punto rapportiamo le premesse svolte – relative alla prova *stricto sensu* esplorativa ovvero a quella disposta in dispregio della ripartizione degli oneri

e inderogabile, in forza del quale il giudice, tutte le volte in cui ritenga di esercitare taluno dei poteri istruttori d'ufficio, che la legge gli conferisce, deve subordinarne l'esercizio alla sola esigenza di integrare le fonti di prova acquisite, al fine di eliminare oggettive aporie istruttorie, non imputabili a colpa soggettiva delle parti od al mancato o negligente assolvimento degli oneri di prova da cui esse siano rispettivamente gravate».

¹⁵⁴ Cfr. specialmente E.T. LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, in ID., *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962, 3 ss.; L. MONTESANO, *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, 196 ss. Per una diversa lettura si v. E.F. RICCI, *Il principio dispositivo come problema di diritto vigente*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 383 ss.; recentemente M. TARUFFO, *Commento all'art. 115*, in A. CARRATTA, M. TARUFFO, *Poteri del giudice*, cit., 447 ss.; ma in senso contrario si v. successivamente L.P. COMOGLIO, *Commento all'art. 115*, in L.P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, II, Torino, 2012, 355 ss., che dopo ampia analisi ritiene in ogni caso che l'intervento istruttorio del giudice non possa mai sopperire o sostituire l'inerzia colpevole della parte «nell'assolvimento dell'onere primario da cui questa sia gravata, a tutto danno della controparte incolpevole».

probatori – a taluni e specifici strumenti istruttori, perlopiù disponibili *ex officio*, nel processo ordinario di cognizione. Per ciò che concerne anzitutto la consulenza tecnica, la giurisprudenza nega che essa possa essere espletata per introdurre nuovi fatti nel processo, ma soltanto per verificare fatti già introdotti¹⁵⁵. Non è possibile attraverso la consulenza tecnica estendere il *thema decidendum* e/o *thema probandum* in violazione del principio dispositivo in senso proprio e improprio¹⁵⁶: l'onere di allegazione

¹⁵⁵ B. CAVALLONE, *Principio dispositivo, fatti secondari e fatti «rilevabili ex officio»*, in ID., *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., 148 non nega la legittimità della prassi per cui il consulente può accertare anche circostanze secondarie che si rendano indispensabili per rispondere ai quesiti del giudice. Tuttavia da ciò non è possibile desumere che «il giudice possa anche incaricare *a priori* il consulente di ricercare quelle circostanze ... Altro è, infatti, consentire al giudice di apprezzare quei fatti secondari che, per la loro stretta connessione con i fatti (principali o secondari) espressamente affermati dalle parti, emergano in occasione dell'accertamento di questi ...; altro è consentirgli di sostituirsi alle parti nella esplicita formulazione di un tema di prova più ampio e comunque diverso da quello da loro suggerito». Per l'A. la circostanza che il codice preveda la possibilità di disporre officiosamente la consulenza non dipende tanto da una deroga al principio dispositivo, quanto da un'esigenza di natura logica dettata dal divieto di *non liquet* e dal correlativo dovere di giudicare. In particolare, essendo il giudice chiamato a decidere, ma non potendo farlo senza cognizioni tecniche indispensabili alla risoluzione della fattispecie fattuale, altra via non gli è data se non quella di nominare un consulente (ID., *Le iniziative probatorie del giudice: limiti e fondamento. Ispezione giudiziale e consulenza tecnica*, cit., 243).

¹⁵⁶ Sul punto, recentemente, C. GAMBA, *La consulenza tecnica nel processo civile tra principio del contraddittorio e regole processuali. Problemi applicativi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 15 ss.: l'attore non può servirsi delle evidenze della consulenza

permane sulla parte e la consulenza non può sostituire tale onere.

I contorni del discorso si fanno meno chiari allorché i dati fattuali siano presenti agli atti e si tratti di stabilire se e quando il giudice possa disporre la consulenza tecnica, considerato che la necessarietà di cui parla l'art. 61 c.p.c. si risolve essenzialmente nella normale rilevanza della prova¹⁵⁷. Risentendo di una concezione del consulente quale mero ausiliario del giudice e non quale fonte oggettiva di prova, in giurisprudenza sono tanto comuni quanto generiche affermazioni del seguente tenore: «La consulenza tecnica d'ufficio non è mezzo istruttorio in

tecnica utilizzata per determinare i contenuti della domanda giudiziale; né può utilizzare le indagini peritali per ampliare i contenuti della domanda stessa, in quanto, così facendo, si avrebbe un'inversione della sequenza procedimentale imposta dal codice di rito, sequenza che impone anzitutto la determinazione ad opera della parte della domanda giudiziale e in un momento successivo l'assolvimento dei propri oneri probatori. Il ricorso alla consulenza tecnica è legittimo solo «in un terzo stadio per consentire la verifica (sul piano tecnico e in ausilio del giudice) di elementi probatori già acquisiti in causa (a sostegno di una domanda già preliminarmente determinata)». Similmente, il convenuto non può utilizzare i risultati della perizia per sollevare nuove eccezioni in senso stretto oppure per assolvere ai propri oneri istruttori.

¹⁵⁷ Cfr. M. TARUFFO, *La prova scientifica nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 1091; ID., *Commento all'art. 118*, in A. CARRATTA, M. TARUFFO, *Poteri del giudice*, cit., 588; L. LOMBARDO, *Prova scientifica e osservanza del contraddittorio nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 1109; D. VOLPINO, *L'ispezione nel processo civile*, cit., 47; M. VELLANI, *Consulenza tecnica nel diritto processuale civile*, cit., 526; G. VERDE, *Prove nuove*, cit., § 9, per il quale la necessarietà sta ad indicare la possibilità di ricorrere alla consulenza soltanto in via residuale, ovvero sia quando la dimostrazione del fatto non possa essere offerta diversamente.

senso proprio, avendo la finalità di coadiuvare il giudice nella valutazione di elementi acquisiti o nella soluzione di questioni che necessitino di specifiche conoscenze. Ne consegue che il suddetto mezzo di indagine non può essere utilizzato al fine di esonerare la parte dal fornire la prova di quanto assume, ed è quindi legittimamente negata qualora la parte tenda con essa a supplire alla deficienza delle proprie allegazioni o offerte di prova, ovvero di compiere una indagine esplorativa alla ricerca di elementi, fatti o circostanze non provati¹⁵⁸». In altri termini, la consulenza tecnica d'ufficio, avendo la funzione di offrire al giudice quelle specifiche conoscenze tecnico-scientifiche necessarie alla decisione, non può essere disposta per compiere indagini dirette all'accertamento di circostanze di fatto la cui dimostrazione rientra nell'onere probatorio delle parti¹⁵⁹. Il ricorso alla consulenza presuppone che siano stati forniti dalle parti interessate concreti elementi a sostegno delle rispettive richieste.

Tali asserzioni possono essere vidimate solo parzialmente proprio perché risentono di una premessa incompleta, consistente nella denegata natura istruttoria della consulenza tecnica e in definitiva nella obliterazione della distinzione tra consulenza tecnica deducete e percipiente¹⁶⁰. Allorquando la consulenza non integri

¹⁵⁸ Cass. 8 febbraio 2011, n. 3130; Cass. 11 gennaio 2006, n. 212; Cass. 2 gennaio 2002, n. 10; App. Firenze 24 marzo 2014; App. L'Aquila 27 maggio 2013; Trib. Foggia 3 febbraio 2014; Trib. Treviso 9 aprile 2014; Trib. Bari 16 aprile 2014; Id. 24 novembre 2014; Trib. Arezzo 12 giugno 2014.

¹⁵⁹ Cass. 11 gennaio 2006, n. 212.

¹⁶⁰ Per la distinzione tra consulenza deducete e percipiente si v. A. GIUDICEANDREA, voce *Consulente tecnico (dir. proc. civ.)*, cit., 532; M. VELLANI, voce *Consulenza tecnica nel diritto processuale civile*, cit., 526; L. MONTESANO-G. ARIETA, *Trattato di diritto*

semplicemente uno strumento di lettura di dati istruttori, bensì una fonte oggettiva di prova vera e propria, non sembra condivisibile negare l'idoneità della consulenza a supplire alle richieste istruttorie delle parti¹⁶¹. Come un orientamento più attento ha chiarito, non può dirsi esplorativa la consulenza tecnica d'ufficio disposta su fatti già allegati dalle parti quando la stessa rappresenti l'unico strumento idoneo all'accertamento di un fatto rilevante per la decisione¹⁶². In queste ipotesi la consulenza tecnica disposta d'ufficio deve poter rappresentare (anche) l'unica prova e sostituirsi *tout court* alle offerte istruttorie delle parti¹⁶³ (si pensi a quei casi in cui la prova scientifica

processuale civile, I, 2, cit., 1339; S. SATTA-C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, cit., 322; G.F. RICCI, *Diritto processuale civile*, II, *Il processo di cognizione e le impugnazioni*, cit., 140; G. ARIETA-F. DE SANTIS-L. MONTESANO, *Corso base di diritto processuale civile*, Padova, 2013, 379; A. PROTO PISANI, *Diritto processuale civile*, cit., 435; V. ANSANELLI, *Commento all'art. 191*, in M. TARUFFO (a cura di), *Istruzione probatoria*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, cit., 13 ss.; G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, cit., 120; per la riconduzione della consulenza nell'ambito delle prove v. V. DENTI, *Perizie, nullità processuali e contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, 395 ss.; sulla natura deducibile della consulenza psicologica cfr. F. DANOVI, *Note sulla consulenza psicologica nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 808 ss.

¹⁶¹ Su tali questioni cfr., anche per numerosi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, V. ANSANELLI, *Commento all'art. 191*, in M. TARUFFO (a cura di), *Istruzione probatoria*, cit., 21 ss.

¹⁶² Su tali questioni si v. *amplius* F. AULETTA, *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, Padova, 2002, 103 ss.

¹⁶³ *Contra* G.F. RICCI, *Questioni controverse in tema di onere della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 321 ss.

rappresenta l'unica *chance* probatoria realmente dimostrativa a disposizione della parte¹⁶⁴).

Meritano dunque favore i principi emersi in ulteriori, anche recenti, arresti della Suprema Corte, che sulla scia di una progressiva valorizzazione della consulenza tecnica (perlomeno anche) quale strumento di prova hanno ricostruito in termini di doverosità la disposizione della consulenza tecnica tutte le volte in cui si tratti di accertare

¹⁶⁴ Cfr. ad es. in questo senso la condivisibile Cass. 13 novembre 2015, n. 23290: «In materia di impugnazione del riconoscimento del figlio naturale per difetto di veridicità, la consulenza tecnica ematologica è uno strumento istruttorio officioso rivolto verso l'unica indagine decisiva in ordine all'accertamento della verità del rapporto di filiazione e, pertanto, la sua richiesta, da un lato, non può essere ritenuta esplorativa, intendendosi come tale l'istanza rivolta a supplire le deficienze allegative ed istruttorie di parte, così da aggirare il regime dell'onere della prova sul piano sostanziale o i tempi di formulazione delle richieste istruttorie sul piano processuale». Le prove scientifiche, come ad esempio le analisi ematologiche o genetiche, sono infatti da ricondurre, secondo la tesi preferibile, alla categoria della consulenza tecnica e non già a quella dell'ispezione: cfr. L.P. COMOGLIO, *L'utilizzazione processuale del sapere extragiuridico nella prospettiva comparatista*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 1145 ss.; M. TARUFFO, *Commento all'art. 118*, cit., 588; L. LOMBARDO, *Prova scientifica e osservanza del contraddittorio nel processo civile*, cit., 1097; A. GRAZIOSI, *Usi e abusi di prove illecite e di prove atipiche nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 720; G. VERDE, *Diritto processuale civile 2. Processo di cognizione*, cit., 124; D. VOLPINO, *L'ispezione nel processo civile*, cit., 45. Pertanto, l'eventuale rifiuto del soggetto di sottoporsi a prelievo o esperimento non potrà essere valutato come argomento di prova grazie al richiamo dell'art. 118 all'art. 116 c.p.c. Ad ogni modo socorrerà allo scopo direttamente l'art. 116, 2° comma, c.p.c., rappresentando il rifiuto già di per sé un comportamento processuale suscettibile di valutazione.

situazioni di fatto rilevabili solo con il ricorso a determinate cognizioni tecniche, percepibili con l'ausilio di specifiche strumentazioni¹⁶⁵, e conseguentemente

¹⁶⁵ Cfr. Cass. 22 gennaio 2015, n. 1190; Cass. 12 febbraio 2015, n. 2761; Cass. 14 febbraio 2006, n. 3191, che riassume in modo efficace quanto sinora rilevato nel testo: «La consulenza tecnica d'ufficio non è mezzo istruttorio in senso proprio, avendo la finalità di coadiuvare il giudice nella valutazione di elementi acquisiti o nella soluzione di questioni che necessitino di specifiche conoscenze, con la conseguenza che il suddetto mezzo di indagine non può essere utilizzato al fine di esonerare la parte dal fornire la prova di quanto assume, ed è quindi legittimamente negata qualora la parte tenda con essa a supplire alla deficienza delle proprie allegazioni o offerte di prova, ovvero di compiere una indagine esplorativa alla ricerca di elementi, fatti o circostanze non provati. Al limite costituito dal divieto di compiere indagini esplorative è consentito derogare unicamente quando l'accertamento di determinate situazioni di fatto possa effettuarsi soltanto con l'ausilio di speciali cognizioni tecniche»; Cass. 22 giugno 2005, n. 13401, per la quale nelle ipotesi in parola l'onere della parte si riduce all'allegazione. Favorevoli rispetto a questo indirizzo, in dottrina, V. ANSANELLI, *Commento all'art. 191*, cit., 21 ss.; G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, cit., 120, per il quale laddove la consulenza sia necessaria per l'accertamento dei fatti (consulenza percipiente) «deve considerarsi non già una mera facoltà per il giudice [...] bensì un vero e proprio *diritto* per le parti, le quali potrebbero (anche) attraverso di essa adempiere l'onere della prova»; G. VERDE, *Prove nuove*, cit., § 9, per il quale «non può essere approvata la prassi secondo cui non assolve all'onere della prova la parte che si limita ai fini probatori a richiedere la nomina di un consulente tecnico quando la prova del fatto non può essere fornita diversamente e quando agli atti esiste una sufficiente indicazione delle cose e/o delle persone da cui possono essere tratti i fatti da provare»; G. MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, I, Padova, 2012, 435, secondo cui allorché il fatto allegato possa essere dimostrato soltanto attraverso un'indagine di natura tecnica la nomina del consulente rappresenta

richiesto al giudice di motivare le eventuali ragioni del diniego di procedere all'espletamento della consulenza tecnica¹⁶⁶.

Questa conclusione non può entrare in contraddizione con le considerazioni che a breve si svolgeranno circa gli spazi applicativi di ulteriori strumenti officiosi e non, come gli ordini di ispezione ed esibizione e la richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione. In questi casi, infatti, la scelta della giurisprudenza di negare il ricorso a uno specifico strumento probatorio è dettata dalla circostanza che la parte, attivandosi, avrebbe potuto ottenere e servirsi della medesima fonte probatoria (il documento) – dotata della *medesima valenza dimostrativa* – che in seguito cerca ugualmente di ottenere per vie diverse, *id est* attraverso un'istanza istruttoria indebitamente surrogatoria della propria inerzia. Non sembra plausibile valorizzare lo stesso argomento per la consulenza tecnica percipiente, per la semplice ragione che non sussistono mezzi di prova – tipici e atipici: la perizia stragiudiziale costituisce infatti un mezzo di prova atipico con le non trascurabili incognite di ammissibilità ed efficacia che ne derivano¹⁶⁷ – realmente equivalenti alla

un vero e proprio diritto per la parte; M. FABIANI, *Preclusioni istruttorie e onere della prova nelle consulenze tecniche in tema di revocatoria fallimentare*, in *Giur. it.*, 2003, 265 ss.; *contra* G.F. RICCI, *Questioni controverse in tema di onere della prova*, cit., 321 ss.

¹⁶⁶ *Ex plurimis* Cass. 26 marzo 2015, n. 6138; Cass. 22 giugno 2005, n. 13401; Cass. 1 marzo 2007, n. 4853.

¹⁶⁷ Si v., ad es., per due posizioni differenti A. GIUDICEANDREA, voce *Consulente tecnico (dir. proc. civ.)*, cit., 536, per il quale la perizia stragiudiziale pur non essendo prova, può contenere indizi ed essere presa in considerazione dal giudice; A. PROTO PISANI, *Diritto processuale civile*, cit., 437, per la totale inefficacia della

consulenza tecnica d'ufficio. Del resto, se la consulenza tecnica rappresenta il mezzo più idoneo alla risoluzione della *quaestio facti* sarebbe frustrante (e finanche dispendioso e inutilmente defatigante) richiedere alla parte una prova per contro «inidonea» alla dimostrazione del *factum probandum*, semplicemente per testare la sua «buona volontà». Anche sulla scorta di quest'ultima considerazione sembra corretto ritenere che la scelta del giudice di ricorrere alla consulenza tecnica non comporti alcuna inversione o agevolazione nella ripartizione degli oneri probatori non soltanto quando la consulenza rappresenti l'unico strumento idoneo all'accertamento di un fatto rilevante per la decisione, ma anche quando, più semplicemente, rappresenti lo strumento (decisamente) *più idoneo* – *id est* più funzionale e agevole – al suddetto accertamento¹⁶⁸.

Pure l'ispezione – prova costituenda, che autorizza il giudice a porsi in contatto diretto con la fonte di prova¹⁶⁹:

consulenza tecnica privata o stragiudiziale (cioè della consulenza redatta da un tecnico incaricato dalla parte fuori del processo e senza le garanzie del contraddittorio).

¹⁶⁸ Cfr. in questo senso V. ANSANELLI, *Commento all'art. 191*, cit., 23.

¹⁶⁹ È stato evidenziato che la norma non rappresenta propriamente una deroga al principio dispositivo dettata da scelte politico-ideologiche di stampo inquisitorio, bensì una disposizione di carattere pratico. Sarebbe difatti illogico consentire al giudice di conoscere in via rappresentativa ciò che potrebbe invece conoscere per via diretta, ragione per la quale è corretto consentirgli «nel rispetto, beninteso, della iniziativa assertoria delle parti – di procurarsi quella percezione anche da sé» (B. CAVALLONE, *Le iniziative probatorie del giudice: limiti e fondamento. Ispezione e consulenza tecnica*, in ID., *Il giudice e la prova*, cit., 221). Tale conoscenza oltretutto potrà riguardare tanto i fatti principali quanto i fatti secondari (anche se non è pacifica la necessità di allegare

persone, cose o luoghi – non può essere disposta a fini esplorativi e perquisitori, al fine cioè di scoprire fatti e/o fonti di prova che non siano stati previamente allegati o specificati dalle parti¹⁷⁰. Il giudice è chiamato, nel disporre con ordinanza l'ispezione, ad individuare e predeterminare specificamente quali circostanze fattuali, affermate dalle parti o comunque emergenti *ex actis*, intenda riscontrare direttamente attraverso l'ispezione.

Sull'ulteriore versante preso in esame, è previsto quale presupposto di ammissibilità che l'ispezione sia

questi ultimi: in senso positivo B. CAVALLONE, *op. loc. ult. cit.*; G. TRISORIO LIUZZI, voce *Ispezione nel processo civile*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., X, Torino, 1993, 191; *contra* M. TARUFFO, *Commento all'art. 118*, cit., 582).

¹⁷⁰ A. FINOCCHIARO, voce *Ispezione giudiziale (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 950, nt. 12; G. BALENA, voce *Ispezione giudiziale I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XVII, Roma, 1989, 3; G. TRISORIO LIUZZI, voce *Ispezione nel processo civile*, cit., 191; B. CAVALLONE, *Le iniziative probatorie del giudice civile: limiti e fondamento. Ispezione giudiziale e consulenza tecnica*, in ID., *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., 221; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 825; E. FABIANI, *I poteri istruttori del giudice civile I. Contributo al chiarimento del dibattito*, Napoli, 2008, 590; M. TARUFFO, *Commento all'art. 118*, cit., 581; ID., *I mezzi di prova (2)*, in L.P. COMOGLIO, C. FERRI, M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, I, cit., 531; E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, cit., 393, per il quale l'ispezione non può tramutarsi in una perquisizione utile a scovare mezzi di prova: essa deve avere ad oggetto i fatti della causa «quali furono affermati e indicati dalle parti»; F. FERRARI, *Commento all'art. 118*, in L.P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, II, Torino, 2012, 482; M. MONTANARI, *Commento all'art. 118*, in C. CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile*, I, Milano, 2013, 1449; G. VERDE, *Diritto processuale civile 2. Processo di cognizione*, cit., 120.

«indispensabile per conoscere i fatti di causa» (art. 118 c.p.c.). La dottrina prevalente, con una lettura senz'altro più aderente al dato normativo, considera l'ispezione indispensabile quando essa rappresenta l'unico strumento attraverso cui conseguire la prova del fatto¹⁷¹. In

¹⁷¹ A. FINOCCHIARO, voce *Ispezione (dir. proc. civ.)*, cit., 951; E. GRASSO, *Dei poteri del giudice (art. 118)*, in E. ALLORIO (diretto da), *Commentario al codice di procedura civile*, I, 2, Torino, 1973, 1333; G. TRISORIO LIUZZI, voce *Ispezione nel processo civile*, cit., 192; F. DE STEFANO, *L'istruzione della causa nel nuovo processo civile*, Padova, 1999, 149; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 825; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, cit., 310; M. TARUFFO, *Commento all'art. 118*, cit., 583; D. VOLPINO, *L'ispezione nel processo civile*, Padova, 2012, 84 ss.; ID., *L'ispezione*, in M. TARUFFO (a cura di), *La prova nel processo civile*, Milano, 2012, 905 ss. Una differente esegesi muove invece dall'intento di estendere, ove possibile, la portata applicativa dell'istituto e pertanto relaziona il requisito dell'indispensabilità a quello ulteriore previsto sempre in tema d'ispezione consistente nel grave danno che l'ispezione può procurare alla parte o al terzo: se il danno che deriva a costoro è minimo, allora l'ispezione potrà essere disposta con maggiore ampiezza, risolvendosi l'indispensabilità a mera utilità istruttoria e confluendo nel comune giudizio di rilevanza; se invece il danno procurato alla parte o al terzo non è trascurabile, allora occorre che l'indispensabilità dell'ispezione soverchi e giustifichi tali pregiudizi. Così ragionando, l'indispensabilità e il grave danno non sarebbero condizioni indipendenti collocate in posizione di reciproca autonomia, ma dialogherebbero tra loro affinché emerga l'esigenza prevalente nel caso concreto, esigenza che spetta al giudice individuare (in tal senso E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, cit., 393; G. BALENA, voce *Ispezione giudiziale I) Diritto processuale civile*, cit., 4; B. CAVALLONE, *Le iniziative probatorie del giudice civile: limiti e fondamento. Ispezione e consulenza tecnica*, in ID., *Il giudice e la prova nel*

quest'ottica l'ispezione non può essere utilizzata in sostituzione di altri mezzi di prova (e in particolare della produzione o esibizione documentale) idonei ad assicurare la prova dei fatti e ciononostante non adoperati dalla parte. Sempre in quest'ordine di idee, l'ispezione non può avere ad oggetto i documenti, ricompresi tra le *cose* che possono essere materialmente acquisite al fascicolo, e dunque invadere il campo operativo degli strumenti di acquisizione (e non già di mera osservazione) documentale: è onere delle parti produrre o richiedere l'esibizione dei documenti in possesso della controparte o di terzi, senza che l'ispezione possa sopperire a eventuali inattività¹⁷². L'ispezione avrebbe piuttosto ad oggetto le *res* non acquisibili materialmente al processo e dunque i luoghi, le cose immobili e mobili, ma non certo i documenti che oltre a poter essere acquisiti attraverso i meccanismi di produzione ed esibizione non sono espressamente nominati dagli artt. 118 e 258 c.p.c. (a differenza di quanto avviene nell'art. 210 c.p.c., norma che in tesi attribuirebbe ai documenti, nel lessico del codice di

processo civile, cit., 199; F. FERRARI, *La «prova migliore»*. Una ricerca di diritto comparato, Milano, 2004, 310).

¹⁷² Cfr. Cass. 16 aprile 1997, n. 3260; Cass. 24 giugno 1996, n. 5821, secondo la quale l'ispezione può riguardare (oltre che persone e cose immobili) «anche cose mobili (quali sono pure i documenti), purché si tratti di cose che non possano acquisirsi al processo in altro modo. Se la legge prevede la possibilità di acquisizione al processo del documento in modo specifico (art. 210 c.p.c.), occorre far ricorso a tale mezzo»; Cass. 27 marzo 1996, n. 2760, per la quale l'ispezione è logicamente subordinata alla mancanza di idonei mezzi dei quali possa avvalersi la parte sulla quale grava l'onere della prova; Cass. 8 agosto, 1992, n. 9389; conf. nella giurisprudenza di merito cfr. Trib. Reggio Emilia 27 marzo 2014.

rito, valenza autonoma rispetto alle cose¹⁷³). Per completezza è utile ricordare l'esistenza di un orientamento minoritario di segno contrario, che ritiene lo spazio applicativo dei due strumenti parzialmente sovrapponibile, cosicché l'ispezione potrebbe avere ad

¹⁷³ B. CAVALLONE, *Le iniziative probatorie del giudice: limiti e fondamento. Ispezione giudiziale e consulenza tecnica*, cit., 218 ss. ammette tuttavia l'ispezionabilità del documento allorché rilevi come oggetto fisico e non già nella sua capacità rappresentativa. Per l'A., inoltre, l'ispezione non può essere disposta nemmeno per visionare documenti pubblicamente conoscibili, considerato che non è possibile richiedere un intervento del giudice ove sia possibile acquisire al processo i documenti su iniziativa delle parti; S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, I, cit., 472; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 824, nt. 45, 825, nt. 58; G. BALENA, voce *Ispezione giudiziale I) Diritto processuale civile*, cit., 4; G. TRISORIO LIUZZI, voce *Ispezione nel processo civile*, cit., 193; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, cit., 310; M. TARUFFO, *Commento all'art. 118*, cit., 581.

Si tratta di un indirizzo non condiviso da A. GRAZIOSI, *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, Milano, 2003, 90, secondo cui il dato letterale non può considerarsi dirimente (e in effetti la parola *cose* ben potrebbe essere comprensiva dei documenti). Soprattutto, sarebbe strano che la legge abbia voluto ancorare lo spazio applicativo dell'ordine di esibizione e dell'ispezione al dato della fisica acquisibilità dell'oggetto al processo, cosicché un oggetto di piccole dimensioni potrebbe essere acquisito previa istanza di parte mentre un oggetto più grande potrebbe per contro soltanto essere ispezionato *ex officio*. I due strumenti in esame, l'ordine di esibizione e di ispezione, si distinguerebbero soltanto per la circostanza che mentre il primo garantisce la materiale *acquisizione* del documento agli atti del processo, il secondo assicura soltanto l'*osservazione* del documento.

oggetto altresì documenti suscettibili di un ordine di esibizione¹⁷⁴.

Anche con riguardo all'ordine di esibizione, si ritiene legittimo il rifiuto del giudice di accogliere istanze volte a provocare un ordine di esibizione «*ad explorandum*»¹⁷⁵. È

¹⁷⁴ Cfr. in particolare E. GRASSO, *Dei poteri del giudice (art. 118)*, cit., 1332; A. MASSARI, voce *Ispezione giudiziale*, cit., 194; A. FINOCCHIARO, voce *Ispezione giudiziale*, cit., 952; A. GRAZIOSI, *Riflessioni sull'ordine di esibizione nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 1363; ID., *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, cit., 88 ss.

Suscita interesse, sul punto, la pronuncia del Trib. Reggio Emilia 27 marzo 2014, per il quale se il *terzo* non ottempera all'ordine di esibizione, deve stimarsi possibile il ricorso all'ispezione giudiziale. Se infatti è la controparte a non esibire il documento allora già soccorrerebbe l'art. 116 c.p.c. e l'ordine inevaso sarebbe motivo per desumere argomenti di prova; ma nel caso in cui a non esibire il documento fosse un *terzo*, ne deriverebbe un grave pregiudizio per la parte istante, motivo per cui la pronuncia in parola ha ritenuto possibile, in via subordinata e residuale, l'utilizzo di poteri istruttori più intensi in caso di mancata collaborazione del *terzo*.

¹⁷⁵ Cass. 20 giugno 2011, n. 13533; Cass. 7 luglio 2011, n. 14968; Cass. 6 dicembre 2011, n. 26151; Cass. 17 marzo 2010, n. 6439, per la quale è esente da censure la motivazione che, con riferimento al credito per provvigioni fatto valere da un agente, aveva ritenuto ingiustificato che l'attore non fosse in grado di indicare i clienti contattati e gli affari procurati e meramente esplorativa la richiesta di esibizione dei relativi documenti da parte della proponente. In dottrina, per l'inammissibilità della c.d. esibizione esplorativa cfr. S. SATTA-C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, cit., 329, nt. 32; S. LA CHINA, *L'esibizione delle prove nel processo civile*, Milano, 1960, 201; B. CAVALLONE, voce *Esibizione delle prove nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., VII, Torino, 1991, 670; A. MASSARI, voce *Esibizione delle prove*, in *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino, 1960, 842; B. FICCARELLI, *Esibizione di documenti e discovery*, Torino, 2004,

indicativo anzitutto l'art. 94 disp. att. c.p.c. secondo cui «l'istanza di esibizione di un documento o di una cosa in possesso di una parte o di un terzo deve contenere la specifica indicazione del documento o della cosa». La norma richiede l'indicazione specifica della *res exhibenda*, indicazione tuttavia di per sé non sufficiente, essendo altresì richiesta – lo si ricava per via interpretativa – la specifica rappresentazione dei fatti che è intenzione della parte provare attraverso i documenti richiesti. Deve infatti stimarsi esplorativo tanto l'ordine emanato in assenza dell'indicazione del documento¹⁷⁶, tanto l'ordine emanato

254 ss.; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *Il processo di primo grado e le impugnazioni*, cit., 311; A. GRAZIOSI, *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, cit., 163, 164; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 773.

¹⁷⁶ D. VOLPINO, *L'acquisizione dei documenti*, in M. TARUFFO (a cura di), *La prova nel processo civile*, Milano, 2012, 831; B. FICCARELLI, *Esibizione di documenti e discovery*, cit., 257, che evidenzia come in questo modo la parte potrebbe servirsi dell'ordine di esibizione «per ricercare una prova non solo che non ha, ma di cui non conosce neanche l'esistenza, con una conseguente eccessiva intrusione nella sfera di disponibilità dell'ipotetico detentore»; B. CAVALLONE, voce *Esibizione delle prove nel diritto processuale civile*, cit., 670, il quale ritiene che l'indicazione specifica del documento sia semplicemente quella che non consente di fare confusione con ulteriori documenti, non potendo invece richiedersi una dettagliata descrizione del contenuto di un documento che oltretutto non è in possesso della parte istante. Così argomentando, è fatta in ogni caso salva la «inammissibilità di una esibizione “a scopi esplorativi”, quale sarebbe, ad esempio, quella che volesse avere ad oggetto “tutta” la corrispondenza intercorsa tra due soggetti, ovvero “tutte” le carte contenute in un certo dossier, ovvero ancora “qualsiasi” documento in possesso della controparte o del terzo, che possa avere attinenza alla materia controversa»; conf. L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 772, 773.

senza indicazione dei fatti che s'intendono provare¹⁷⁷. Nel primo caso, visibilmente, la parte vuole far emergere qualche documento, a lei sconosciuto, che tuttavia possa tornargli utile per accertare fatti di causa rilevanti e regolarmente individuati. Nella seconda ipotesi l'istante spera invece che il documento specificamente individuato si manifesti utile per la dimostrazione (non di un fatto previamente e specificamente individuato, bensì) di qualsivoglia circostanza fattuale integrante il *thema probandum*. Si è osservato, peraltro, che la mancata indicazione dei fatti renderebbe impossibile la valutazione di necessità che il giudice è chiamato ad operare prima di disporre l'esibizione¹⁷⁸, venendo a mancare il legame tra

¹⁷⁷ L.P. COMOGLIO, *op. loc. ult. cit.*; A. GRAZIOSI, *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, cit., 163 ss.; D. VOLPINO, *op. loc. ult. cit.* La previa allegazione dei fatti ad opera della parte rappresenta invero il presupposto per l'ordine di esibizione anche nei casi in cui tale potere può essere esercitato officiosamente dal giudice (l'ipotesi classica è quella disciplinata dall'art. 2711 c.c.: si v. Cass. 12 giugno 2012, n. 9522).

¹⁷⁸ In particolare B. FICCARELLI, *op. cit.*, 255; A. GRAZIOSI, *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, cit., 163, nt. 102 ritiene che l'istanza esibitoria priva della «indicazione dei fatti che con essa ci si propone di provare, non pone il giudice in condizione di valutarne la necessità e quindi l'accogliibilità». In questi casi infatti il giudizio di rilevanza della prova non sarebbe preventivo, ma posticipato al momento della decisione. Peraltro, a parere dell'A. (ivi, 159 ss.), i requisiti della necessità e della indispensabilità, il primo richiesto espressamente dall'art. 210 c.p.c., il secondo ricavabile dal richiamo operato dalla norma all'art. 118 c.p.c., non sarebbero affatto coincidenti e non integrerebbero un requisito unico come peraltro sostenuto dalla dottrina maggioritaria (a prescindere da quale sia il requisito che ingloba l'altro: cfr. ad es. S. LA CHINA, *L'esibizione delle prove nel processo civile*, cit., 195; B. CAVALLONE, voce *Esibizione delle prove nel diritto processuale civile*, cit., 672; A. MASSARI, voce

mezzo di prova e *factum probandum* che assicura, sulla scorta di quanto avviene per le prove costituenti con la capitolazione, il giudizio di concluzione e rilevanza¹⁷⁹.

Sull'altro versante oggetto d'attenzione, l'ordine di esibizione è considerato – talvolta a tal fine valorizzando l'autonomia del requisito dell'indispensabilità richiamato indirettamente dall'art. 210 c.p.c. – uno strumento residuale, esercitabile soltanto ove la parte non abbia potuto reperire *aliunde* la prova del fatto. Pertanto, la parte in grado di procurarsi e produrre i documenti non è legittimata ad ottenere un ordine d'esibizione, giacché diversamente quest'ultimo svolgerebbe una (impropria) funzione sostitutiva della produzione documentale a cui la parte è tenuta in ossequio al principio dell'onere della prova¹⁸⁰.

Esibizione delle prove, cit., 841). All'opposto equipara il (solo) requisito della necessità, specificamente disciplinato dall'art. 210 c.p.c., a quello generale della rilevanza probatoria. La previsione esplicita del vaglio di rilevanza intenderebbe soltanto rimarcare l'importanza del momento pre-assuntivo, in quanto l'esibizione, pur avendo ad oggetto prove precostituite, necessita di un (dispendioso) processo di acquisizione.

¹⁷⁹ L'osservazione sembra corretta e verrà confermata anche nel prosieguo parlando delle modalità di deduzione delle prove costituenti (cfr. cap. III, § 3).

¹⁸⁰ Cfr. ad esempio Cass. 18 gennaio 2013, n. 1266; Cass. 7 luglio 2011, n. 14968; App. Potenza 8 febbraio 2008; Trib. Bologna 7 settembre 2010. Cfr. F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, cit., 130, per il quale l'esibizione non può surrogare l'inerzia ingiustificata della parte che ben avrebbe potuto attivarsi per ottenere il documento e produrlo; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 772, per il quale «il potere discrezionale del giudice di ordinare l'esibizione, su istanza di questa o di un'altra parte, non può mai sovvertire l'applicazione» delle regole di ripartizione dell'onere della prova, né «tantomeno sanare, con funzione vicaria

Da ultimo, anche la richiesta di informazione alla pubblica amministrazione non può risolversi in uno strumento esplorativo. Non a caso si esclude che la richiesta possa consistere in una delega alla p.a. per lo svolgimento di indagini¹⁸¹: i documenti e gli atti in relazione ai quali vengono richieste informazioni devono già essere in possesso della pubblica amministrazione e rappresentare il risultato di indagini già compiute inerenti all'attività istituzionale dell'ente, visto che altrimenti la p.a. si vedrebbe costretta all'espletamento di un'attività probatoria impropriamente sostitutiva di quella del giudice¹⁸².

e sostitutiva, il mancato assolvimento dell'onere probatorio da parte del litigante onerato»; A. GRAZIOSI, *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, cit., 166 ss., per il quale è il requisito dell'*indispensabilità* a vietare al giudice di «ammettere l'esibizione giudiziale di cose o documenti, che la parte potrebbe procurarsi da sola – e produrre in giudizio – con l'ordinaria diligenza richiesta ad ogni litigante per assolvere l'onere probatorio che su di lui incombe»; così ragionando «il potere coercitivo del giudice deve cioè avere carattere sussidiario e secondario, rispetto alla possibilità pratica o giuridica che la parte abbia di procurarsi da sé, fuori dal processo, le prove precostituite che le servono per dimostrare i fatti che ha allegato». Si specifica peraltro che l'ordine di esibizione è indispensabile quando si rivela essere l'unico modo per acquisire al processo una determinata prova precostituita e non quando è l'unica prova che la parte ha per provare determinati fatti.

¹⁸¹ S. LA CHINA, voce *Esibizione delle prove*, in *Enc. giur. Treccani*, XIII, Roma, 1989, 4; F.P. LUISO, voce *Richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 486 ss.; E. FABIANI, *I poteri istruttori del giudice civile I. Contributo al chiarimento del dibattito*, cit., 607.

¹⁸² F.P. LUISO, voce *Richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione*, cit., 486; ID., *Diritto processuale civile*, II, cit., 126; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 796.

La richiesta officiosa di informazioni alla pubblica amministrazione pone il problema dei suoi rapporti con l'ordine di esibizione – per converso a disposizione delle parti ed enunciabile sia nei confronti dei privati che della p.a. – non essendo del tutto pacifico se i due strumenti siano tra loro in rapporto di alternatività ovvero di complementarità¹⁸³. L'inciso «fuori dai casi previsti dagli artt. 210, 211» ha dato infatti adito a opposti orientamenti. Sul punto, è senz'altro prevalente la tesi, sposata peraltro dalla giurisprudenza, che legge nella disposizione un rapporto di alternatività tra ordine d'esibizione e richiesta di informazioni alla p.a. La richiesta di informazioni sarebbe ammissibile soltanto quando non fosse possibile per la parte ricorrere all'ordine di esibizione: diversamente si finirebbe per alterare la ripartizione degli oneri probatori¹⁸⁴. Il giudice potrebbe disporre la richiesta

¹⁸³ Come per l'art. 210 c.p.c., il requisito della necessità previsto dall'art. 213 c.p.c. è da interpretare come sinonimo di rilevanza della prova. Cfr. D. VOLPINO, *Commento all'art. 213*, in M. TARUFFO (a cura di), *Istruzione probatoria*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, Bologna, 2014, 248; V. CARNEVALE, *Commento all'art. 213*, in L.P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, cit., 704; A. GRAZIOSI, *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, III, 1, Torino, 2012, 403; B. CAVALLONE, voce *Esibizione delle prove nel diritto processuale civile*, cit., 672.

¹⁸⁴ C.M. BARONE, voce *Informazioni presso la pubblica amministrazione (richiesta di)*, in *Enc. giur. Treccani*, XVI, Roma, 1989, 2; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 792, per il quale la richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione «non può mai implicare, a beneficio della parte onerata e a danno dell'altra, un esonero o una *relevatio* dall'onere della prova, ripartito secondo i criteri stabiliti dall'art. 2697 c.c., né tantomeno potrebbe, anche solo in via indiretta, assumere un'efficacia sanante nei confronti

soltanto nel caso in cui la parte si trovasse nell'impossibilità di reperire altrimenti le informazioni, ovvero sia quando i documenti in possesso della p.a. non siano rilasciabili al privato¹⁸⁵. Più in generale, dunque, il potere officioso in parola non può rappresentare uno strumento di supplenza all'inerzia della parte che non si fosse attivata tempestivamente per ottenere i documenti utili per il giudizio. La richiesta non può rimediare all'inattività della parte che ad esempio non avesse esercitato il proprio diritto d'accesso, sopperendo così alla mancata produzione del documento o all'omessa istanza per l'esibizione.

Si registra anche in questo caso una tesi contraria che sposa la cumulabilità tra ordine di esibizione e richiesta di informazioni, di modo che spetterebbe alla parte scegliere se istare per l'esibizione ovvero sollecitare l'esercizio officioso della richiesta di informazioni, non potendo peraltro dirsi esclusa la possibilità di utilizzo simultaneo dei due strumenti¹⁸⁶.

del mancato assolvimento di quell'onere, cui la parte si sia colpevolmente sottratta per "imputabile" negligenza»; M. TARUFFO, *Le prove*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, 1086; B. CAVALLONE, *Principio dispositivo, fatti secondari e fatti «rilevabili ex officio»*, in ID., *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., 149; *contra* F.P. LUISO, voce *Richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione*, cit., 490.

¹⁸⁵ In questi termini cfr. Cass. 12 marzo 2013, n. 6101, per la quale il potere di cui all'art. 213 c.p.c. di richiedere d'ufficio alla p.a. le informazioni scritte relative ad atti e documenti della stessa che sia necessario acquisire al processo, non può essere esercitato per acquisire atti o documenti della p.a. che la parte è in condizioni di produrre; conf. Cass. 13 marzo 2009, n. 6218; Cass. 10 gennaio 2005, n. 287; Cass. 7 novembre 2003, n. 16713.

¹⁸⁶ F.P. LUISO, voce *Richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione*, cit., 490, per il quale l'espressione «fuori dei casi

Anche secondo un'ulteriore ricostruzione il rapporto tra ordine d'esibizione e richiesta di informazioni alla p.a. andrebbe letto in termini di complementarità, ma ciò in forza della considerazione che i due strumenti possiedono funzione e struttura profondamente differenti¹⁸⁷. E infatti, mentre l'ordine d'esibizione è volto ad acquisire al processo *documenti* su istanza della parte interessata, la richiesta d'informazioni serve ad acquisire, officiosamente e da un soggetto particolarmente qualificato come la p.a., *notizie* utili alla decisione. Da un punto di vista strutturale la richiesta alla p.a. s'avvicina più alla prova testimoniale che a quella documentale: benché le informazioni vengano trasmesse tramite una nota scritta inserita nel fascicolo d'ufficio (art. 96 disp. att. c.p.c.), la richiesta alla p.a. non assicura l'acquisizione del documento ma soltanto di una nota informativa; in definitiva – a maggior ragione oggi che il legislatore ne ha sancito l'astratta ammissibilità con l'art. 257-*bis* c.p.c. – si tratterebbe di una testimonianza scritta proveniente da un terzo particolarmente affidabile¹⁸⁸. Sancita la differenza tra i due mezzi di prova si giunge pertanto a ritenere che la p.a. possa essere destinataria tanto di un ordine d'esibizione, nei limiti d'ammissibilità in cui è consentito l'utilizzo di questo strumento d'acquisizione documentale, tanto di una richiesta di informazioni relative ad atti compiuti o

previsti...» può essere letta in senso aggiuntivo; ID., *Diritto processuale civile*, II, cit., 127.

¹⁸⁷ A. GRAZIOSI, *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, cit., 395 ss.

¹⁸⁸ Il *deficit* che siffatta modalità di risposta sconta nelle formalità d'assunzione (assenza di giuramento e contraddittorio) viene giustificato alla luce del destinatario della richiesta, la p.a., ovvero sia un soggetto istituzionalmente affidabile e attendibile (A. GRAZIOSI, *op. ult. cit.*, 398).

documenti in suo possesso, a condizione beninteso che la richiesta stessa non verta sul contenuto di un documento insuscettibile di un ordine di esibizione¹⁸⁹.

¹⁸⁹ A. GRAZIOSI, *op. ult. cit.*, 397 ss.

Capitolo III

Le nullità relative alla fase di assunzione della prova

SOMMARIO: 1. Prova e variabile temporale nel sistema delle preclusioni. La nullità della prova per tardività dell'atto di deduzione o produzione. La nullità dell'acquisizione della prova dalla quale la parte era decaduta. 2. La ritualità della produzione quale requisito condizionante l'utilizzabilità della prova documentale. Problematiche connesse: a) l'ordine del fascicolo di parte; b) produzione del documento e indicazione dello scopo. 3. Rilievi sui vizi di deduzione delle prove costituenti. L'indicazione specifica dei testimoni e dei fatti oggetto di testimonianza, interrogatorio formale e giuramento. La figura del consulente tecnico (e dei suoi collaboratori non nominati). 4. La deformalizzazione delle formule d'impegno. Il giuramento come atto prodromico all'assunzione della testimonianza e all'espletamento della consulenza tecnica. Rilievi sui vizi di assunzione delle prove costituenti. I vizi relativi alla formula giuratoria come prova legale. 5. Le nullità delle notificazioni e comunicazioni idonee ad inficiare la validità della prova per lesione del contraddittorio. a) L'omessa notificazione dell'ordinanza *ex art. 237 c.p.c.*; b) nullità della prova e contumacia (in particolare, sull'omessa notificazione delle ordinanze ammissive *ex art. 292 c.p.c.*; c) le omesse comunicazioni *ex artt. 90 e 91 disp. att. c.p.c.* in materia di consulenza tecnica. 6. Questioni relative all'allargamento del *thema decidendum e/o probandum* in corso di assunzione. Modalità di assunzione della prova surrettiziamente elusive delle preclusioni processuali e/o della ripartizione degli oneri probatori. In particolare, l'acquisizione di documenti attraverso lo strumento degli scritti in aiuto alla memoria del testimone ovvero nel corso dell'espletamento della consulenza tecnica; l'assunzione di informazioni nel corso della consulenza e dell'ispezione. 7. I vizi del processo verbale. L'omessa verbalizzazione (e la correlativa inesistenza) della prova.

L'omessa indicazione della data e delle sottoscrizioni del cancelliere, delle parti, dei testimoni e del consulente. La «verbalizzazione» delle operazioni peritali. 8. Nullità della prova e pluralità di parti. Prove libere e prove legali nei processi a litisconsorzio facoltativo e a litisconsorzio necessario.

1. Prova e variabile temporale nel sistema delle preclusioni. La nullità della prova per tardività dell'atto di deduzione o produzione. La nullità dell'acquisizione della prova dalla quale la parte era decaduta.

Nell'analizzare le ipotesi più rilevanti della patologia della prova nella sua fase dinamica, distinguendo tra prove precostituite e costituende, è utile porre anzitutto l'accento su un aspetto comune a tutti i mezzi istruttori che siano soggetti all'iniziativa delle parti¹.

¹ Alle considerazioni che seguono si sottraggono, infatti, gli strumenti probatori di cui il giudice può disporre ufficiosamente (la stessa fisionomia di strumenti quali l'ispezione, la consulenza tecnica, il giuramento suppletorio, la rinnovazione testimoniale *ex art. 257 c.p.c.* rende difficile coniugare il loro esercizio con il sistema delle preclusioni; si tenga anche conto che è invece perentorio il termine assegnato dal giudice alle parti, *ex art. 183, 8° comma, c.p.c.*, per dedurre i mezzi di prova che si rendono necessari in relazione a quelli disposti d'ufficio. Per approfondimenti su questi temi cfr. F. DE STEFANO, *L'istruzione della causa nel nuovo processo civile*, Padova, 1999, 252 ss.). Alle considerazioni che seguono nel testo si sottrae parimenti anche il giuramento decisorio, che in quanto strumento finalisticamente orientato alla risoluzione della lite non è soggetto a vere e proprie preclusioni. La delazione del giuramento decisorio può essere avanzata e il giuramento disposto purché vi sia un giudice istruttore – fermo l'onere di allegazione tempestiva dei fatti oggetto del

Come è noto il legislatore ha, anche in materia probatoria, irrigidito il sistema preclusivo (la cui opportunità non è del tutto pacifica in dottrina²), al fine di scandire i tempi del processo e segnatamente di stabilire un limite cronologico più severo al *principio di libertà* per le parti di (allegare fatti e) dedurre ovvero produrre prove. Il *principio di concentrazione* che ne è derivato, se per un verso ha avuto il merito di ottenere una riorganizzazione del processo, è

giuramento – anche in appello o in sede di rinvio, ma prima della rimessione della causa in decisione. Su quest'ultimo punto cfr. Cass. 23 dicembre 2003, n. 19727, in *Guida al dir.*, 2004, n. 9, 50, per la quale il giuramento decisorio può essere deferito alla controparte soltanto davanti al giudice istruttore e non anche con la comparsa conclusionale. Di conseguenza, se il deferimento del giuramento decisorio è formulato «con atto allegato alla comparsa conclusionale, il mezzo di prova non è ammissibile, per tardività della relativa istanza, poiché gli scritti difensivi successivi alla rimessione della causa al collegio possono contenere le sole conclusioni già fissate davanti al giudice istruttore». Ciò evidentemente non toglie che la relativa istanza possa essere formulata nuovamente in appello, ove peraltro la giurisprudenza autorizza la delazione sino al momento di discussione della causa e non sino al momento precedente della chiusura della fase istruttoria (si v. Cass. 30 maggio 2002, n. 7923, in *Giust. civ.*, 2003, I, 123). Naturalmente, è preclusa la deferibilità del giuramento nel giudizio di cassazione: cfr., *ex plurimis*, Cass. 3 luglio 2001, n. 8998 e Cass. 19 gennaio 1994, n. 434, per le quali il giuramento non può essere ammesso nel giudizio di cassazione nemmeno al circoscritto obiettivo di ottenere un rinvio in sede di merito, per procedere in quella sede alla sua prestazione.

² Cfr. in senso critico G. MONTELEONE, *Preclusione e giusto processo: due concetti incompatibili*, in *Giusto proc. civ.*, 2007, 31; B. CAVALLONE, *Inutilizzabilità, ai fini della decisione, del documento prodotto da una parte, quando essa non abbia tempestivamente indicato lo scopo della produzione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 195.

dubbio che abbia sortito alcun effetto sulla ragionevolezza dei tempi per giungere alla decisione³.

Un motivo di nullità dell'acquisizione probatoria va senz'altro ravvisato nella tardiva deduzione o produzione dei mezzi di prova⁴. Non a caso il fattore *tempo* è stato autorevolmente considerato come un requisito formale dell'atto processuale – evidentemente ciò è possibile se si adopera un'accezione ampia di forma processuale – la cui violazione determina dunque la nullità dell'atto stesso⁵.

³ G. REALI, *L'istruzione probatoria nel processo ordinario e in quello del lavoro*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, 401.

⁴ La mancata deduzione tempestiva dei testimoni entro la seconda memoria di cui all'art. 183, 6° comma, c.p.c. è rilevabile d'ufficio. La decadenza porta all'inutilizzabilità degli elementi formati: Cass. 16 aprile 2009, n. 9015; Cass. 5 gennaio 2011, n. 223.

⁵ In questo senso può essere letto il pensiero di F. CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, I, Roma, 1956, 341: «il compimento dell'atto prima della scadenza ne costituisce un requisito a pena di nullità o quanto meno un requisito essenziale»; conf. R. ORIANI, voce *Nullità degli atti processuali I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, 11; ID., voce *Atti processuali I) Diritto processuale civile*, Roma, 1988, 5, 6; E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, agg. a cura di V. COLESANTI ed E. MERLIN, Milano, 2012, 242, 243: «un caso particolare d'invalidità dell'atto processuale è quello che si verifica nell'ipotesi di inosservanza dei termini»; G. VERDE, *Diritto processuale civile 1. Parte generale*, Bologna, 2015, 275; C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, I, *I soggetti e gli atti*, Torino, 2010, 86, che sottolinea come anche la «collocazione spaziale, temporale, logica nell'ambito del procedimento» sia forma dell'atto; G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, *I principi*, Bari, 2015, 293; in senso contrario cfr. S. LA CHINA, *Diritto processuale civile. Le disposizioni generali*, Milano, 1991, 753; R. POLI, *Sulla sanabilità della inosservanza di forme prescritte a pena di preclusione e decadenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 477, nt. 55; G.F. RICCI, *Diritto*

Tale nullità deve essere ricondotta in particolare alla formazione dell'atto che introduce la prova nel processo: si parlerà pertanto di nullità nella produzione o nella deduzione della prova.

Prendendo a modello il rito ordinario di cognizione di primo grado, ferma in ogni caso la possibilità di produrre documenti e richiedere l'ammissione di prove costituendo già con gli atti introduttivi del processo e nel corso della prima udienza di trattazione, la barriera preclusiva è generalmente rappresentata dalla seconda memoria *ex art. 183, 6° comma, c.p.c.*⁶. Questo è infatti l'ultimo momento in cui è possibile procedere alla «indicazione dei mezzi di prova e produzioni documentali», eccezion fatta per «un termine di ulteriori venti giorni per le sole indicazioni di prova contraria»⁷, nonché il rimedio della rimessione in

processuale civile, I, *Disposizioni generali*, Torino, 2013, 288 e 289, secondo cui la «decadenza è una sanzione di ordine esterno. L'atto è valido, ma eventi posteriori previsti dalla legge, impediscono che esso possa essere preso in considerazione». La questione, tuttavia, non ha ripercussioni pratiche: in ogni caso, sia che si consideri la variabile temporale una componente interna all'atto, sia che la si consideri come una componente esterna, la conseguenza è comunque l'inefficacia della prova.

⁶ Le barriere preclusive variano in base al tipo di giudizio preso ad esame. Così, ad esempio, nel rito del lavoro occorrerà riferirsi agli artt. 414 e 416 c.p.c. che individuano negli atti introduttivi, ricorso e memoria difensiva, il termine ultimo per l'indicazione specifica dei mezzi di prova rispettivamente per il ricorrente e per il convenuto; dinanzi al giudice di pace è necessario fare riferimento alla prima udienza di trattazione, salvo il potere del giudice di fissare per una sola volta una nuova udienza per ulteriori produzioni e richieste di prova, quando ciò sia reso necessario dalle attività svolte dalle parti in prima udienza (art. 320 c.p.c.).

⁷ Sull'argomento cfr. diffusamente F. DANOVI, *La prova contraria*, Milano, 2004, *passim*.

termini ora consacrato in via generale nell'art. 153 c.p.c.⁸. Ove si tratti di una prova costituenda, l'assunzione della prova malgrado la tardività della deduzione vizia in via derivata gli elementi raccolti; ove si tratti di un documento lo stesso non potrà essere utilizzato.

Si è già detto, poi, che la tardività dell'atto dovuta al verificarsi di una preclusione o di una decadenza non consente la rinnovazione dell'atto così viziato⁹.

Pur essendo a tutt'oggi assente un regime normativo in ordine al possibile rilievo della tardività delle richieste istruttorie, la giurisprudenza è ormai pressoché unanimemente orientata a ritenere che le ragioni che

⁸ Rimane fermo che l'unico strumento idoneo ad ovviare alle preclusioni e decadenze maturate è la rimessione in termini (su cui cfr. R. CAPONI, *La rimessione in termini del processo civile*, Milano, 1996; F. DE SANTIS, *La rimessione in termini del processo civile*, Torino, 1997; A. PANZAROLA, *Sulla rimessioni in termini ex art. 153 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1636 ss.; D. D'ADAMO, *Prime riflessioni sulla nuova rimessione in termini*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 385 ss.). In particolare, nonostante la questione abbia occasionalmente impegnato i giudici di legittimità, appare del tutto ovvio che il meccanismo delle preclusioni non possa essere vanificato dal giudice istruttore attraverso la revoca dell'ordinanza di fissazione dell'udienza di precisazione delle conclusioni e l'ammissione al contempo di istanze istruttorie avanzate tardivamente e non previamente dedotte. Argomentando diversamente, si offrirebbe al giudice uno strumento puramente discrezionale per porre nel vuoto le preclusioni verificatesi; il potere di revoca e modifica delle ordinanze *ex art. 177 c.p.c.* non è esercitabile al fine di rendere inoperante una decadenza già verificatesi, perché di essa neppure il giudice può disporre (così Cass. 4 giugno 2013, n. 14110; nello stesso verso Cass. 25 novembre 2002, n. 16571, in *Corr. giur.*, 2003, 443, con nota di P. D'ASCOLA, *L'inquietudine della Cassazione sulle preclusioni istruttorie*; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2010, 164).

⁹ Cfr. *supra* cap. I, § 6.

soggiacciono al sistema delle preclusioni siano non soltanto di interesse per le parti, ma altresì di natura pubblicistica, in quanto funzionali ad esigenze di concentrazione e speditezza e dunque alla razionale organizzazione del processo¹⁰. Il regime preclusivo è di conseguenza ritenuto indisponibile, in quanto appartenente all'ordine pubblico processuale; le norme che lo attuano e regolano devono considerarsi di stampo metaindividuale, dettate per garantire esigenze di ordine generale qual è il celere svolgimento del processo¹¹. Ne deriva che la

¹⁰ R. POLI, *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, Torino, 2012, 203, per il quale si tratta di difformità non rimesse alla disponibilità delle parti perché idonee a condizionare lo svolgimento stesso del processo. Per una lettura critica circa l'inscindibilità del binomio preclusioni-interesse pubblico si v. tuttavia P. BIAVATI, *Iniziativa delle parti e processo a preclusioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, 485 ss.

¹¹ In questa prospettiva P. D'ASCOLA, *L'inquietudine della Cassazione sulle preclusioni istruttorie*, in *Corr. giur.*, 2003, 443; L.P. COMOGLIO, *Preclusioni istruttorie e diritto alla prova*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 973; ID., *Le prove civili*, cit., 163; L. MONTESANO-G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, I, 1, Padova, 2001, 721 ss.; B. CIACCIA CAVALLARI, *Le preclusioni e l'istruzione probatoria nel nuovo processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 927; F. DE STEFANO, *L'istruzione della causa nel nuovo processo civile*, cit., 245; S. CHIARLONI, in ID. (a cura di), *Le riforme del processo civile*, Bologna, 1992, 205; M. TARUFFO, voce *Preclusioni (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, Agg., I, Milano, 1997, 794 ss.; N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, Milano, 2013, 304; D. VOLPINO, *L'acquisizione dei documenti*, in M. TARUFFO (a cura di), *La prova nel processo civile*, Milano, 2012, 781; M. FORNACIARI, *L'attività istruttoria nel rito civile ordinario: poteri delle parti e poteri del giudice*, in *Giur. it.*, 1999, § 9; M. MAFFUCCINI, *Questioni aperte sulle preclusioni istruttorie*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 543 ss.; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 163. *Contra* G. BALENA, *Le preclusioni nel processo di primo*

tardività delle richieste istruttorie è rilevabile d'ufficio, non rilevando peraltro in alcun modo il comportamento di accettazione del contraddittorio eventualmente assunto dalle altre parti. Tale ultimo aspetto va rimarcato onde evitare di alimentare quelle tendenze adottate dalla giurisprudenza, soprattutto nel sistema *ante* riforma del 1990 (ma non solo), che in presenza della c.d. «accettazione del contraddittorio», ovverosia di un comportamento esplicito o implicito di accettazione delle richieste formulate tardivamente, ammetteva una sostanziale pretermissione del regime preclusivo.

Questo regime si poneva del resto in sintonia con una diversa percezione in ordine alle preclusioni processuali, ritenute per lo più disponibili dalle parti, che con il loro comportamento, anche tacito, avrebbero in sostanza potuto acconsentire alle formulazioni istruttorie tardive.

Nondimeno, le riforme processuali hanno contribuito ad accrescere la consapevolezza circa le ragioni pubblicistiche sottese al regime delle preclusioni (accanto agli interessi delle parti ad ottenere la risposta giurisdizionale entro termini ragionevoli) e spinto a rimeditare la possibilità di realizzare qualsivoglia accordo per il superamento delle preclusioni maturate¹². In questo

grado, in *Giur. it.*, 1996, IV, 273 ss.; in senso critico anche G. REALI, *L'istruzione probatoria nel processo ordinario e in quello del lavoro*, cit., 402, nt. 19.

¹² Cfr. A. ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 1991, 83, secondo cui il rigido regime preclusivo adottato «risponde ad un interesse pubblico e non consente di dare rilievo all'accettazione del contraddittorio di una parte su domande ed eccezioni della controparte»; C. CONSOLO, *“Mutatio libelli”*, *l'accettazione tacita o presunta e l'eccezione di domanda nuova, ovvero di un costrutto giurisprudenziale incoerente*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, 625 ss.; B. CIACCIA CAVALLARI, *Le preclusioni e*

senso è ormai schierata anche la giurisprudenza che ha definitivamente consacrato la rilevabilità officiosa della nullità dovuta alla tardiva produzione o deduzione delle prove, anche in assenza della contestazione operata dalla controparte¹³.

l'istruzione probatoria nel nuovo processo civile, cit., 927; C. FERRI, *Struttura del processo e modificazione della domanda*, Padova, 1975, 113 ss.; E. VULLO, *Le Sezioni unite si pronunciano in tema di inammissibilità della domanda nuova, rilevabilità d'ufficio del vizio e accettazione del contraddittorio*, in *Giur. it.*, 1996, I, 1 ss.; F. DE STEFANO, *L'istruzione della causa nel nuovo processo civile*, cit., 336, nt. 20, per il quale il meccanismo dell'accettazione del contraddittorio non poteva che essere superato alla luce delle innovazioni legislative che hanno dato vita ad un sistema di preclusioni rigide la cui violazione deve intendersi rilevabile officiosamente. Ritengono invece possibile un accordo delle parti teso a superare le barriere preclusive G. BALENA, *La riforma del processo di cognizione*, Napoli, 1994, 165 ss.; A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, 231. In giurisprudenza cfr. ad es. Cass. 7 aprile 2000, n. 4376, in *Giur. it.*, 2001, 1151, per la quale «il regime di preclusioni introdotto nel rito civile ordinario riformato deve ritenersi inteso non solo a tutela dell'interesse di parte, ma anche dell'interesse pubblico al corretto e celere andamento del processo, con la conseguenza che la tardività di domande, eccezioni, allegazioni e richieste deve essere rilevata d'ufficio dal giudice indipendentemente dall'atteggiamento processuale della controparte al riguardo»; ancora, sempre nel senso di sottrarre alla disponibilità delle parti il regime preclusivo, Cass. 30 novembre 2011, n. 25598; Cass. 16 maggio 2007, n. 11298; Cass. 11 maggio 2005, n. 9875; App. Roma 3 maggio 2010. A favore invece della possibilità di un'accettazione sanante, esplicita ovvero implicita, delle domande ed eccezioni proposte tardivamente si v. Cass. 20 aprile 2005, n. 8293; Cass. 15 maggio 2000, n. 6238; Cass. 21 febbraio 1994, n. 1655.

¹³ Nella giurisprudenza di legittimità cfr. Cass. 18 marzo 2008, n. 7270, secondo cui «le norme che prevedono preclusioni assertive

Se il rilievo della tardività non avviene nel corso del giudizio di primo grado l'utilizzo della prova prodotta ovvero dedotta tardivamente potrà fondare un motivo di impugnazione¹⁴.

In questa rinnovata prospettiva, maggiormente attenta al celere dispiegarsi del processo, si pone del resto la decadenza prevista dall'art. 208, 1° comma, c.p.c., che si realizza quando la parte nel cui interesse deve essere assunta una prova, non si presenta senza giustificato motivo all'udienza fissata per l'assunzione. La decadenza

ed istruttorie nel processo civile sono preordinate a tutelare interessi generali, e la loro violazione è sempre rilevabile d'ufficio, anche in presenza di acquiescenza della parte legittimata a dolersene»; Cass. 19 marzo 2004, n. 5539, in *Foro it.*, 2005, I, 510; Cass. 19 agosto 2003, n. 12118, in *Giur. it.*, 2004, 1368; Cass. 7 aprile 2000, n. 4376. *Contra* – seppur anteriormente alla l. n. 353 del 1990, e dunque con un regime assai differente da quello attualmente vigente, in forza del quale doveva ritenersi tardiva la produzione avvenuta dopo la precisazione delle conclusioni e la rimessione della causa al collegio – Cass. 16 giugno 1983, n. 4141 e Cass. 27 giugno 1985, n. 3851. Nella giurisprudenza di merito a sostegno dell'orientamento dominante si v. App. Bari 27 ottobre 2005; Trib. Milano 23 maggio 2013; Trib. Milano 23 gennaio 2012; Trib. Salerno 6 marzo 2009; Trib. Torino 26 ottobre 2001, in *Giur. merito*, 2002, 392; Trib. Torino 18 luglio 2001, in *Foro it.*, 2003, I, 654, con nota di I. PAGNI, *Processo e preclusioni: le oscillazioni del pendolo*; Trib. Torino 31 maggio 2004; Trib. Torino 19 febbraio 2003, in *Giur. merito*, 2003, 30; Trib. Trani 24 luglio 2000; Pret. Torino 11 ottobre 1997, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, I, 577; *contra* Trib. Roma 13 marzo 2000, per il quale «l'omesso rispetto di un termine perentorio in tema di istruzione probatoria non è più rilevabile, quando la prova sia stata assunta senza opposizione da parte di chi aveva interesse ad eccepire la decadenza».

¹⁴ Così, in modo condivisibile, F. DE STEFANO, *L'istruzione della causa nel nuovo processo civile*, cit., 246.

dall'assunzione della prova, ovvero dalla sua prosecuzione, è dettata in questo caso non dalla mancata tempestiva produzione o deduzione delle prove, ma dalla mancata presenza della parte su istanza della quale deve iniziarsi o proseguirsi la prova all'udienza fissata¹⁵. La

¹⁵ Non è pacifico se la disposizione trovi applicazione anche con riguardo alle prove disposte officiosamente. All'opinione negativa (sostenuta ad es. da S. SATTA-C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, 2000, 326 e G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, *Il processo ordinario*, Bari, 2015, 117) si è replicato evidenziando come la norma faccia carico alle parti di tre differenti oneri: a) dedurre ovvero produrre le prove che si intende acquisire al processo; b) essere presenti nella prima udienza di assunzione della prova; c) assistere alla prosecuzione dell'assunzione della prova (V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, II, Napoli, 1960, 130). Così ragionando, la prova disponibile d'ufficio si sottrarrebbe soltanto al primo degli oneri indicati ma non agli ulteriori oneri di presenziare sin dall'inizio all'assunzione della prova. In senso contrario si è tuttavia osservato che è complicato individuare la parte su istanza della quale deve iniziare o proseguirsi la prova disposta d'ufficio; inoltre, aderendo all'impostazione che ritiene applicabile l'art. 208 c.p.c. anche alle prove disposte d'ufficio, si rischierebbe di vanificare i poteri istruttori del giudice (L. PASSANANTE, *Commento all'art. 208*, in M. TARUFFO (a cura di), *Istruzione probatoria*, Bologna, 2014, 173, secondo cui la soluzione appare a maggior ragione irragionevole nei processi contumaciali ove alla parte costituitasi basterebbe non presentarsi all'udienza di assunzione del mezzo di prova disposto d'ufficio – e al contempo comparire alla successiva udienza fissata, al fine di prevenire l'estinzione del processo – per impedirne l'assunzione che ritenga possa sfavorirlo; con riferimento all'ispezione si v. G. TRISORIO LIUZZI, voce *Ispezione nel processo civile*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., X, Torino, 1993, 200).

Nulla quaestio invece nel caso in cui nessuna delle parti costituite compaia. La pronuncia della decadenza da parte del giudice sarà in questo caso inevitabile, non essendovi in udienza nessuno che

disposizione rappresenta dunque un'estensione del principio dispositivo, imponendo alle parti non soltanto di richiedere l'assunzione dei mezzi di prova ma altresì di partecipare attivamente e dare impulso all'assunzione degli stessi¹⁶.

La disciplina della decadenza dalla prova precedente alla modifica realizzata dalla l. n. 353 del 1990 veniva interpretata a tutela delle parti e dei loro interessi, considerata la necessità, ai fini della pronuncia di decadenza, dell'istanza della parte comparsa nella medesima udienza di assunzione della prova in cui la parte interessata non si era presentata. La novella del '90 ha modificato la norma, eliminando, ancora una volta in nome del principio di concentrazione, la necessità che sia la parte comparsa a richiedere la pronuncia di decadenza.

possa chiedere di procedere ugualmente all'assunzione. In tal caso, tuttavia, in virtù del combinato disposto degli artt. 181 e 309 c.p.c., il giudice provvede a fissare una successiva udienza al fine di consentire alle parti di proporre l'istanza di revoca prevista dall'art. 208, 2° comma, c.p.c.: se pure tale udienza registra l'assenza di tutte le parti allora al giudice non resterà che ordinare la cancellazione della causa dal ruolo e dichiarare l'estinzione del processo.

¹⁶ Cfr. C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, II, *Il processo ordinario di cognizione*, Torino, 2015, 217; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, Torino, 2015, 308; V. CARNEVALE, *Commento all'art. 208*, in L.P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, III, 1, Torino, 2012, 654. La medesima *ratio* è ravvisabile nella decadenza che si verifica a causa della mancata intimazione dei testimoni (art. 104 disp. att. c.p.c.), che non potrà tuttavia essere pronunciata ove i testi compaiano spontaneamente all'udienza fissata per la loro assunzione: Cass. 13 agosto 2004, n. 15759.

All'opposto, nella sua formulazione attuale, la norma dispone: «se non si presenta la parte su istanza della quale deve iniziarsi o proseguirsi la prova, il giudice istruttore la dichiara decaduta dal diritto di farla assumere, salvo che l'altra parte presente ne chieda l'assunzione».

Pertanto la decadenza, quale perdita del potere di compiere determinati atti in seguito allo spirare di un termine finale, viene dichiarata d'ufficio e non è più rimessa alla disponibilità delle parti. Oltretutto, in forza del principio di acquisizione, la pronuncia di decadenza potrà essere evitata ove la parte che non ha dedotto la prova sia comunque interessata alla sua assunzione e manifesti tale interesse nell'udienza a ciò deputata, non essendo sufficiente per evitare la decadenza la sua mera presenza. In ogni caso l'ordinanza che dichiara la decadenza dalla prova – tale provvedimento può anche essere implicito, come avviene nel caso in cui il giudice dichiara chiusa la fase istruttoria e fissa l'udienza per la precisazione delle conclusioni – deve essere pronunciata *ex officio*, a prescindere da ogni impulso di parte, al verificarsi di due condizioni: l'assenza della parte interessata all'assunzione della prova e l'inattività della parte presente¹⁷.

¹⁷ G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, *Il processo ordinario*, cit., 117; V. CARNEVALE, *Commento all'art. 208*, cit., 653, 656; L. PASSANANTE, *Commento all'art. 208*, cit., 175; in giurisprudenza si v. Cass. 13 luglio 2011, n. 15368, per la quale, in seguito alla l. n. 353/1990, l'art. 208 c.p.c. va interpretato nel senso che «la decadenza debba essere dichiarata d'ufficio dal giudice, e non più su istanza della parte comparsa, come nel precedente regime normativo, senza che sia rilevante che la controparte interessata abbia sollevato la relativa eccezione». L'inattività delle parti può manifestarsi anche ove le stesse siano presenti all'udienza fissata per l'assunzione della prova ma assumano comportamenti che implicano la rinuncia, anche non

Con la pronuncia di decadenza – e il mancato esercizio del potere di revoca nell’udienza successiva – la prova non può più essere assunta nel processo in corso, né nello stesso grado, né negli eventuali gradi successivi¹⁸. Oltretutto, per un verso, la decadenza travolge soltanto il mezzo istruttorio che doveva essere assunto in quella specifica udienza e non le prove per le quali fosse stata fissata un’ulteriore e successiva udienza; per altro verso, ove la declaratoria di decadenza intervenisse ad assunzione già cominciata, essa non travolgerebbe gli elementi probatori già previamente assunti, bensì soltanto quella porzione di prova ancora da assumere¹⁹.

esplicita, all’espletamento del richiesto mezzo istruttorio ammesso dal giudice; ad esempio, «ove la parte rimanga inattiva, chiedendo la fissazione dell’udienza di precisazione delle conclusioni senza più instare per l’espletamento del mezzo di prova, è presumibile che abbia rinunciato alla prova stessa» (Cass. 6 settembre 2007, n. 18688).

¹⁸ E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, II, Milano, 1981, 107; V. CARNEVALE, *Commento all’art. 208*, cit., 657; F. DE STEFANO, *L’istruzione della causa nel nuovo processo civile*, cit., 370; M. FABIANI, *Commento all’art. 208*, in C. CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile*, I, Milano, 2013, 2433; L. PASSANANTE, *Commento all’art. 208*, cit., 176

¹⁹ Per queste considerazioni cfr. E.T. LIEBMAN, *op. loc. ult. cit.*; F. DE STEFANO, *op. loc. ult. cit.*, 370; V. CARNEVALE, *op. cit.*, 657; L. PASSANANTE, *op. loc. ult. cit.*; S. SATTA-C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, cit., 245, con riferimento alla nullità della porzione di prova assunta fuori termine dal giudice delegato, nullità non idonea ad inficiare la parte di prova assunta entro il termine.

L'erroneo espletamento di una prova dalla quale la parte era decaduta vizia l'acquisizione successiva al momento in cui avrebbe dovuto essere dichiarata la decadenza²⁰.

Per concludere l'esame della questione è infine il caso di ricordare che la revoca dell'ordinanza che dichiara la decadenza, specifica applicazione del potere di rimettere in termini «la parte che dimostra di essere incorsa in decadenze per causa ad essa non imputabile», può per converso essere pronunciata soltanto su istanza della parte interessata, istanza da formularsi nell'udienza successiva a quella in cui la decadenza è stata pronunciata²¹.

Volgendo lo sguardo dal piano generale a quello specifico, è possibile operare qualche rilievo ulteriore in ordine alla relazione intercorrente tra prova e variabile temporale. Si tenga in considerazione, ad esempio, che relativamente all'ordine di esibizione (verso una parte ovvero un terzo) e alla consulenza tecnica, la giurisprudenza ha negato la natura perentoria dei termini previsti per il deposito rispettivamente del documento e della relazione peritale.

²⁰ Quanto alla denuncia dinanzi alla Suprema Corte dell'erroneo espletamento e conseguente utilizzo di una prova dalla quale la parte era decaduta, cfr. Cass. 21 gennaio 2011, n. 1421 che si inserisce nel solco delle considerazioni già effettuate in sede generale: la sentenza non potrà essere cassata «qualora il giudice di merito abbia adeguatamente motivato il proprio convincimento con riferimento anche ad altre emergenze istruttorie regolarmente acquisite» e la prova irritalmente assunta non incida sull'impianto argomentativo della pronuncia oggetto di impugnazione.

²¹ V. CARNEVALE, *Commento all'art. 208*, cit., 658. Nel caso in cui il giudice di prime cure non provveda ovvero respinga l'istanza di revoca formulata tempestivamente, non essendo l'ordinanza che dichiara la decadenza autonomamente impugnabile, sarà onere della parte riproporla in grado d'appello (A. MASSARI, voce *Assunzione dei mezzi di prova*, in *Noviss. Dig. it.*, I, Torino, 1957, 1460; F. DE STEFANO, *op. cit.*, 376; V. CARNEVALE, *op. cit.*, 659).

Se pertanto il termine per depositare la relazione è ordinatorio, così come meramente ordinatorio è il termine previsto per ottemperare all'ordine di esibizione, la loro inosservanza non può in alcun modo comportare la nullità e la conseguente inutilizzabilità della relazione²² e del documento depositati tardivamente²³. Anche per ciò che concerne la risposta della pubblica amministrazione alla richiesta di informazioni avanzata dal giudice *ex art.* 213 c.p.c., si è negata la possibilità di assoggettarla a un termine di qualsivoglia natura, atteso che «il giudice, alla pari di un qualsiasi altro utente dei servizi resi dalla p.a., deve ottenere la cennata risposta alla sua richiesta di informazioni nei tempi tecnici normali del servizio²⁴».

Da ultimo, si consideri che l'omessa notifica dell'ordinanza ammissiva del giuramento decisorio nel termine stabilito comporta l'impossibilità di considerare

²² Cass. 18 marzo 2014, n. 6195; Cass. 17 settembre 1991, n. 9672; Cass. 7 febbraio 1979, n. 853; Cass. 19 gennaio 1972, n. 130. In dottrina cfr. A. GIUDICEANDREA, voce *Consulente tecnico (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 537. Tutt'al più il ritardo nel deposito della relazione può essere motivo di sostituzione del c.t.u. *ex art.* 196 c.p.c. ovvero di riduzione del suo compenso.

²³ In questi termini Cass. 26 maggio 2014, n. 11671, che, condivisibilmente, sottolinea: «far derivare l'invalidità o comunque l'inutilizzabilità probatoria della documentazione (o della cosa), tardivamente esibita [...] dall'inosservanza dell'ordine di esibizione da parte di quello stesso soggetto, che non aveva prodotto spontaneamente la documentazione [...] è ed appare una sanzione con tutta evidenza irragionevole nella misura in cui potrebbe finire con il premiare giusto la parte inadempiente, la quale, mediante l'espedito del tardivo deposito, potrebbe rendere inutilizzabile ai fini probatori la documentazione (o la diversa cosa) la cui acquisizione al processo era stata richiesta dalla sua controparte e ritenuta necessaria dal giudice».

²⁴ Così Trib. Roma 20 ottobre 1981.

soccombenti le parti che non si sono presentate a prestare il giuramento, ma non determina la decadenza del deferente dalla facoltà di farlo assumere, dovendo considerarsi solo ordinatori i termini di cui all'art. 237 c.p.c.²⁵.

2. La ritualità della produzione quale requisito condizionante l'utilizzabilità della prova documentale. Problematiche connesse: a) l'ordine del fascicolo di parte; b) produzione del documento e indicazione dello scopo.

La circostanza che ogni documento possa essere materialmente acquisito al processo non significa affatto che ogni documento possa essere *utilizzato* per la decisione. Oltre ai limiti temporali dettati dalle preclusioni processuali, che impediscono l'impiego dei documenti prodotti intempestivamente (e in ciò, come visto, la disciplina delle prove costituenti e precostituite è uniforme, peraltro ora anche in appello), occorre altresì vagliare il *quomodo* della produzione e studiare l'irritualità (presupponendo la tempestività) della produzione.

In particolare, ai fini della ritualità della produzione documentale vengono in rilievo due norme delle disposizioni attuative del codice di rito²⁶: da un lato l'ultimo comma dell'art. 74, a mente del quale «il cancelliere, dopo aver controllato la regolarità anche

²⁵ Così, pressoché testualmente, Cass. 23 novembre 2012, n. 20777. In questo senso in precedenza Cass. 5 maggio 1990, n. 3748.

²⁶ Cfr. Cass. 14 marzo 2011, n. 5933; Cass. 18 febbraio 2003, n. 2404.

fiscale degli atti e dei documenti, sottoscrive l'indice del fascicolo ogni volta che viene inserito in esso un atto o documento»; dall'altro lato l'art. 87, secondo cui «i documenti offerti in comunicazione dalle parti dopo la costituzione sono prodotti mediante deposito in cancelleria, ed il relativo elenco deve essere comunicato alle altre parti nelle forme stabilite dall'art. 170 ultimo comma del Codice. Possono anche essere prodotti all'udienza; in questo caso dei documenti prodotti si fa menzione nel verbale». È utile anzitutto ricordare lo spazio applicativo delle due disposizioni²⁷. La prima riguarda la produzione di documenti effettuata all'atto della costituzione in giudizio, attività che deve risultare dall'indice del fascicolo di parte, sottoscritto dal cancelliere. La seconda si riferisce esclusivamente alle produzioni avvenute in corso di giudizio (dopo la costituzione della parte) e prevede che la produzione debba avere luogo mediante deposito dei documenti in cancelleria e comunicazione dell'elenco relativo alle altre parti, a meno che – e in tal caso è sufficiente farne menzione nel verbale – la produzione avvenga in udienza²⁸.

Queste norme conservano validità per i giudizi instaurati innanzi al giudice di pace e per le produzioni documentali avvenute contestualmente al deposito degli atti introduttivi del giudizio. Va infatti rilevato che in seguito all'introduzione del processo civile telematico, le suddette

²⁷ Per le considerazioni che seguono si v. in giurisprudenza *ex multis* Cass. 9 marzo 2010, n. 5671; Cass. 21 settembre 2004, n. 18913; Cass. 30 maggio 1997, n. 4822.

²⁸ Come osserva F. DE STEFANO, *Gli strumenti di prova e la nuova testimonianza scritta (art. 257-bis cod. proc. civ.)*, Milano, 2009, 129, la produzione in udienza non esime la parte dalla regolarizzazione dell'indice del fascicolo.

modalità di produzione non trovano più applicazione per quanto concerne le produzioni documentali successive alla costituzione nei giudizi incardinati innanzi ai tribunali²⁹. Si consideri tuttavia che «il giudice può autorizzare il deposito degli atti processuali e dei documenti [...] con modalità non telematiche quando i sistemi informatici del dominio giustizia non sono funzionanti» (art. 16-*bis*, 8° comma, d.l. 179/2012) e che «il giudice può ordinare il deposito di copia cartacea di singoli atti e documenti per ragioni specifiche» (art. 16-*bis*, 9° comma, d.l. 179/2012). Si consideri anche che, a differenza del formato immagini³⁰, i formati audio/video non sono ammessi dalle regole tecniche del processo telematico. Pertanto, nel caso fosse necessario produrre e depositare file in formato non previsto dalle specifiche tecniche si procede con il deposito in cancelleria mediante supporto ottico (ad es. cd, dvd), avendo in ogni modo cura di indicare nell'atto

²⁹ L'art. 45 d.l. n. 90/2014 ha previsto un sistema di progressiva obbligatorietà per il deposito telematico degli atti endoprocessuali innanzi al tribunale (ma non anche degli atti introduttivi e di costituzione: cfr. art. 16-*bis*, 1° comma, d.l. 179/2012). Per quanto riguarda i procedimenti pendenti prima del 30 giugno 2014 il deposito telematico è stato facoltativo sino al 31 dicembre 2014; per quanto concerne invece i procedimenti instaurati successivamente al 30 giugno 2014 il deposito telematico si è reso da subito obbligatorio. Dal 30 dicembre 2014 il deposito telematico degli atti successivi alla costituzione in giudizio (c.d. atti endoprocessuali) è obbligatorio per tutti i procedimenti. Peraltro, dal 30 giugno 2015 è altresì obbligatorio il deposito telematico degli atti endoprocessuali nei procedimenti in Corte d'Appello (si v. l'art. 16-*bis*, 9°-ter comma, d.l. 179/2012).

³⁰ Cfr. per maggiori dettagli tecnici l'art. 13 del Provvedimento 16 aprile 2014 (G.U. n. 99 del 30 aprile 2014) del Ministero della Giustizia.

principale la presenza dei detti allegati depositati separatamente³¹.

Non è questa la sede per esaminare nel dettaglio le specifiche problematiche tecniche cui può dar luogo l'articolata disciplina del processo telematico; si tenga tuttavia in considerazione, che per un verso, e ai fini della verifica della tempestività del deposito telematico, lo stesso «si ha per avvenuto al momento in cui viene generata la ricevuta di avvenuta consegna da parte del gestore di posta elettronica certificata del Ministero della Giustizia»: a tal fine, «il deposito è tempestivamente eseguito quando la ricevuta di avvenuta consegna è generata entro la fine del giorno di scadenza» (art. 16-*bis*, 7° comma, d.l. n. 179/2012, così come modificato dall'art. 51 del d.l. n. 90/2014); per altro verso, e al fine di dirimere le questioni che si porranno all'interprete in ordine alla ritualità del deposito telematico, dovrà pur sempre essere tenuto fermo il principio del raggiungimento dello scopo³².

³¹ Si v. l'art. 15 Provvedimento 16 aprile 2014 (G.U. n. 99 del 30 aprile 2014) del Ministero della Giustizia.

³² Tale del resto è la linea interpretativa adottata, seppure con riferimento a diverso ma contiguo argomento, da Trib. Milano 3 febbraio 2016, n. 1432, secondo cui «il deposito di un atto non conforme alle specifiche tecniche prescritte per il processo civile telematico deve ritenersi mera *irregolarità* insuscettibile di precludere la validità dell'atto che abbia effettivamente raggiunto il suo nativo scopo». Nella fattispecie era stato richiesto di dichiarare inammissibile la comparsa conclusionale depositata in via telematica, che non aveva rispettato i requisiti richiesti dalle norme tecniche, non essendo un documento PDF, ma uno scanner di immagine (l'art. 12 del d.m. 16 aprile 2014 impone difatti che l'atto non possa essere costituito dalla scansione di un atto originariamente cartaceo: esso deve consistere necessariamente in un atto nativo digitale, ossia un documento .pdf testuale e non un documento .pdf immagine). Il tribunale non ha condiviso la

Così circoscritto il campo d'indagine, la disciplina delle modalità di acquisizione dei documenti, oltre a rivelarsi utile per stabilire la tempestività della produzione³³, è evidentemente tesa a tutelare il contraddittorio, a garantire il diritto di difesa della parte contro cui la produzione ha luogo, onde evitare che quest'ultima ignori le avverse produzioni documentali³⁴. Sia la certificazione ad opera del cancelliere³⁵, mediante sottoscrizione dell'indice del

doglianza, ritenendo che il mancato rispetto di tali regole tecniche rappresenti una mera irregolarità, poiché l'atto è comunque idoneo al raggiungimento dello scopo, ossia «quello di consentire lo svolgimento del processo e l'esercizio del diritto di difesa e, quindi, deve ritenersi raggiunto tutte le volte in cui l'atto perviene a conoscenza del Giudice e della controparte; ciò accade una volta che l'atto depositato telematicamente, anche se non rispondente alle norme tecniche, viene accettato dalla cancelleria e inserito dal sistema nel fascicolo processuale telematico» e non certo «quello di garantire la navigabilità degli atti da parte del Giudice e delle parti» (in questo senso invece, circa il deposito del ricorso per decreto ingiuntivo in forma telematica, Trib. Roma 13 luglio 2014 e Trib. Livorno 25 luglio 2014, entrambe in *Giur. it.*, 2015, 368, con nota di G.G. POLI, *Sulle (nuove forme di) nullità degli atti ai tempi del processo telematico*: a parere di queste sentenze di merito, poiché il formato immagine non consente di selezionare e copiare alcune parti del testo, esso sarebbe inidoneo al raggiungimento dello scopo).

³³ La sottoscrizione del cancelliere del fascicolo di parte consente infatti di verificare la tempestività della produzione: in argomento cfr. Cass. 31 agosto 2007, n. 18439 e Trib. Bari 1 dicembre 2014.

³⁴ In giurisprudenza cfr. Cass. 22 aprile 2010, n. 9545; Cass. 9 marzo 2010, n. 5671; Cass. 28 giugno 1986, n. 4313.

³⁵ Certificazione che fa fede fino a querela di falso: cfr. Cass. 7 aprile 2006, n. 8217. L'art. 74 disp. att. c.p.c. riserva solo al cancelliere il potere di certificare, con la sua sottoscrizione, l'effettiva presenza nel fascicolo di parte dei documenti elencati nell'indice. Deve pertanto escludersi la possibilità di attribuire un

fascicolo all'atto della costituzione, sia la comunicazione o la verbalizzazione della produzione documentale avvenute in un momento successivo alla costituzione in giudizio intendono mettere a disposizione della controparte i documenti prodotti, in modo tale che quest'ultima possa compiutamente difendersi.

La produzione irrituale, non rispettosa delle modalità sopra descritte, si ripercuote sulla validità della prova, precludendo al giudice la possibilità di esaminare i documenti e di utilizzarli per la sua decisione³⁶. Peraltro il documento irritualmente prodotto – ma la considerazione è in questo caso valida altresì per l'ipotesi innanzi trattata del documento prodotto intempestivamente – non può essere *materialmente espunto* dal fascicolo di parte: il nostro ordinamento non riconosce in capo al giudice un potere di stralcio del documento irritualmente prodotto dagli atti del processo³⁷, sicché non resterà che ignorarne i contenuti ai fini della decisione.

Ciò premesso, perché i documenti risultino effettivamente inutilizzabili, è necessario che la controparte non abbia accettato, sia pure implicitamente, il deposito della

analogo effetto certificativo alla sottoscrizione dell'indice da parte del difensore: così Cass. 20 aprile 1996, n. 3778.

³⁶ Cass. 9 marzo 2010, n. 5671; Cass. 30 maggio 1997, n. 4822, per la quale la contumacia della controparte non esonera colui che produce il documento dal farlo in modo rituale; Cass. 15 giugno 1984, n. 3592; Cass. 5 giugno 1981, n. 3636. In dottrina A. LEVONI, *Le disposizioni di attuazione del codice di procedura civile*, Milano, 1992, 202.

³⁷ F. DE STEFANO, *L'istruzione della causa nel nuovo processo civile*, cit., 336; ID., *Gli strumenti di prova e la nuova testimonianza scritta (art. 257-bis cod. proc. civ.)*, Milano, 2009, 129; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 757. In giurisprudenza, si v. Cass. 7 marzo 1995, n. 2652.

documentazione. Ciò avviene in particolar modo quando si dimostri che la parte contro la quale la produzione è avvenuta abbia avuto comunque diretta contezza di essa ed abbia accettato su questa, anche per comportamenti concludenti, il contraddittorio: l'ipotesi più ricorrente è quella che si verifica quando la parte contesti la validità o l'efficacia del documento irritualmente depositato (ad es. si contesta che il documento prodotto è una fotocopia anziché l'originale³⁸). In altri termini, adoperando il lessico impiegato nella prassi, soltanto in presenza di un effettivo pregiudizio al diritto di difesa è possibile sancire la nullità dell'acquisizione probatoria e dunque l'inutilizzabilità dei documenti irritualmente prodotti; questa circostanza non è ravvisabile ove la controparte, legittimata a far valere l'irritualità, «abbia accettato, anche implicitamente, il deposito con il discuterne il valore ed infirmarne il contenuto³⁹». Laddove la parte contesti la forza probatoria di quei documenti è evidente che la produzione, per quanto irrituale, è risultata, in concreto, idonea al raggiungimento dello scopo, poiché la parte ha avuto notizia dei documenti.

Più problematica l'ipotesi in cui la parte non contesti il contenuto o l'efficacia dei documenti irritualmente prodotti (autorizzando l'interprete a stimare raggiunto lo scopo), e ciò anche (e soprattutto) alla luce degli arresti

³⁸ Così Cass. 18 aprile 1995, n. 4333.

³⁹ Cass. 2 marzo 2007, n. 4898; Cass. 13 febbraio 2002, n. 2076; Cass. 5 luglio 2001, n. 9077; Cass. 13 gennaio 1994, n. 295. Nella giurisprudenza di merito si v. ancora App. Genova 30 agosto 2005, per la quale nel caso in cui un documento (nella specie, una perizia di parte) sia prodotto in modo irrituale, tale irritualità deve ritenersi sanata allorquando l'altra parte abbia diffusamente dissertato su di esso, poiché sulla produzione si è realizzato il contraddittorio che sana l'inosservanza della formalità dell'art. 74 disp. att. c.p.c.

giurisprudenziali che ammoniscono circa la natura relativa del vizio afferente alle modalità di produzione, dettate nell'interesse delle parti⁴⁰. In proposito occorre infatti negare la validità di un generico dovere della parte di attivarsi per censurare la produzione irrituale nella prima difesa successiva alla produzione stessa, sicché ove la parte non contesti la produzione irrituale nella difesa successiva non sarebbe più possibile rilevare il vizio⁴¹.

In altri termini, la tempestività dell'eccezione deve essere determinata a partire dal momento della conoscenza della produzione avvenuta in modo irrituale⁴². Pertanto, non può certamente valere quale accettazione del contraddittorio il silenzio serbato da una parte sul documento irritualmente prodotto dall'altra. Il semplice protrarsi del difetto di reazione o il silenzio successivo all'attività espletata dall'altra non è certamente idoneo ad assumere il significato di accettazione del contraddittorio, che per converso deve tradursi in un comportamento univoco⁴³.

⁴⁰ Cass. 21 settembre 2004, n. 18913, cit.

⁴¹ Cfr. Cass. 30 gennaio 1987, n. 896; conf. Cass. 13 novembre 1984, n. 5722, per la quale «l'irrituale produzione di documenti nel giudizio di merito non è rilevabile d'ufficio e deve ritenersi sanata se la parte interessata non sollevi la relativa eccezione nell'udienza immediatamente successiva al compimento dell'attività irregolare».

⁴² Si v. ancora una volta Cass. 9 marzo 2010, n. 5671, per la quale non è possibile per il giudice esaminare i documenti prodotti irritualmente «sempreché la controparte legittimata a far valere le irregolarità non abbia, *pur avendone preso conoscenza*, accettato, anche implicitamente, il deposito della documentazione, giacché, ove non sussista alcuna tempestiva opposizione alla produzione irrituale (da effettuarsi nella prima istanza o difesa successive all'atto o *alla notizia* di esso), non è dato apprezzare la violazione del principio del contraddittorio».

⁴³ In tal senso, correttamente, Cass. 19 luglio 2005, n. 15189.

La scelta di valutare rilevante soltanto il silenzio consapevole non è revocabile in dubbio. Diversamente, vale a dire ritenendo che il silenzio della parte sia sempre sufficiente ad escludere un vizio di produzione, s'istituirebbe un dovere di diligenza perpetuo (e perlomeno singolare) a carico della controparte di chi, in modo certo non diligente, ha effettuato un deposito irrituale. Anche alla dottrina che si è soffermata sull'argomento non è parso corretto stabilire un onere di sollevare l'eccezione nella prima udienza successiva al deposito irrituale. In particolare è stato osservato che «se la produzione è stata fatta in cancelleria, si dovrebbe credere all'esistenza di un onere della parte di controllare, giorno per giorno, il contenuto del fascicolo avversario; se invece è avvenuta in udienza, senza menzione nel verbale, si tratta di un fenomeno diverso che, quanto alla mancata menzione, va ricondotto al problema di un difetto materiale, correggibile, di verbalizzazione oppure di efficacia insuperabile e non ampliabile dell'attività certificativa del cancelliere; e quanto agli effetti pratici di una produzione obliterata per errore materiale nelle descrizioni del verbale d'udienza, ma effettivamente compiuta in presenza del controinteressato, l'argomento è da riferire alla diversa sanatoria per conseguito scopo»: «se il documento è stato messo a disposizione del giudice e della controparte, non è questione di eccezioni e decadenze; se non lo è stato, nessun silenzio può sanare una nullità non sanata dal conseguimento del fine, in pregiudizio di colui che tace, perché nulla sa di dover dire⁴⁴».

Senz'altro più delicato è stabilire se invece tale obbligo di diligenza possa ritenersi sussistente nel caso in cui la parte

⁴⁴ A. LEVONI, *Le disposizioni di attuazione del codice di procedura civile*, cit., 204.

avrebbe potuto avvedersi della produzione in altro modo, ad esempio attraverso la lettura della relazione del consulente tecnico d'ufficio, ovvero prendendo visione degli atti allegati a tale relazione⁴⁵. Se così fosse, la produzione documentale in violazione delle norme che la disciplinano potrebbe dirsi sanata in seguito al sopraggiungere di circostanze idonee, nel concreto dispiegarsi del processo, a notiziare, seppur indirettamente, la controparte attenta agli atti e documenti regolarmente acquisiti al processo.

In conclusione, è utile osservare che la giurisprudenza sovente utilizza, per designare i casi studiati, il termine irregolarità, in modo – è da ritenersi – assolutamente improprio, giacché la produzione avvenuta in modo irrituale non può essere trattata alla stregua di una mera irregolarità. Per converso, può dirsi che la produzione rituale è requisito formale indispensabile al raggiungimento dello scopo, *id est* rendere possibile la conoscenza del documento alle altre parti⁴⁶. Soltanto il sopraggiungere di un comportamento della controparte (la suddetta accettazione del contraddittorio, esplicantesi mercé la contestazione nel merito del documento, ovvero la conoscenza del documento cui non segua l'immediata eccezione di nullità della produzione) esclude la verifica del vizio⁴⁷. Dunque, la produzione irrituale

⁴⁵ Così Cass. 28 giugno 1986, n. 4313.

⁴⁶ Si v. Cass. 25 giugno 1983, n. 4374.

⁴⁷ Cfr. Cass. 9 marzo 2010, n. 5671; Cass. 21 settembre 2004, n. 18913, cit.; Cass. 30 maggio 1997, n. 4822; Cass. 15 giugno 1984, n. 3592; Cass. 30 dicembre 1981, n. 6779; nella giurisprudenza di merito, Trib. Milano 17 novembre 2011. Nel senso del testo, invece, A. LEVONI, *Le disposizioni di attuazione del codice di procedura civile*, cit., 204, per il quale «anche se manca l'espressa comminatoria, la violazione del comando legale rappresenta qui un

non è astrattamente idonea a notificare la controparte; ciò non toglie che, allorché il comportamento di quest'ultima o specifiche circostanze processuali evidenzino l'avvenuta conoscenza, lo scopo possa dirsi in concreto raggiunto *ex art. 156, 3° comma, c.p.c.*⁴⁸.

A quanto sinora detto può sommarsi un'ulteriore problematica, emersa in qualche non remoto arresto giurisprudenziale, relativa alla necessità che la produzione documentale avvenga in maniera logica e ordinata⁴⁹. In particolare, è onere della parte che voglia servirsi dei documenti prodotti ordinare, indicizzare ed aggiornare il proprio fascicolo, provvedendo a numerare correttamente i documenti prodotti⁵⁰, in modo che al numero presente

vizio che va ben oltre la semplice irregolarità formale priva di conseguenze invalidanti».

⁴⁸ In questo senso A. LEVONI, *Le disposizioni di attuazione del codice di procedura civile*, cit., 204.

⁴⁹ Cfr. in particolare Cass. 26 maggio 2011, n. 11617: «La parte che si duole dell'omessa considerazione, da parte del giudice di primo grado, di un documento decisivo che assuma ritualmente prodotto ha l'onere di indicare con esattezza al giudice d'appello a quale numero dell'indice del proprio fascicolo corrisponda il documento che si assume trascurato. Ne consegue che, nel caso in cui il fascicolo di parte sia disordinatamente tenuto e confusamente composto ed i numeri dell'indice non corrispondano ai documenti prodotti, il giudice d'appello non ha alcun onere di reperire da sé la documentazione malamente indicizzata; non è pertanto censurabile in sede di legittimità la decisione che di quella documentazione non tenga conto»; tale arresto è stato seguito nella giurisprudenza di merito da App. Potenza 12 gennaio 2016.

⁵⁰ Come noto, i fascicoli delle parti sono custoditi nella medesima cartella col fascicolo d'ufficio (art. 72 disp. att. c.p.c.). Che il fascicolo di parte debba poi contenere un indice può essere agevolmente ricavato dall'art. 74 disp. att. c.p.c., ove si dispone che «Il cancelliere [...] sottoscrive l'indice del fascicolo ogni volta che viene inserito in esso un atto o documento».

nell'indice corrisponda la documentazione effettiva. Così ragionando, l'ordine del fascicolo di parte può imporsi come una formalità ulteriore che è necessario rispettare perché la produzione possa dirsi avvenuta in modo rituale. Anche l'onere di preservare l'ordine dei fascicoli delle parti, del resto, è funzionale sia a consentire (e accelerare) la decisione dei giudici, sia a garantire un contraddittorio effettivo tra le parti⁵¹.

Stante la condivisibilità in via generale di un onere di tal guisa in capo ai difensori, le conseguenze pratiche conseguenti ad una cattiva indicizzazione e gestione dei documenti debbono essere certamente interpretate *cum grano salis*, senza che possa accordarsi favore ad un meccanismo puramente sanzionatorio nei confronti dell'avvocato non ordinato, svincolato dalla reale idoneità della produzione disorganica a compromettere la decisione del giudice e il diritto di difesa della controparte. In effetti, se la produzione consente al giudice e all'avversario di muoversi comunque con sufficiente disinvoltura nella documentazione presente nel fascicolo (si pensi alle controversie che annoverano un numero esiguo di produzioni documentali) allora il problema può sfociare in soluzioni diverse rispetto all'inutilizzabilità del documento. In altri termini il giudice, alla luce di una produzione caotica, non potrebbe pilatescamente ignorare il/i documento/i senza nemmeno tentare una ricostruzione, specialmente ove con un minimo sforzo fosse senz'altro possibile porre rimedio alla cattiva indicizzazione (e ciò tanto più ove la controparte dimostri attraverso le proprie difese che la produzione caotica non le ha arrecato alcun pregiudizio), ovvero, ancora, quando risultasse possibile,

⁵¹ Sul punto si v. G. TARZIA-F. DANOVI, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, Milano, 2014, 141.

attraverso semplici indicazioni di massima, procedere ad una celere attività di regolarizzazione del fascicolo⁵². Piuttosto potrebbe soccorrere in questi casi un diverso correttivo sanzionatorio che traslasse la problematica sul piano della liquidazione degli onorari, come pure è stato recentemente, e in modo condivisibile, affermato in ordine ad un deposito telematico avvenuto in modo caotico e disordinato⁵³.

Ove il disordine del fascicolo di parte sia invece tale da non poter essere derubricato a semplice disattenzione, tanto da mettere in difficoltà il giudice o la controparte, allora la produzione potrebbe dirsi effettivamente irrituale e integrare una valida ragione per giustificare il mancato utilizzo dei documenti così malamente prodotti.

Diverso e vieppiù complesso è il caso in cui la produzione avvenga senza che il documento sia «fatto valere» dalla parte. Per la comprensione del problema è necessario tenere in considerazione quanto testé richiamato in ordine all'onere di allegazione, che, se inteso quale onere di esplicita affermazione, conserva cogenza per i soli fatti principali⁵⁴. Se di norma la parte allega espressamente

⁵² In tal senso Trib. Firenze 26 aprile 1983.

⁵³ Così Trib. Monza 17 novembre 2015, n. 2878, per il quale «non è assolutamente rispettoso nei confronti di chi è chiamato a giudicare una qualsiasi controversia, l'abitudine oramai invalsa da tempo, di allegare agli atti depositati tramite PCT, tutti i documenti immettendoli nel sistema disordinatamente, senza seguire un criterio specifico e senza farli precedere da un indice numerico con la indicazione sintetica del contenuto di ognuno di essi»; pertanto, proprio a causa della «disattenta e trascurata modalità di produzione della documentazione», gli onorari sono stati liquidati al minimo.

⁵⁴ Sull'ambiguità del termine «allegazione», idoneo a designare tanto un'attività di natura postulatoria quanto un'attività «di tipo

anche i fatti secondari argomentando da essi a proprio vantaggio, è astrattamente possibile che ciò non avvenga, ma che la produzione tempestiva del documento assicuri in ogni caso l'ingresso sotto silenzio del fatto secondario nel processo. In altri termini, è possibile che una parte produca una grande mole di documenti ma al contempo, più o meno consapevolmente, non «faccia valere» il fatto secondario comunque presente agli atti, che rimane nascosto proprio perché taciuto. I fatti che emergono dai documenti in tal modo sono anche detti *fatti avventizi*, ossia fatti che – per tradurre l'art. 7 del *n.c.p.c.* francese, ordinamento processuale da cui il termine è importato – «le parti non abbiano espressamente invocato a sostegno delle loro pretese». Si tratta dunque di fatti che le parti hanno introdotto nel processo senza, più o meno coscientemente, invocarli⁵⁵. Orbene, ove le preclusioni processuali di allegazione e prova siano ormai maturate, è possibile che la parte suggerisca al giudice il ragionamento da compiere spiazzando così l'altro litigante; parimenti, è possibile che il giudice stesso si avveda del fatto secondario emergente *ex actis*. In entrambi i casi le soluzioni possibili per far fronte all'emersione dei fatti avventizi sono sostanzialmente tre.

Potrebbe anzitutto dirsi che il giudice può liberamente trarre il proprio convincimento dal fatto secondario emerso, benché non allegato, e ciò in una prospettiva formale della garanzia costituzionale del contraddittorio e valorizzando (forse in maniera esorbitante) al contempo il principio di autoresponsabilità delle parti. Esse infatti sono

materiale e di rilievo burocratico», cfr. L.P. COMOGLIO, voce *Allegazione*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., I, Torino, 1987, 272 ss.

⁵⁵ Sulla questione cfr. D. BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, Torino, 2001, 212 ss.

astrattamente in grado di conoscere la documentazione prodotta dalla controparte e di scovare i fatti non espressamente postulati, disinnescando così inferenze a sorpresa virtualmente pregiudizievoli. È solo imputabile alle parti se la questione non è stata rilevata e discussa, sicché il giudice non lederebbe alcun diritto processuale rilevandola egli stesso senza sottoporla al controllo incrociato del contraddittorio.

Una seconda linea interpretativa – per la quale è effettiva e non già apparente la violazione del contraddittorio – argomenta nel verso opposto, ritenendo che il giudice non possa in alcun modo utilizzare i fatti secondari emersi dal documento⁵⁶; così ragionando, l'indicazione dello scopo

⁵⁶ È questa la soluzione adottata da Cass. sez. un. 1 febbraio 2008, n. 2435, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 187, con nota di B. CAVALLONE, *Inutilizzabilità, ai fini della decisione, del documento prodotto da una parte, quando essa non abbia tempestivamente indicato lo scopo della produzione*. La massima della decisione recita: «Il giudice ha il potere-dovere di esaminare i documenti prodotti dalla parte solo nel caso in cui la parte interessata ne faccia specifica istanza esponendo nei propri scritti difensivi gli scopi della relativa esibizione con riguardo alle sue pretese, derivandone altrimenti per la controparte l'impossibilità di controdedurre e per lo stesso giudice impedita la valutazione delle risultanze probatorie e dei documenti ai fini della decisione. Infatti, poiché nel vigente ordinamento processuale, caratterizzato dall'iniziativa della parte e dall'obbligo del giudice di rendere la propria pronuncia nei limiti delle domande delle parti, al giudice è inibito trarre dai documenti comunque esistenti in atti determinate deduzioni o indicazioni, necessarie ai fini della decisione, ove queste non siano specificate nella domanda, o – comunque – sollecitate dalla parte interessata». Come evidenziato dall'Annotatore, il profilo decisivo, e rilevato soltanto incidentalmente nella motivazione, è quello relativo alla violazione del contraddittorio, e non già quello inerente alla violazione dei principi della domanda e della corrispondenza tra il

del documento rappresenterebbe una vera e propria condizione di utilizzo del fatto emergente dallo stesso. Infine, ad avviso di un terzo e diverso indirizzo – condivisibile perché meglio contempera gli interessi in gioco; certo, non in modo del tutto innocuo: a farne le spese è la ragionevole durata del processo⁵⁷ – il giudice, avvedutosi del fatto non discusso tra le parti sarebbe obbligato a stimolare il contraddittorio sul fatto secondario, sì da non scartare l'informazione dal materiale utilizzabile e al contempo salvaguardare il diritto di difesa delle parti costituite, ponendole nella condizione di interloquire e di incidere in maniera effettiva (e non solo potenziale) sulla decisione giurisdizionale⁵⁸. Il discorso confluisce nella tematica generale relativa al divieto delle c.d. decisioni della terza via e di conseguenza nella delimitazione di quali debbano essere le *questioni* che il giudice è tenuto a sottoporre al contraddittorio tra le parti⁵⁹. In proposito è noto che la l. n. 69/2009 ha integrato

chiesto e il pronunciato, a cui la decisione accorda, erroneamente, rilievo determinante.

⁵⁷ Non è revocabile in dubbio infatti che la riapertura del contraddittorio sul fatto «nuovo» – sia che avvenga in fase decisoria, sia che avvenga nella fase istruttoria (successivamente al momento in cui è ancora possibile allegare fatti e formulare richieste istruttorie) – provochi la rimessione in termini delle parti e la conseguente possibilità per le stesse di arricchire il *thema probandum*, fermo ovviamente il *thema decidendum*. Sul punto cfr. D. BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, cit., 137; B. CAVALLONE, *op. ult. cit.*, 199.

⁵⁸ In tal senso D. BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile*, cit., 137; B. SASSANI, *L'onere della contestazione*, in *www.judicium.it*, § 8.

⁵⁹ Si è sostenuto ad esempio che l'obbligo di stimolare il contraddittorio sussisterebbe soltanto per le questioni preliminari e pregiudiziali, idonee ad essere decise con sentenza non definitiva.

l'art. 101 c.p.c. con l'introduzione di un secondo comma, che oltre a possedere portata generale ha provveduto a regolarizzare il contraddittorio anche nella fase decisoria⁶⁰.

Infatti, l'esigenza di attivare il contraddittorio emerge soltanto allorché il giudice «decide» e non già quando il giudice semplicemente «conosce» una determinata questione. Così ragionando, la portata applicativa della norma in parola comprenderebbe in via esclusiva le questioni pregiudiziali in senso tecnico, *id est* le questioni la cui soluzione è idonea a definire il giudizio (V. DENTI, *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, in ID., *Dall'azione al giudicato*, Padova, 1983, 54 ss.). In senso contrario si sostiene invece che le questioni da sottoporre al contraddittorio delle parti non siano solo le questioni preliminari di merito e le questioni pregiudiziali di rito, bensì anche gli elementi di fatto e diritto comunque rilevanti per la decisione: cfr. C. FERRI, *Sull'effettività del contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 784 ss.; L. MONTESANO, *Le prove "atipiche" nelle "presunzioni" e negli "argomenti" del giudice civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 234 ss.; ID., *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di "terza via"*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 935 ss.; M. TARUFFO, *Certezze e probabilità nelle presunzioni*, in *Foro it.*, 1974, V, 107 ss.; ID., *Il diritto alla prova nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 1984, 98 ss.; G. TARZIA, *Principi generali e processo di cognizione nel disegno di legge delega per il nuovo codice di procedura civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, 47 ss.; ID., *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 654 ss.; E. FABIANI, *Rilievo d'ufficio di "questioni" da parte del giudice, obbligo di sollevare il contraddittorio delle parti e nullità della sentenza*, in *Foro it.*, 2006, I, 3177.

⁶⁰ In argomento cfr. L. MONTESANO, *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di «terza via»*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 929; E.F. RICCI, *La sentenza «della terza via» e il contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 750 ss.; L.P. COMOGLIO, *«Terza via» e processo «giusto»*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 755 ss.; F.P. LUISO, *Questione rilevata di ufficio e contraddittorio: una sentenza «rivoluzionaria»?*, in *Giust. civ.*, 2002, I, 1612 ss.; S.

Il discorso orbita intorno alla latitudine che si voglia attribuire all'espressione «questione rilevata d'ufficio» adoperata dalla disposizione. Se la locuzione fosse intesa in senso ampio, le riflessioni accolte poc'anzi potrebbero trovare soluzione già *de iure condito* e il giudice sarebbe chiamato a concedere spazio dialettico alle parti anche nel caso in cui volesse impiegare per la decisione meri indizi (o argomenti di prova)⁶¹.

CHIARLONI, *La sentenza «della terza via» in cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?*, in *Giur. it.*, 2002, 1363 ss.; anche alla luce dell'introduzione dell'art. 101, 2° comma, c.p.c. si v. C. CONSOLO, *Le Sezioni Unite sulla causalità del vizio delle sentenze della terza via: a proposito della nullità, indubbia ma peculiare poiché sanabile allorché emerga l'assenza in concreto di scopo del contraddittorio eliso*, in *Corr. giur.*, 2010, 355 ss.; C. GAMBA, *L'integrazione dell'art. 101 c.p.c., il contraddittorio sulle questioni rilevate d'ufficio e la «scommessa aperta» dell'ordinamento processuale*, in M. TARUFFO (diretto da), *Il processo civile riformato*, Bologna, 2010, 65 ss.; D. BUONCRISTIANI, *Il nuovo art. 101, comma 2°, c.p.c. sul contraddittorio e sui rapporti tra parti e giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 399 ss.; G. COSTANTINO, *Questioni processuali tra poteri del giudice e facoltà delle parti*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 1012 ss.; G. TARZIA-F. DANOVÌ, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, cit., 163 ss.; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, cit., 219 ss.

⁶¹ C. GAMBA, *L'integrazione dell'art. 101 cod. proc. civ., il contraddittorio sulle questioni rilevate d'ufficio e la «scommessa aperta» dell'ordinamento processuale*, cit., 65 ss.; M. TARUFFO, *Commento all'art. 116*, in A. CARRATTA, M. TARUFFO, *Poteri del giudice*, in S. CHIARLONI, *Commentario del codice di procedura civile*, Bologna, 2014, 567, 568; ID., *Fatti e prove*, in ID. (a cura di), *La prova nel processo civile*, Milano, 2012, 32; G.F. RICCI, *La riforma del processo civile. Legge 18 giugno 2009 n. 69*, Torino, 2009, 23.

3. Rilievi sui vizi di deduzione delle prove costituenti. L'indicazione specifica dei testimoni e dei fatti oggetto di testimonianza, interrogatorio formale e giuramento. La figura del consulente tecnico (e dei suoi collaboratori non nominati).

Espressione del principio dispositivo, l'atto prodromico all'assunzione probatoria in senso stretto è rappresentato dalla deduzione della prova costituenda ad opera della parte. Lo scopo delle formalità inerenti alla deduzione della prova, è il caso di ricordarlo, è consentire per un verso al giudice di vagliare l'ammissibilità e rilevanza della prova e per altro verso alla controparte di esercitare il diritto di difesa attraverso la deduzione di prova contraria e l'eccezione di inammissibilità della prova *ex adverso* dedotta⁶².

Con riguardo alle modalità di deduzione della prova per testi l'art. 244 c.p.c. richiede in linea di massima tre requisiti: l'indicazione specifica dei testimoni; l'indicazione specifica dei fatti; la c.d. capitolazione⁶³. In

⁶² Cfr. M. TARUFFO, voce *Prova testimoniale (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 748; G. VERDE, *Diritto processuale civile 2. Processo di cognizione*, cit., 100 e ivi la specificazione che non è consentito al giudice operare aggiustamenti o correzioni per rendere la formula ammissibile. Sulla prova contraria, che «rappresenta – anche dal punto di vista della tecnica processuale – lo strumento dialettico imprescindibile per bilanciare correttamente le iniziative delle parti e preservarne la effettiva *égalité des armes*», cfr. diffusamente F. DANOVI, *La prova contraria*, Milano, 2004, 91.

⁶³ I primi due requisiti, come subito si dirà, rivestono sicuramente un'importanza maggiore. Va ricordato che la norma in discussione è ormai di esclusiva applicazione nelle cause riservate alla decisione collegiale, stante l'operatività, per ciò che concerne le

ordine a quest'ultimo requisito, consistente nella formulazione di ogni fatto specifico in un articolo separato, si registra un diffuso e condivisibile dissenso a predicare eccessivo rigore: in particolare, deve ritenersi ammissibile la prova per testi dedotta attraverso capitoli contenenti più fatti che potevano tuttavia essere scissi in una pluralità di capitoli. Se i fatti sono stati specificamente individuati la loro mancata articolazione non può comportare l'inutilizzabilità della prova esperita. Il requisito in parola è dettato a fini perlopiù pratici e integra una mera irregolarità (e non già una ragione d'inammissibilità)⁶⁴.

cause riservate al tribunale in composizione monocratica, dell'art. 281-ter c.p.c., che concede al giudice la possibilità di disporre d'ufficio «la prova testimoniale formulandone i capitoli, quando le parti nella esposizione dei fatti si sono riferite a persone che appaiono in grado di conoscere la verità». Ne deriva – almeno secondo taluni: cfr. G. VERDE, *op. loc. ult. cit.* – che se il giudice può esercitare tale facoltà con riguardo alle prove neanche dedotte dalle parti, egli possa *a fortiori* esercitarla laddove la prova sia stata dedotta dalle parti. Va altresì ricordato che la Corte costituzionale, con ordinanza n. 69/2003, ha dichiarato l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale proprio dell'art. 281-ter c.p.c., avanzata denunciando l'irragionevolezza di una differente disciplina in materia di poteri istruttori nelle controversie decise dal giudice unico.

⁶⁴ G. VERDE, *op. loc. ult. cit.*, per il quale la formalità risponde solo ad esigenze di chiarezza al momento dell'interrogatorio; nello stesso senso P. DELLA VEDOVA, *Commento all'art. 244*, in L.P. COMOGGIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, III, 1, Torino, 2012, 1017. In giurisprudenza, un principio analogo è stato affermato con riguardo all'«indicazione delle prove della falsità» nell'ambito del giudizio di querela di falso (art. 221 c.p.c.): cfr. Cass. 3 febbraio 2001, n. 1537, in *Giur. it.*, 2001, 2030 ss., con nota adesiva di M.C. VANZ, *Querela di falso e prova della falsità: un'esatta distinzione*

Lo stesso discorso non può sicuramente valere per gli altri due requisiti prescritti, che per contro rappresentano presupposti indispensabili al raggiungimento dello scopo proprio della deduzione⁶⁵.

tra rigore e formalismo. Si v. poi R. CREVANI, *Commento all'art. 244 c.p.c.*, in M. TARUFFO (a cura di), *Istruzione probatoria*, Bologna, 2014, 637, ad avviso del quale devono ritenersi ammissibili quei capitoli di prova che, sulla base di una valutazione preventiva, non obbligano «il testimone a confermarne una parte (ossia uno o più fatti) ed a smentirne un'altra (ossia uno o più fatti diversi)».

⁶⁵ Non è così nel processo del lavoro, dove l'omessa indicazione dei testimoni viene definita dalla giurisprudenza come una mera irregolarità, sanabile nel corso del giudizio grazie al rimedio offerto dall'art. 421, 1° comma, c.p.c., che attribuisce al giudice il potere-dovere di concedere alle parti un termine per «sanare» le irregolarità. In questa prospettiva, nel rito del lavoro, l'incompletezza della deduzione della prova testimoniale non condurrebbe a dichiararne l'inammissibilità, poiché il giudice è tenuto ad indicare alla parte istante la riscontrata irregolarità, che allo stato non consente l'ammissione della prova, assegnandole un termine (perentorio) per porvi rimedio. In tal senso, Cass. 21 agosto 2004, n. 16529, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, 688, con nota di P. SOLE, *Sul delicato temperamento dei poteri istruttori del Giudice con le carenze probatorie delle parti, tra timori di parzialità e di violazione del principio del contraddittorio*; conf. Cass. 28 luglio 2010, n. 17649; Cass., sez. un., 13 gennaio 1997, n. 262, in *Giust. civ.*, 1997, I, 365 e in *Foro it.*, 1997, I, 1506; App. Bari 15 luglio 2010, n. 1963; *contra* Cass. 3 luglio 1992, n. 8124. A prescindere dalla condivisibilità di un simile orientamento, si dubita che il vizio in parola possa essere derubricato a semplice irregolarità, attesa la non surrogabilità dell'indicazione dei testi ai fini del raggiungimento dello scopo dell'atto di deduzione della prova. La questione, invero, pare orbitare attorno alla legittimità dell'utilizzo da parte del giudice dei propri poteri officiosi nel caso in cui la parte caduta in decadenze di natura istruttoria ben avrebbe potuto evitarle. Per rilievi critici in merito a questo orientamento

Pare corretto anzitutto premettere che il problema ha ragione di porsi con riferimento a quelle ipotesi in cui la carente indicazione dei testi o dei fatti non venga rimediata entro la seconda memoria dell'art. 183, 6° comma, c.p.c., che in forza del vigente regime preclusivo rappresenta, anche per le prove costituenti, la barriera ultima per impedire che i vizi della prova comportino decadenza dalla stessa⁶⁶. Nulla esclude pertanto che la parte indichi *in limine* le circostanze fattuali e successivamente i testimoni oppure viceversa; ancora, nulla esclude che la parte possa arricchire sino al suddetto termine la propria lista testimoniale ovvero i fatti (secondari) che costituiranno il *thema probandum*. Ciò comporta che il tema delle nullità di deduzione possa essere studiato in una prospettiva realmente patologica solamente in seguito al maturare delle preclusioni istruttorie, giacché prima è sempre possibile per la parte rimediare a deduzioni incomplete virtualmente invalide.

cfr. M. FORNACIARI, *Questioni controverse in tema di prova testimoniale*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, § 2; per una pronuncia recente che recepisce tali rilievi critici si v. Cass. 14 marzo 2014, n. 5950, in forza della quale «nel rito del lavoro, qualora la parte abbia, con l'atto introduttivo del giudizio, proposto capitoli di prova testimoniale [...] omettendo l'enunciazione delle generalità delle persone da interrogare, incorre nella decadenza della relativa istanza istruttoria, con la conseguenza che il giudice non può fissare un termine, ai sensi dell'art. 421 c.p.c., per sanare la carente formulazione».

⁶⁶ Con la precedente formulazione dell'art. 244 c.p.c., nel regime *ante* l. 353/1990, l'inammissibilità della prova per omessa indicazione dei nominativi dei testimoni non era automatica, ma legata al mancato esercizio del potere, puramente discrezionale ed insindacabile, del giudice istruttore di assegnare alla parte un termine perentorio per integrare la formulazione difettosa. Per un'applicazione nella prassi cfr. Cass. 27 marzo 2007, n. 7508.

Sull'argomento, in giurisprudenza, si assiste per lo più a generiche dichiarazioni, in virtù delle quali le «nullità previste dall'art. 244 c.p.c. tutelano l'interesse privato delle parti al corretto svolgimento del processo e non già l'ordine pubblico processuale, sicché non possono essere rilevate d'ufficio dal giudice, né dedotte nei successivi gradi di giudizio dalla parte che, anche implicitamente, abbia fatto acquiescenza alla assunzione del mezzo istruttorio⁶⁷». Tale regime si pone in linea con l'orientamento della Suprema Corte che tende ormai, spesso invero in modo generico e poco approfondito, a sancire la nullità relativa dei vizi attinenti alle formalità di deduzione⁶⁸. La dottrina prevalente, dal canto suo, sostiene la rilevabilità d'ufficio di tali vizi, essendo l'indicazione specifica di fatti e testimoni preordinata ad una adeguata valutazione da parte del giudice circa la rilevanza e l'ammissibilità della prova, nonché a salvaguardare il contraddittorio, mettendo l'avversario nelle condizioni di dedurre prova contraria ed eccepire a sua volta l'irrilevanza e l'inammissibilità della prova stessa⁶⁹.

⁶⁷ Così Cass. 10 ottobre 2014, n. 21395; nello stesso senso Cass. 18 dicembre 1998, n. 12687, in *Giust. civ.*, 1999, I, 2067, con nota di F. AULETTA, *Sulla sanatoria delle nullità relative alla prova testimoniale*; Cass. civ. 18 luglio 2008, n. 19942, per l'ulteriore puntualizzazione che i vizi relativi alle modalità di espletamento della prova per testi non possono essere sollevati (nemmeno dal contumace) per la prima volta con i motivi dell'impugnazione che sia stata esperita avverso la sentenza definitiva del grado di giudizio in cui la nullità si è verificata.

⁶⁸ Cfr. Cass. 18 luglio 2008, n. 19942; Cass. 18 ottobre 2004, n. 20397; Cass. 2 agosto 2000, n. 1011; Cass. sez. un. 13 gennaio 1997, n. 264.

⁶⁹ A. DONDI, voce *Prova testimoniale nel processo civile*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XVI, Torino, 1997, 57; M. TARUFFO, voce *Prova testimoniale (diritto processuale civile)*, cit., 748; S.

Non sembra fuori luogo, tuttavia, offrire una diversa soluzione, differenziata in base alla circostanza che il vizio interessi l'indicazione dei testimoni ovvero dei fatti, non senza prima soffermarsi succintamente sulle situazioni potenzialmente idonee a generare le nullità in parola.

Quanto alla specificità nell'indicazione dei testimoni la questione va risolta senz'altro in base alla possibilità di individuare con assoluta certezza l'identità del terzo chiamato a testimoniare⁷⁰. Se tale è senza dubbio l'indicazione del nome e cognome del testimone – ma spesso vengono indicati, *ad abundantiam*, anche la residenza e talvolta i rapporti che il teste ha con le parti⁷¹ –

GIIBINO, *La prova testimoniale nel processo civile*, Napoli 1970, 130. L'opinione di tali Autori è stata abbracciata da sporadiche decisioni (cfr. Cass. civ. 11 settembre 1993, n. 9476; Cass. civ. 16 gennaio 1990, n. 161).

⁷⁰ Ad avviso della giurisprudenza unanime non è oltretutto necessario associare ogni teste ai capitoli di prova su cui verrà interrogato. In assenza di siffatto collegamento ogni teste potrà essere chiamato a rispondere su tutte le circostanze dedotte e capitolate (cfr. *ex multis* Cass. 22 luglio 2004, n. 13753); non è pertanto inammissibile la prova che difetti di tale specificazione.

⁷¹ Cfr. in questo senso M. FORNACIARI, *Questioni controverse in tema di prova testimoniale*, cit., § 3. Come evidenziato dall'A., se non residua alcun dubbio sulla facoltatività dell'indicazione della residenza, per ciò che concerne l'indicazione degli eventuali interessi in causa e dei rapporti con le parti potrebbe sottolinearsi la funzionalità di una simile indicazione alla difesa della controparte, che sarebbe così compiutamente messa in grado di eccepire eventuali inammissibilità della prova. Sembra tuttavia parimenti condivisibile il rilievo che, *de iure condito*, si tratta di una linea interpretativa difficilmente percorribile, alla luce del dettato normativo sia dello stesso art. 244 c.p.c., che non dispone in tal senso, sia dell'art. 252 c.p.c., che richiede al testimone di dichiarare le proprie generalità, gli eventuali rapporti di parentela con le parti nonché gli interessi nella causa.

non può escludersi e anzi va perlopiù consentita la c.d. individuazione indiretta, ovverosia l'indicazione della qualifica o del ruolo ricoperto dal terzo nell'ente di cui fa parte, a condizione beninteso che non permangano dubbi sul soggetto chiamato a testimoniare⁷².

In ordine alla natura della nullità in discorso s'impone una considerazione⁷³. Se l'incapacità del testimone *ex art. 246*

⁷² In dottrina, nel senso del testo, M. FORNACIARI, *op. loc. ult. cit.* In giurisprudenza cfr. Cass. 7 giugno 2003, n. 9150, che ha ritenuto sufficiente l'indicazione avvenuta indirettamente attraverso il riferimento alla funzione espletata nell'ufficio (nella fattispecie è stata ritenuta sufficiente l'indicazione del teste quale capo dell'ufficio sanitario delle Ferrovie dello Stato). *Contra* Cass. 17 gennaio 2002, n. 438, per la quale «non soddisfa i requisiti di specificità nell'articolazione della prova per testi [...] l'indicazione dei testi effettuata non attraverso la specificazione della generalità dei medesimi, ma per mezzo di un generico riferimento alla titolarità della funzione»; Pret. Bari 6 marzo 1997, in *Foro it.*, 1998, I, 1694, per la quale «l'indicazione specifica delle persone da interrogare non può ritenersi soddisfatta dall'indicazione, invece dei nomi dei testimoni, della loro qualifica ovvero delle mansioni lavorative svolte all'interno della società datrice di lavoro».

L'errata indicazione del nome (ma non, nella fattispecie, del cognome) può in concreto non comportare l'automatica nullità della deduzione. Sul punto cfr. Cass. 20 novembre 2013, n. 26058, secondo cui la designazione incompleta del nominativo del teste «è idonea ad arrecare un "vulnus" alla difesa e al contraddittorio solo se provochi in concreto la citazione e l'assunzione di un soggetto realmente diverso da quello previamente indicato, così da spiazzare l'aspettativa della controparte».

⁷³ Per il rilievo *ex officio* Cass. 11 settembre 1993, n. 9476; Cass. 16 gennaio 1990, n. 161; *contra* Cass. 17 dicembre 1986, n. 7641, in forza della quale la mancata indicazione specifica delle persone che la parte intende dedurre come testimoni implica una nullità non dettata da motivi di ordine pubblico attinenti al processo, ma posta nell'esclusivo interesse delle parti.

c.p.c. è intesa alla stregua di un limite non superabile dalla volontà (espressa o tacita) delle parti, allora non residuerebbero perplessità circa la rilevabilità officiosa dell'omessa o errata indicazione del nominativo del teste, in quanto tale indicazione sarebbe funzionale al vaglio di ammissibilità del giudice. Nondimeno, si è in precedenza riferito che la giurisprudenza adotta compatta una lettura della norma che ne valorizza, forse in modo un po' creativo, il dato privatistico. Così ragionando, non può certo dirsi che l'indicazione dei testimoni abbia il precipuo scopo di consentire al giudice l'eliminazione dei testimoni che non possono essere sentiti per legge, essendo a lui consentito provvedere in tal senso soltanto previa eccezione di parte. Anche l'ulteriore, ricordata, funzione della deduzione, *id est* la tutela del diritto di difesa della controparte, che si esplica attraverso la facoltà di controdedurre e di eccepire l'inammissibilità della prova, non autorizza il giudice a provvedere *ex officio*, poiché si tratta di ipotesi in cui la violazione del contraddittorio ben può essere rilevata dalla parte interessata. Per avvalorare la tesi del rilievo officioso potrebbe allora dirsi che l'inattività della parte precluderebbe al giudice l'esercizio di quell'ulteriore potere disciplinato dall'art. 245 c.p.c., vale a dire la riduzione delle liste testimoniali. Si tratta per verità di argomento piuttosto debole, perché nulla osta a che il giudice segnali un numero massimo di persone che intende sentire su una determinata circostanza, come peraltro spesso avviene nella prassi forense nel caso in cui i testi indicati dalle parti siano in palese sovrannumero. Se la nullità è assoggettata dunque al rilievo della parte, resta da capire cosa debba intendersi con «prima istanza o difesa successiva al verificarsi della nullità o alla

conoscenza che la parte abbia avuto di essa»⁷⁴. Se la nullità, come detto, può dirsi effettiva con la seconda memoria di cui all'art. 183, 6° comma, c.p.c., ovvero con la terza memoria per ciò che concerne le testimonianze dedotte a prova contraria, può ipotizzarsi la tempestività dell'eccezione formulata vuoi nella terza memoria, vuoi nella stessa udienza deputata all'assunzione della prova.

Quanto alla specificità nell'indicazione dei fatti, la giurisprudenza ritiene che essa risulti soddisfatta quando dai fatti dedotti siano messi in luce gli elementi essenziali di tempo, luogo e svolgimento, essendo rimessa l'eventuale precisazione dei *dettagli* all'iniziativa della parte o del giudice, in sede di assunzione della prova⁷⁵, stante comunque la necessità che i fatti siano *univocamente collocati nel tempo e nello spazio*⁷⁶.

Sembra corretto ritenere che la mancata o difettosa deduzione specifica dei fatti oggetto di testimonianza sia soggetta al rilievo del giudice. Difatti, la specificazione dei fatti dedotti non ha soltanto la funzione di mettere la controparte nella condizione di dedurre prova contraria – se così fosse sarebbe corretto affidare alla parte il rilievo di

⁷⁴ Cfr. Cass. 28 maggio 2003, n. 8531, secondo cui i vizi sarebbero deducibili nella prima udienza successiva a quella in cui si sono verificati solamente in caso di assenza della parte interessata ad opporre la nullità. Quando invece l'atto istruttorio è stato compiuto senza l'opposizione di detta parte che ha assistito all'escussione, la nullità, ove esistente, deve considerarsi sanata.

⁷⁵ *Ex multis* Cass. 12 ottobre 2011, n. 20997; Cass. 28 agosto 2003, n. 12642. In senso critico cfr. M. TARUFFO, *Rilevanza e specificità dei fatti nella deduzione della prova testimoniale*, in *Riv. dir. proc.*, 1970, 693.

⁷⁶ In argomento M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 694; M. MONTANARI, *Commento all'art. 244*, in C. CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile*, I, Milano, 2013, 2534. In giurisprudenza cfr. Cass. 22 aprile 2009, n. 9547; Cass. 19 maggio 2006, n. 11844.

tale nullità – ma anche di porre il giudice nella condizione di valutare la *rilevanza* della prova. Come è stato osservato, il rapporto funzionale che lega l’indicazione specifica dei fatti al giudizio di rilevanza della prova è così intenso che l’indicazione specifica dei fatti finisce per identificarsi con il giudizio di rilevanza: quest’ultimo non potrebbe essere compiutamente formulato in assenza di una specifica indicazione dei fatti. «L’indicazione è specifica quando, vertendo su circostanze attinenti all’oggetto dell’accertamento, definisce fatti la cui conoscenza appare al giudice, in via di valutazione ipotetica, idonea ad influire sull’accertamento stesso, e quindi sulla decisione⁷⁷». Ne deriva l’inammissibilità della

⁷⁷ M. TARUFFO, *Rilevanza e specificità dei fatti nella deduzione della prova testimoniale*, cit., 697; «per contro la prova può apparire irrilevante per due motivi: perché il fatto sul quale è dedotta non ha alcuna attinenza con l’oggetto della lite, o perché, pur vertendo su un fatto che potrebbe riguardare tale oggetto, il suo tema specifico, così come formulato dalla parte, è costituito da circostanze che, anche qualora fossero provate, non avrebbero in concreto alcuna influenza sulla decisione»; ID., voce *Prova testimoniale (dir. proc. civ.)*, cit., 748: l’indicazione appare specifica se «consente al giudice di stabilire, in relazione al particolare *thema probandum* della lite, se i fatti indicati ad oggetto della prova sono rilevanti ai fini della decisione; per contro, non è specifica l’indicazione che non consenta al giudice di formulare questa valutazione». L’A. rileva al contempo come l’indicazione specifica che soddisfa l’esigenza del giudice è altresì idonea a soddisfare l’interesse difensivo della parte; nello stesso verso A. DONDI, voce *Prova testimoniale nel processo civile*, cit., 57. In questo senso può probabilmente esser letta Cass. 31 gennaio 2007, n. 2201, secondo cui la specificazione dei fatti da dedurre «ha il duplice scopo di consentire all’avversario di formulare i capitoli di prova contraria indicando i propri testimoni e di dare modo al giudice di valutare se la prova richiesta sia concludente e pertinente; sicché, specie in relazione a tale ultimo scopo, la norma

prova testimoniale dedotta su fatti non individuati in maniera sufficientemente specifica e ciò non tanto perché viziata di nullità⁷⁸, quanto piuttosto perché trattasi della deduzione di una prova irrilevante. Per tale ragione sembra più opportuno discorrere di rilevabilità ufficiosa del vizio e sancire l'inutilizzabilità della prova ugualmente assunta⁷⁹, considerato peraltro che al giudice non è dato agire sui capitoli di prova al fine di sopperire alla formulazione difettosa della parte, in violazione del principio dispositivo⁸⁰.

stessa deve considerarsi di carattere cogente, con la conseguenza che la sua inosservanza, da parte di chi propone la prova, determina l'inammissibilità del mezzo istruttorio e, se questo venga erroneamente ammesso ed espletato, deve considerarsi invalido e il giudice non può tenerne alcun conto». Cfr. *infra* per l'impossibilità di servirsi del rimedio offerto dall'art. 253 c.p.c. per specificare meglio i fatti.

⁷⁸ In questo senso cfr. invece G. LASERRA, *Osservazioni sul capitolato testimoniale*, in *Giur. it.*, 1959, I, 1, 46 ss.

⁷⁹ M. TARUFFO, *Rilevanza e specificità dei fatti nella deduzione della prova testimoniale*, cit., 690; A. DONDI, voce *Prova testimoniale nel processo civile*, cit., 57; R. CREVANI, *Commento all'art. 244*, cit., 635. Per un'opinione contraria cfr. P. DELLA VEDOVA, *Commento all'art. 244*, cit., 1020, per il quale la prova testimoniale assunta nonostante l'assoluta genericità nell'indicazione del fatto «può avere una qualche utilità, soprattutto se, in relazione ad altri risultati di natura istruttoria, possa condurre alla decisione della controversia».

⁸⁰ Si v. Cass. 7 giugno 2011, n. 12292, che ha negato l'ammissibilità dell'interrogatorio formale e della prova testimoniale vertenti su tutto il contenuto della comparsa di risposta, negando altresì al giudice la possibilità «di estrapolare egli stesso [...] capitoli di prova (tramite una c.d. lettura estrapolativa nell'atto di parte), contrastandovi il principio della disponibilità della prova»; Cass. 27 marzo 2007, n. 7508; Cass. 4 marzo 2000, n. 2446.

Anche con riguardo alle modalità di deduzione dell'interrogatorio formale, l'art. 230 c.p.c. richiede la deduzione «per articoli separati e specifici». Non solo è insufficiente un richiamo generico ai fatti di causa⁸¹, ma è necessario che l'indicazione assicuri il diritto di difesa della parte avversa e il giudizio di rilevanza giuridica dei fatti oggetto dell'interrogatorio⁸². È utile ricordare infatti che la formulazione deve necessariamente possedere il duplice verso (sfavorevole all'interrogato e favorevole al deferente) imposto dall'art. 2730 c.c.⁸³, in sintonia con la preferibile funzione da attribuire all'interrogatorio formale. Invero, un'ulteriore riprova in questo senso sembra provenire proprio dalle modalità di deduzione: la formulazione in articoli separati e specifici e il correlato divieto, salvo specifiche eccezioni, in capo al giudice di rivolgere domande su fatti diversi da quelli capitolati, orientano l'interprete a ritenere che l'interrogatorio formale sia congegnato all'ottenimento di una *declaratio contra se*, asserzione che non può essere contraddetta dall'imprevedibilità degli esiti. A quest'ultimo riguardo non è sembrato un caso che l'istituto per converso

⁸¹ C. FERRI, voce *Interrogatorio I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XVII, Roma, 1989, 7. Anche in questo caso il giudice può chiarire ma non modificare i fatti dedotti dalle parti ed oggetto di interrogatorio formale.

⁸² Come già ricordato nel cap. II, § 3 non è sufficiente la mera rilevanza logica. Sul punto si rinvia dunque nuovamente a M. SEGATTI, *Commento all'art. 230*, in M. TARUFFO (a cura di), *Istruzione probatoria*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, Bologna, 2014, 526.

⁸³ Cfr. specialmente M. TARUFFO, voce *Interrogatorio*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., X, Torino, 1993, 59; *contra* R. VACCARELLA, voce *Interrogatorio delle parti*, in *End. dir.*, XXII, Milano, 1972, 371, il quale ritiene che l'interrogatorio formale sia ammissibile su qualunque fatto rilevante.

designato a chiarire le posizioni delle parti, l'interrogatorio libero, sia svincolato da specifiche modalità di deduzione e avvenga «liberamente sui fatti della causa»⁸⁴.

Per ciò che attiene al giuramento decisorio, la deduzione consta in un atto personale – non negoziale e non surrogabile dall'attività difensiva del procuratore (diversamente dalla deduzione della prova per testi e dell'interrogatorio), se non attraverso il conferimento di un mandato speciale – che prende il nome di deferimento⁸⁵ e può avere luogo tanto in forma orale quanto in forma scritta. In entrambi i casi la delazione deve essere sottoscritta dal deferente: se il deferimento avviene in forma orale la sottoscrizione verrà apposta al processo verbale; se il giuramento viene dedotto invece in forma scritta la delazione potrà essere contenuta in un atto redatto appositamente, contenente la sola firma del deferente, ovvero in un atto difensivo sottoscritto oltre che dal difensore anche dalla parte personalmente per la parte relativa alla delazione. L'omessa sottoscrizione della dichiarazione con la quale il deferente deferisce il giuramento «comporta la *nullità della delazione*, ma il giudice, quando la mancata sottoscrizione sia attribuibile ad omissione dell'ufficio nel curare la rituale formazione dell'atto, deve disporre la rinnovazione ai sensi dell'art. 162 c.p.c.⁸⁶». Va da sé che il rifiuto di sottoscrivere il

⁸⁴ Cfr. M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 61; G.F. RICCI, *Diritto processuale civile*, II, *Il processo di cognizione e le impugnazioni*, Torino, 2013, 123; M. SEGATTI, *Commento all'art. 231*, cit., 527.

⁸⁵ C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, II, *Il processo ordinario di cognizione*, cit., 281.

⁸⁶ Cfr. Cass. 21 dicembre 1993, n. 12619, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 1323, con nota di E. DALMOTTO, «*Discutere o giurare*» ed altre questioni. (A proposito di deferimento, ammissione e verbale del

verbale in cui è presente la delazione si traduce nel ritiro della delazione stessa; e ciò per l'ovvia considerazione che l'omessa sottoscrizione in questi casi non è imputabile all'ufficio, bensì alla volontà del deferente che non sottoscrivendo la delazione esprime una volontà contraria rispetto a quella iniziale⁸⁷.

In ordine alle modalità del deferimento l'art. 233 c.p.c. richiede, ancora una volta, la formulazione «in articoli separati, in modo chiaro e specifico». È inammissibile il deferimento formulato genericamente, non riferito a fatti specifici ma a un insieme di circostanze imprecisate. Possono qui essere richiamate talune specificazioni operate con riferimento all'atteggiarsi del fatto: a) la formula deve riprodurre la tesi difensiva del delato; b) la formula deve possedere carattere decisorio; c) nel giuramento *de scientia* la formula non deve ovviamente concernere la verità o falsità di un fatto, ma la conoscenza che il delato abbia circa la verità o falsità di un fatto⁸⁸; d) il riferimento, oltre ad avere quale presupposto l'ammissibilità del giuramento deferito, richiede che il fatto sia comune ad entrambe le parti (art. 2739, 2° comma, c.c.); e) a ciò si aggiunga che il riferimento non è più possibile nel caso in cui la parte abbia dichiarato di essere pronta a giurare (art. 234 c.p.c.) ovvero abbia

giuramento decisorio); nello stesso senso Cass. 29 novembre 1985, n. 5918.

⁸⁷ Come si vedrà (cfr. *infra* § 7), a diversa soluzione interpretativa deve giungersi per quanto riguarda il rifiuto da parte del delato di sottoscrivere il processo verbale relativo all'avvenuta prestazione del giuramento.

⁸⁸ Si v. *ex plurimis* Cass. 4 maggio 1993, n. 5163.

rifiutato di prestare giuramento o non si sia presentata all'udienza senza giustificato motivo⁸⁹.

Veniamo infine alla figura del consulente tecnico. È noto come il codice ponga l'accento sul piano soggettivo, valorizzando la figura del consulente tecnico quale ausiliario del giudice⁹⁰.

⁸⁹ Cfr. sul punto M. MONTANARI, *Commento all'art. 234*, in C. CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile*, cit., 2507. In caso di riferimento del giuramento si discute peraltro – essendo pacifico che il giuramento *de scientia* possa attraverso il riferimento tramutarsi in giuramento *de veritate* – se il giuramento deferito *de veritate* possa assumere la veste di giuramento *de scientia* (in senso positivo si orientano F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, *Il processo di cognizione*, Milano, 2015, 165; G. BALENA, voce *Giuramento*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., IX, Torino, 1993, 112; C. GAMBA, *I giuramenti*, in M. TARUFFO (a cura di), *La prova nel processo civile*, Milano, 2012, 464). Diversa questione è quella relativa alla rinuncia al giuramento, che deve essere formulata da una parte e accettata dall'avversario e non è preclusa dalla dichiarazione di essere pronti a giurare.

⁹⁰ Non ci si sofferma sulle questioni, perlopiù marginali, relative alla nullità o meno delle attività svolte dal consulente straniero (contrario alla nullità M. VELLANI, voce *Consulenza tecnica nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., III, Torino, 1988, 528; per la nullità, invece, E. PROTETTI-M.T. PROTETTI, *La consulenza tecnica nel processo civile*, Milano, 1994, 33), dal soggetto interdetto dai pubblici uffici ovvero radiato dall'albo professionale o sospeso dall'esercizio della professione o dell'arte (favorevole M. VELLANI, *op. loc. ult. cit.*; per l'astratta sostenibilità di entrambe le tesi cfr. M. ROSSETTI, *Il C.T.U. («l'occhiale del giudice»)*, Milano, 2012, 226, 227), dai soggetti interdetti o inabilitati (in senso contrario alla validità della consulenza, argomentando dall'impossibilità per tali soggetti di prestare il giuramento richiesto dalla legge, M. VELLANI, *op. loc. ult. cit.*), dal c.t.u. che non ha rispettato l'obbligo di astenersi (sulla questione cfr. Cass. 9 aprile 1971, n. 1054, per la quale non sussiste la nullità della consulenza ciononostante espletata; nella specie il motivo di

Generalmente la scelta del giudice ricade su un perito iscritto all'albo dei consulenti⁹¹. L'iscrizione all'albo, presente in ogni tribunale e suddiviso per categorie (delle quali alcune necessarie e altre non necessarie, come attesta l'art. 13 disp. att. c.p.c.), è condizionata alla verifica di una speciale competenza tecnica, della condotta morale specchiata e dell'iscrizione nelle rispettive categorie professionali dell'esperto. A prescindere dalle perplessità espresse da più voci sulla garanzia offerta da tale sistema in ordine alla competenza dei soggetti chiamati ad adiuvarne il giudice, va da sé che nessuna censura di nullità potrebbe essere avanzata nei confronti del consulente iscritto all'albo.

La scelta tra soggetti iscritti nell'albo del tribunale viene delineata dal codice come la regola, tanto che sia l'art. 22 disp. att. c.p.c. sia l'art. 61, 2° comma, c.p.c. adoperano l'avverbio *normalmente* per indicare la frequenza con la quale il giudice deve ricorrere agli esperti iscritti all'albo. È tuttavia il medesimo art. 22 disp. att. c.p.c. a contemplare – in maniera opportuna, poiché sarebbe poco apprezzabile costringere il giudice alla scelta di un soggetto rientrante nelle categorie professionali dell'albo anche quando, per ipotesi, si renda necessario l'apporto di un esperto qualificato su materia diversa – una deroga al regime ordinario allorché consente al giudice istruttore di conferire l'incarico peritale a un consulente iscritto nell'albo di un altro tribunale ovvero a persona non iscritta

astensione era determinato da una condanna per un reato commesso in danno di un terzo).

⁹¹ S. LA CHINA, *Diritto processuale civile. Le disposizioni generali*, cit., 753 ritiene che la consulenza tecnica svolta da un perito non iscritto all'albo o iscritto ad un albo differente rispetto a quello cui si riferiscono le indagini affidategli integri la carenza di un vizio extraformale per difetto di legittimazione a compiere l'atto.

in alcun albo. Tale deroga è soggetta tuttavia a un duplice onere: da un lato il giudice deve sentire il presidente del tribunale e su altro versante deve indicare nel provvedimento i motivi della sua scelta⁹².

Occorre preliminarmente osservare che, nonostante la legge imponga l'obbligo di sentire il presidente, a rigore l'ottemperanza consta semplicemente nel *sentire* il presidente e non già in un riscontro positivo⁹³.

Premesso ciò, in quest'ambito si registra un orientamento sin troppo indulgente della giurisprudenza, fondato sul postulato che le norme riservate alla scelta del consulente tecnico hanno natura e finalità direttive, tese a facilitare – non a disciplinare e limitare – la scelta del consulente, scelta riservata all'apprezzamento discrezionale del giudice e non sindacabile in sede di legittimità⁹⁴. Schermandosi dietro il carattere ordinatorio delle norme

⁹² Cfr. E. PROTETTI-M.T. PROTETTI, *La consulenza tecnica nel processo civile*, cit., 32, per la considerazione che l'istituzione di un formale albo di consulenti tecnici sia ispirata, nell'intenzione del legislatore, semplicemente ad agevolare il giudice nella scelta del proprio ausiliare tecnico.

⁹³ V. ANSANELLI, *Problemi di corretta utilizzazione della prova scientifica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 1346 sottolinea l'evanescenza della norma anche in virtù del fatto che la giurisprudenza non richiede di esplicitare nel provvedimento di nomina del consulente il parere del presidente, circostanza che rende impossibile sapere se tale parere sia stato richiesto o meno.

⁹⁴ Cass. 14 maggio 2012, n. 7452, in *Giust. civ.*, 2012, 2034, per la quale «la verifica della concreta qualificazione dell'esperto a rendere la consulenza è compito esclusivo del giudice di merito»; nello stesso senso si v. Cass. 6 luglio 2011, n. 14906; Cass. 30 marzo 2010, n. 7622; Cass. 24 gennaio 1986, n. 481; Cass. 10 febbraio 1983, n. 1074. In dottrina C.M. BARONE, voce *Consulente tecnico I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, 3.

sulla scelta del consulente la giurisprudenza ha sostanzialmente sottratto alle parti ogni forma di controllo in ordine alla selezione operata del giudice, svuotando peraltro di significato le garanzie della previa audizione del presidente⁹⁵ e, soprattutto, di una (pur succinta) motivazione della scelta compiuta⁹⁶.

In questa prospettiva, non può che giungersi all'esclusione di ogni tipo di nullità, e infatti la giurisprudenza convalida ogni scelta operata dal giudice, a prescindere dalla circostanza che il consulente sia iscritto all'albo di un altro tribunale, non iscritto in alcun albo⁹⁷, ovvero non possieda qualifiche professionali compatibili con l'incarico ricevuto⁹⁸. In quest'ultimo senso si è arrivati a statuire che la decisione di affidare l'incarico ad un professionista iscritto ad un albo diverso rispetto a quello competente per la materia a cui si riferisce la consulenza, ovvero non iscritto in alcun albo professionale, non è motivo di nullità e non richiede specifica motivazione (nel caso specifico si trattava della decisione di affidare ad un geometra operazioni peritali di competenza dei consulenti iscritti all'albo degli ingegneri⁹⁹). In buona sostanza, la scelta

⁹⁵ Per la non cogenza dell'art. 22, 2° comma, disp. att. c.p.c. nella parte in cui prescrive al giudice di sentire il presidente e indicare nel provvedimento i motivi della scelta, cfr. Cass. 24 novembre 1987, n. 8676; Cass. 8 ottobre 1974, n. 2923.

⁹⁶ Cass. 17 ottobre 1974, n. 2908; Cass. 28 gennaio 1985, n. 453.

⁹⁷ Si v. le pronunce citate nella nota precedente e, in dottrina, E. PROTETTI-M.T. PROTETTI, *La consulenza tecnica nel processo civile*, cit., 32.

⁹⁸ Cass. 29 gennaio 1998, n. 889.

⁹⁹ Cass. 12 marzo 2010, n. 6050. In senso contrario Cass. 12 novembre 2007, n. 23504, che ammette implicitamente la nullità della consulenza tecnica espletata da un geometra su costruzioni di cui non poteva occuparsi secondo la legge professionale di

operata dal giudice sarebbe condizione necessaria e sufficiente della competenza del tecnico¹⁰⁰, rendendo insindacabilmente esperti anche i consulenti impreparati. Così ragionando, l'unica garanzia rimarrebbe quella sul terreno pratico: la *specificata competenza tecnica* verrebbe messa alla prova e vagliata *ex post* attraverso la verifica della correttezza e coerenza del ragionamento scientifico e del percorso motivazionale a sostegno della relazione; di talché le eventuali inesperienza e incompetenze emergerebbero in ogni caso nella contraddittorietà o insufficienza della relazione peritale. Tuttavia, questa ricostruzione, se può reggere in linea teorica, sul piano pratico sconta un eccessivo ottimismo, se solo si pensa alle (crescenti) difficoltà di coprire la distanza tra la scienza volgare del giudice e quella specialistica del consulente, e dunque all'astrattezza della regola che vuole il giudice *peritus peritorum*¹⁰¹.

riferimento (nel caso specifico tuttavia la Corte afferma l'avvenuta sanatoria della nullità stessa, stante il suo carattere relativo).

¹⁰⁰ V. ANSANELLI, *La consulenza tecnica*, in M. TARUFFO (a cura di), *La prova nel processo civile*, Milano, 2012, 1028. In senso critico v. anche G. VERDE, *Prove nuove*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, § 10, che denuncia l'eccessiva discrezionalità di cui gode il giudice nella scelta del consulente tecnico e l'urgenza di una riforma tesa da un lato a dettare regole più severe per l'iscrizione all'albo dei consulenti e dall'altro a fornire alle parti la possibilità di interloquire sulla nomina del perito.

¹⁰¹ In questo senso è difficile negare che la valutazione di attendibilità del consulente tecnico sia (*rectius* debba essere) in massima parte preventiva: M. TARUFFO, *La prova scientifica nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 1108 ss.; V. ANSANELLI, *La consulenza tecnica nel processo civile. Problemi e funzionalità*, Milano, 2011, 282, 283; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2014, 435; da ultimo si v. anche G. ZACCARIA, *La professionalità del consulente: una scelta del*

Appaiono in questo senso fondate le perplessità espresse da attenta dottrina che ha messo in luce come attualmente

giudice, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, § 4: «Appurato come al giudice risulti pressoché difficile svolgere un compiuto sindacato sulla correttezza di risultati probatori raggiunti mediante cognizioni scientifiche che non ha mai posseduto, in quanto vi è ricorso allo scopo di sopperire a una sua lacuna culturale, è necessario spostare la valutazione giudiziale sulla c.t.u. in un momento anteriore rispetto al suo espletamento, affinché la inevitabile soggezione specialistica del magistrato sia controllata, o quantomeno dovuta a scienze propriamente definibili come tali. In tale ottica, il *proprium* della valutazione giudiziale sulla consulenza tecnica consisterebbe non tanto nella valutazione dell'elaborato peritale, quanto piuttosto nella selezione della corretta professionalità dell'esperto, e quindi nella nomina di una persona che possieda qualificate competenze, in modo tale che si possa ragionevolmente attendere un apporto scientifico affidabile da parte di costui».

Per altro verso l'indirizzo criticato desta ulteriori perplessità anche alla luce di quell'orientamento giurisprudenziale che non richiede al giudice una motivazione autonoma ma si accontenta di una motivazione *per relationem* nel caso in cui decida di aderire alle conclusioni ottenute dal c.t.u. (in senso critico si v. per tutti C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, cit., 346). Occorre tuttavia precisare che, nel caso in cui le parti abbiano censurato l'attività peritale, la giurisprudenza maggioritaria si accontenta di una motivazione *per relationem* soltanto laddove le critiche avanzate dalle parti siano inesistenti ovvero generiche e non particolareggiate (Cass. 10 maggio 1976, n. 1642), esigendo per converso, al fine di non incorrere in un vizio di motivazione della sentenza, che il giudice si soffermi sulle critiche puntuali operate dalle parti alla relazione (Cass. 24 aprile 2008, n. 10688; Cass. 6 settembre 2007, n. 18688; Cass. 21 febbraio 1995, n. 1863; Cass. 26 febbraio 1979, n. 1255; in argomento v. M. RUSSO, *Note sull'obbligo del giudice di motivare le ragioni che lo hanno indotto ad aderire alle conclusioni del consulente tecnico d'ufficio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 993).

una scelta ponderata e dibattuta con le parti¹⁰² rappresenti un passaggio irrinunciabile per garantire (non solo la preparazione del consulente ma anche) l'attendibilità dei risultati peritali. Con il progresso scientifico e la parcellizzazione del sapere¹⁰³ il momento della valutazione della competenza del consulente si rivela invero «uno dei pochi strumenti a disposizione del giudice per controllare l'affidabilità probatoria delle informazioni tecnico scientifiche utilizzate nel processo», nonché una fra le

¹⁰² Cfr. F. AULETTA, *La prova scientifica: diritto, epistemologia, strumenti d'acquisizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 473, 474.

¹⁰³ Per questo aspetto cfr. P. BIAVATI, *Argomenti di diritto processuale civile*, Bologna, 2013, 339, che definisce il giudice al cospetto della prova scientifica un «volenteroso dilettante». In questo senso è concreto il rischio di configurare per assurdo il giudice quale *servus peritorum* (cfr. C. GRAZIOSI, *Il giudice davanti alla consulenza come prova scientifica: peritus peritorum o servus peritorum?*, in *Resp. civ.*, 2005, 4).

Una questione correlata è poi quella relativa alla necessità di nominare un consulente laddove il giudice si ritenga in possesso del sapere tecnico utile alla risoluzione della *quaestio facti*. Sul punto sono da disapprovare arresti come quello di Cass. 26 giugno 2007, n. 14759, in virtù della quale «il giudice di merito, per la soluzione di questioni di natura tecnica o scientifica, non ha alcun obbligo di nominare un consulente d'ufficio, ma può ben fare ricorso alle conoscenze specialistiche che abbia acquisito direttamente attraverso studi o ricerche personali». In questi casi infatti risulta palese il rischio insito nel demandare al giudice un'autovalutazione della propria preparazione extragiuridica per decidere se chiedere o meno l'ausilio di un consulente. Come è stato efficacemente osservato il rischio sarebbe quello di improvvisarsi «apprendista stregone» (l'espressione è di M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano, 1992, 309).

«principali garanzie di plausibile fondatezza dei risultati raggiunti¹⁰⁴».

Pertanto, si ritiene pienamente condivisibile l'opinione che rimarca l'assoluta rilevanza (verrebbe da dire in misura assai maggiore, seppur con i necessari adattamenti, rispetto alla testimonianza ove, nonostante il giudice sia chiamato a operare in un campo di valutazione della prova a lui più congeniale, resiste una norma come l'art. 246 c.p.c.) del «rispetto delle regole (anche nella scelta del consulente) del procedimento e del contraddittorio, perché in esse risiede la principale, o forse la sola vera, garanzia di esattezza dei risultati della consulenza tecnica»¹⁰⁵.

A ciò si aggiungano le ulteriori ragioni pratiche legate all'inutile dispendio di attività e alla correlata esigenza di rinnovazione della consulenza, in dispregio del canone della ragionevole durata del processo, ovvero al trascinarsi di contestazioni in merito al *modus procedendi* e ai risultati evidenziati dalla perizia, che per converso la professionalità e l'autorevolezza del consulente tendono (non certo a spegnere ma sicuramente) a stemperare¹⁰⁶.

Per di più non è del tutto estraneo al codice di rito un certo, seppur assai generico, rigore per l'iscrizione all'albo dei consulenti, se si pensa che l'art. 15 disp. att. c.p.c. richiede non soltanto che il consulente sia iscritto all'albo professionale di riferimento ma che sia altresì dotato – oltre che di una condotta morale specchiata – di una *speciale competenza tecnica* (espressione che fa il paio

¹⁰⁴ V. ANSANELLI, *La consulenza tecnica nel processo civile. Problemi e funzionalità*, cit., 234; ID., *La consulenza tecnica*, in M. TARUFFO (a cura di), *La prova nel processo civile*, cit., 1029.

¹⁰⁵ Così A. PROTO PISANI, *Diritto processuale civile*, cit., 436.

¹⁰⁶ Per queste osservazioni, M. ROSSETTI, *op. cit.*, 15, 16.

con la *particolare competenza tecnica* di cui all'art. 61 c.p.c.).

In definitiva, e alla luce dei brevi rilievi svolti, occorrerebbe, in assoluta disarmonia rispetto all'attuale tendenza giurisprudenziale, qualificare le deviazioni dal modello legale (che invero richiederebbe maggior precisione descrittiva nel prospettare i titoli o le esperienze che consentono di raggiungere la *speciale competenza tecnica*) quali vere e proprie nullità, autorizzando le parti a contestare il profilo scientifico del consulente, attraverso, evidentemente, un raffronto tra le qualifiche possedute e i quesiti posti dal giudice¹⁰⁷. Si tratterebbe, beninteso, di nullità che la parte è chiamata a far valere immediatamente, nell'udienza di nomina del consulente o a tutto concedere in quella successiva fissata per la sua comparizione¹⁰⁸; ciò si chiarisce perché sarebbe in effetti assai agevole per il difensore non censurare l'inadeguatezza del consulente per poi eventualmente farlo successivamente e in virtù di una relazione sfavorevole al proprio assistito. Ciò detto, non è escluso, naturalmente, che il giudice rinnovi la consulenza ove non sia persuaso dal metodo d'indagine utilizzato o dai risultati raggiunti.

Maggiormente condivisibile è invece l'indirizzo che non considera motivo di nullità della consulenza la circostanza che il perito si avvalga, in assenza di una espressa autorizzazione del giudice e di una nomina formale, dell'opera di esperti esterni, ossia di altri professionisti, meri ausiliari ovvero specialisti di altri settori, al fine di acquisire, mediante gli opportuni e necessari sussidi tecnici, tutti gli elementi di giudizio utili a rispondere ai

¹⁰⁷ Per la nullità M. ROSSETTI, *op. cit.*, 15.

¹⁰⁸ A. PROTO PISANI, *Diritto processuale civile*, cit., 437 preferisce configurare le nullità in parola quali nullità assolute.

quesiti peritali. Questa ipotesi va tenuta distinta da quella in cui il giudice, valutata la sussistenza della grave necessità di cui parla l'art. 191 c.p.c., di sua iniziativa ovvero sollecitato dalle parti o dal consulente stesso già nominato, nomina più consulenti: in questo caso, infatti, non avremo plurime frazioni di un'unica consulenza, ma più consulenze, con più giuramenti e con un compenso liquidato in via diretta dal giudice e non corrisposto dal c.t.u. Nei casi in cui invece il consulente si avvalga *sua sponte* di collaboratori scelti, la giurisprudenza ritiene, per supplire all'assenza della formale autorizzazione del giudice e del giuramento (il perito riceve l'incarico direttamente dal consulente nominato), che il consulente nominato sia pur sempre autorizzato a muoversi nell'ambito di una propria discrezionalità professionale, rimanendo peraltro l'unico responsabile della relazione. D'altro canto, come contraltare a tale margine di autonomia, si richiede che il consulente abbia valutato e fatte proprie le conclusioni dell'esperto¹⁰⁹ e in ogni caso si «assuma la responsabilità morale e scientifica dell'accertamento e delle conclusioni raggiunte dal collaboratore»¹¹⁰. In quest'ottica va negata la nullità della

¹⁰⁹ Efficace la motivazione di Cass. 8 luglio 1983, n. 4628: rileva unicamente che il consulente «valuti le risultanze delle indagini compiute da terzi, facendole proprie o sottoponendole ad elaborazione critica nel contesto della relazione, e utilizzandole perciò come fonti strumentali del proprio accertamento e non come fonti del proprio convincimento diretto».

¹¹⁰ Cass. 15 luglio 2009, n. 16471; Cass. 29 marzo 2006, n. 7243; Cass. 30 marzo 2006, n. 7499; Cass. 15 giugno 1999, n. 5921; Cass. 21 aprile 1976, n. 1426. In dottrina M. VELLANI, voce *Consulenza tecnica nel diritto processuale civile*, cit., 532; E. PROTETTI- M.T. PROTETTI, *La consulenza tecnica nel processo civile*, cit., 62 ss., ove si sottolinea la necessità che il consulente

frazione della consulenza tecnica non eseguita direttamente dal consulente nominato ma da costui delegata ad un collaboratore che lo abbia sostituito nello svolgimento di una parte delle operazioni, a condizione beninteso che il contraddittorio sia comunque rispettato¹¹¹. Ciò premesso, non è in ogni caso possibile abusare della delega delle funzioni peritali. La scelta di servirsi di ulteriori professionisti, non formalmente nominati dal giudice, ma scelti dal consulente, va dunque correttamente circoscritta. In particolare non è possibile delegare a soggetti terzi le funzioni peritali ove il consulente sia stato scelto in virtù delle sue specifiche competenze tecniche¹¹²: se la nomina è caduta su un determinato professionista in ragione del suo bagaglio conoscitivo e professionale – mutuando un termine negoziale si potrebbe dire che l’incarico è avvenuto *intuitu personae* – non è opportuno delegare le funzioni peritali ad altri esperti; parimenti non può essere consentita una delega di funzioni integrale da parte del consulente nominato a uno o più soggetti terzi: ciò si risolverebbe in una indebita supplenza dell’incarico ricevuto¹¹³.

faccia proprio il lavoro del collaboratore, che non può essere ritenuto responsabile degli accertamenti e delle indagini compiute; V. ANSANELLI, *Commento all’art. 194*, in M. TARUFFO (a cura di), *Istruzione probatoria*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, cit., 60, 61.

¹¹¹ Cass. 8 giugno 2007, n. 13428.

¹¹² In questo senso, recentemente, C. GAMBA, *La consulenza tecnica nel processo civile tra principio del contraddittorio e regole processuali. Problemi applicativi*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, § 3.

¹¹³ In questo senso, in modo condivisibile, Cass. 11 ottobre 2006, n. 21728, per la quale è illegittima la «traslazione dell’incarico giudiziario del perito d’ufficio allo specialista»; è necessario che il consulente sviluppi autonome considerazioni, onde evitare che

In definitiva, come pure è stato sottolineato, la delega di funzioni deve consentire da un lato la riconducibilità dell'elaborato finale al consulente tecnico nominato dal giudice, il quale non può ridursi a confermare in modo acritico e inconsapevole le relazioni redatte da altri soggetti; dall'altro lato, il collaboratore deve pur sempre muoversi ed operare nel quadro delle garanzie delle parti, le quali devono essere poste nella condizione sia di partecipare alle operazioni peritali delegate sia di avanzare osservazioni sull'operato del collaboratore¹¹⁴.

4. La deformalizzazione delle formule d'impegno. Il giuramento come atto prodromico all'assunzione della testimonianza e all'espletamento della consulenza tecnica. Rilievi sui vizi di assunzione delle prove costituenti. I vizi relativi alla formula giuratoria come prova legale.

Nel processo può essere richiesta la collaborazione di un terzo al fine di accertare la verità dei fatti. L'attendibilità dell'apporto conoscitivo e/o scientifico di tali soggetti viene rafforzata attraverso il giuramento, che nel tempo ha assunto contenuti laici e funge da atto prodromico sia all'assunzione della testimonianza, sia all'espletamento della consulenza tecnica. La giurisprudenza è schierata con voce pressoché unanime a sostegno della validità della testimonianza e della consulenza non precedute dal giuramento.

l'operato dello specialista non nominato risulti integralmente sostitutivo dell'incarico del consulente.

¹¹⁴ Per queste considerazioni cfr. C. GAMBA, *op. loc. ult. cit.*

Anzitutto, si ritiene che la mancata prestazione del giuramento prescritto dall'art. 251 c.p.c. non comporti la nullità della prova testimoniale¹¹⁵. Nelle massime giurisprudenziali questa conclusione è perlopiù avvalorata dal (non dirimente) principio di tassatività delle nullità processuali – la legge nel prescrivere la formula d'impegno non disciplina alcuna nullità in caso d'omissione – e soprattutto dalla circostanza, invero non meglio giustificata, che la formula d'impegno non rappresenta un requisito indispensabile ai fini del raggiungimento dello scopo. Individuare lo scopo della prestazione del giuramento non si risolve in un'operazione del tutto immediata. Si potrebbe pensare che l'obiettivo sia quello, riprendendo la prima parte della formula forgiata dalla Corte costituzionale, di rendere edotto il teste circa la responsabilità morale e giuridica che assume con la sua deposizione. D'altro canto, va rilevato in senso contrario che l'omessa prestazione del giuramento non rappresenta una condizione impediente rispetto alla configurazione del delitto di falsa testimonianza. L'art. 372 c.p. non condiziona infatti la sussistenza del reato di falsa testimonianza alla prestazione del giuramento¹¹⁶;

¹¹⁵ Cfr. *ex multis* Cass. 20 marzo 2009, n. 6901, in *Dir. prat. lav.*, 2009, 1918; Cass. 24 ottobre 2007, n. 22330, in *Foro it.*, 2008, I, 2921; Cass. 29 novembre 2002, n. 16969; Cass. 12 ottobre 2001, n. 12430; Cass. 11 ottobre 1999, n. 11386; Cass. 4 dicembre 1990, n. 11617.

¹¹⁶ Per questa osservazione si v. C.E. BALBI, *Omessa verbalizzazione della parola «giuro» nel giuramento decisorio*, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, 1673. Nella dottrina penalistica cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, II, agg. a cura di C.F. GROSSO, Milano, 2008, 522; G. PIFFER, *I delitti contro l'attività giudiziaria*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (diretto da),

conseguentemente, la Cassazione ha ritenuto sussistente la fattispecie di reato a dispetto dell'omissione, nel processo civile, della dichiarazione d'impegno, la quale nel lessico dei giudici di legittimità è stata definita un mero «incentivo psicologico¹¹⁷». Il giuramento sarebbe, in altri termini, il suggello formale di un dovere di verità già esistente a partire dal momento in cui il privato diviene, per l'effetto dell'ordinanza ammissiva, testimone.

Dunque il primo inciso della formula giuratoria non è funzionale alla punibilità del teste mendace, ma va letto d'un fiato con la seconda parte, consistente nell'impegno a «dire tutta la verità e non nascondere nulla», la quale disvela il reale obiettivo del giuramento, *id est* quello di ottenere una dichiarazione veritiera. In altri termini, la prestazione della formula d'impegno mira ad ottenere dichiarazioni attendibili: proprio perché edotto sulle responsabilità morali e giuridiche che assume con la

Trattato di diritto penale. Parte speciale, IV, I delitti contro l'amministrazione della giustizia, Padova, 2001, 422.

¹¹⁷ Così Cass. pen. 16 gennaio 2003, n. 1740. Nella motivazione si legge altresì: «l'atto che investe un soggetto della qualità di teste è l'ordinanza del giudice che ammette a deporre la persona indicata, sicché questa, nel momento in cui viene escussa, ha l'obbligo di dire la verità». L'obbligo di dire la verità sorge dunque con l'assunzione della qualifica di teste e non può ritenersi diretta conseguenza della prestazione della formula d'impegno. È tuttavia curioso osservare come la decisione faccia altresì leva sulla circostanza che nel processo civile rappresenta ormai un principio consolidato che l'omessa prestazione della formula di impegno non costituisca motivo di nullità della testimonianza. Nell'ambito dei procedimenti cautelari, ove peraltro si pone l'ulteriore quesito circa la configurabilità o meno di una testimonianza in senso stretto, cfr. Cass. pen. 13 aprile 2010, n. 16733 e, da ultimo, Cass. pen. 14 maggio 2015, n. 20123, entrambe per la configurabilità del delitto di falsa testimonianza.

propria deposizione il teste dovrebbe essere ulteriormente incentivato a collaborare all'amministrazione della giustizia secondo verità.

Il nodo gordiano da sciogliere è se in effetti il giuramento rappresenti un requisito indispensabile allo scopo così individuato. Sul punto appare condivisibile l'orientamento per il quale l'omissione del giuramento, al pari dell'omessa ammonizione al teste¹¹⁸, integri una mera irregolarità che non vizia la prova ma suggerisce semplicemente al giudice di valutare con particolare cautela le deposizioni¹¹⁹. Ciò si sostiene perché, come visto, il raggiungimento dello scopo della norma che regola l'atto può ritenersi raggiunto non solo in prospettiva statica e autoreferenziale, ma altresì con sguardo dinamico, sì da fotografare non soltanto la norma all'attenzione dell'interprete, bensì anche la fase processuale in cui la norma è calata. Così ragionando, l'obiettivo di rafforzare

¹¹⁸ In questo senso si v. S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, II, 1, cit., 274; M. TARUFFO, voce *Prova testimoniale (dir. proc. civ.)*, cit., 752; R. CREVANI, *Commento all'art. 251*, in M. TARUFFO (a cura di), *Istruzione probatoria*, Bologna, 2014, 713; discorrono invece di nullità relativa, essendo la prestazione del giuramento uno stimolo a dire il vero, V. ANDRIOLI, voce *Prova testimoniale (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, 359; P. DELLA VEDOVA, *Commento all'art. 251*, in L.P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, III, 1, Torino, 2012, 1062, per il quale se il legislatore ha richiesto «al giudicante di invitare formalmente il testimone all'impegno, è del tutto evidente che intenda trarre dalla omissione di tali passaggi processuali delle conseguenze che non possono non essere tali da riverberarsi, seppur non in modo radicale e assoluto, sulla testimonianza»; infine, ritiene che si tratti di nullità assoluta G.A. MICHELI, *Corso di diritto processuale*, II, Milano, 1960, 155.

¹¹⁹ M. TARUFFO, *op. loc. ult. cit.*

attraverso le forme e le ritualità processuali la credibilità del teste può dirsi comunque realizzato, pur in assenza del giuramento, grazie alla stessa presenza fisica in udienza e alle altre formalità da espletare prima dell'assunzione¹²⁰.

Il quadro delineato muove peraltro dal presupposto che il giuramento non sia stato prestato per dimenticanza o comunque omissione dell'ufficio giudiziario e non certo a causa del rifiuto del teste di prestarlo. Difatti, se il teste si rifiuta di recitare la formula, non si procede affatto all'assunzione della prova testimoniale, ma il giudice denuncia il teste al pubblico ministero, al quale trasmette copia del processo verbale. In questo senso il giuramento va tuttora considerato una componente ineludibile del procedimento di assunzione della testimonianza¹²¹.

Anche il consulente deve formalmente impegnarsi prima di procedere alle operazioni peritali. All'udienza di comparizione previamente fissata, il giudice dopo aver ricordato al consulente l'importanza delle sue funzioni ne

¹²⁰ Questa considerazione solleva tuttavia il problema dell'eventuale omissione della firma del teste in calce alla dichiarazione di responsabilità nel modello di testimonianza scritta *ex art. 103-bis disp. att. c.p.c.* È possibile infatti chiedersi se anche tale omissione debba essere trattata alla stregua di una mera irregolarità, con conseguente facoltà del giudice di convocare il teste a deporre oralmente, ovvero quale vera e propria nullità, con conseguente obbligo del giudice di rinnovare l'esame. Esigenze di uniformità interpretativa suggerirebbero di orientarsi verso la prima opzione, ma deve anche considerarsi che in questo caso il teste si trova di fronte a un arido modello scritto, di talché appare più problematico riproporre le medesime considerazioni svolte nel testo.

¹²¹ Cfr. M. MONTANARI, *Commento all'art. 251*, in C. CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile*, cit., 2575; D. TURRONI, *Il giuramento del testimone nel processo civile. Sopravvive?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, 767 ss.

riceve infatti il giuramento di «bene e fedelmente adempiere le funzioni affidategli al solo scopo di fare conoscere al giudice la verità»¹²².

La giurisprudenza ritiene che il giuramento prestato dopo l'accettazione dell'incarico e sino al deposito della relazione non infici la validità della consulenza tecnica e delle operazioni peritali *medio tempore* compiute¹²³. Così facendo, si preservano le attività svolte, evitando che le stesse siano travolte da un vizio meramente formale, e ciò a costo di snaturare la funzione prodromica del giuramento, che se prestato al termine della funzione peritale si tramuterà verosimilmente in un giuramento di aver bene adempiuto al proprio ufficio. In argomento la prassi si spinge addirittura oltre, escludendo in radice ogni forma di nullità della consulenza che non soltanto posterghi il momento della prestazione del giuramento, ma

¹²² Si rammenta che il reato di falsa perizia previsto dall'art. 373 c.p. è ipotizzabile anche nei confronti del consulente tecnico d'ufficio nominato nel corso di un procedimento civile (in questo senso Cass. pen. 5 febbraio 2007, n. 14101).

¹²³ Cass. 13 ottobre 1967, n. 2640: «La legge non commina alcuna nullità della perizia per il fatto che il giuramento del consulente tecnico, anziché essere stato prestato anteriormente all'inizio delle operazioni, sia stato prestato contestualmente al deposito della relazione»; Cass. sez. un. 29 novembre 1974, n. 3907, in *Giur. it.*, 1975, I, 1, 437; conf. a questo indirizzo, in dottrina, M. VELLANI, voce *Consulenza tecnica nel diritto processuale civile*, cit., 531; E. PROTETTÌ- M.T. PROTETTÌ, *La consulenza tecnica*, cit., 39; S. SATTA-C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, cit., 324. Si veda tuttavia l'opinione contraria di A. GIUDICEANDREA, voce *Consulente tecnico*, cit., 535, per il quale il giuramento prestato successivamente alle attività peritali renderebbe nulle le operazioni svolte.

lo ometta del tutto¹²⁴. Si richiama anche in queste ipotesi – a dispetto di un indirizzo dottrinale di segno contrario, che ritiene la consulenza viziata di nullità, seppur perlopiù relativa e sanabile¹²⁵ – la figura della semplice irregolarità, con la conseguente validità e piena utilizzabilità dei risultati peritali della consulenza¹²⁶.

Svolti questi rilievi passiamo ora a qualche considerazione in ordine alle modalità di assunzione delle prove costituende.

Anzitutto è opportuna una considerazione preliminare, comune all'interrogatorio formale e al giuramento, ora inteso come mezzo istruttorio con efficacia di prova legale. L'art. 231 c.p.c., per quanto concerne l'interrogatorio

¹²⁴ Cass. 24 settembre 1986, n. 5737, per la quale «poiché la legge non commina la nullità della consulenza tecnica d'ufficio in caso di mancata prestazione del giuramento da parte del consulente, ben può il giudice utilizzarne i risultati, pur in presenza di siffatta omissione, ai fini del suo convincimento»; Cass. 6 luglio 2011, n. 14906, per la quale l'omessa prestazione del giuramento da parte del consulente tecnico rappresenta una mera irregolarità formale, non idonea a determinare l'invalidità del verbale e del relativo conferimento dell'incarico, ostandovi il principio di tassatività delle nullità; Cass. 13 giugno 2008, n. 16008; nella giurisprudenza di merito, si v. App. Napoli 16 maggio 2007.

¹²⁵ L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 863; M. VELLANI, *op. loc. ult. cit.*; E. REDENTI-M. VELLANI, *Diritto processuale civile*, Milano, 2011, 279.

¹²⁶ Similmente a quanto visto per il testimone, può accadere che il consulente tecnico si rifiuti di prestare il giuramento. In questo caso – astrattamente ipotizzabile ove la consulenza sia già stata effettuata e dopo questa il giudice chieda al consulente di prestare (tardivamente) il giuramento, dal momento che il rifiuto di giurare manifestato dal consulente prima dell'inizio delle operazioni peritali si traduce nel rifiuto di assumere l'incarico – si è sostenuta la nullità della consulenza ciononostante espletata: cfr. E. PROTETTI-M.T. PROTETTI, *La consulenza tecnica*, cit., 40.

formale, e l'art. 238 c.p.c., per ciò che concerne il giuramento decisorio (ma la disposizione trova applicazione anche per il giuramento suppletorio), dispongono che la parte, rispettivamente interrogata e delata, risponda *personalmente*. Orbene, ove l'interrogatorio formale¹²⁷ e il giuramento¹²⁸ non vengano prestati dalla parte personalmente, ma ad esempio dal mandatario, non può parlarsi di nullità degli episodi istruttori così svoltisi, bensì, semplicemente, di mancata risposta all'interrogatorio, con le conseguenze che ne

¹²⁷ Non possono rispondere né il difensore, né il procuratore speciale appositamente nominato. Su questi profili cfr. C. FERRI, voce *Interrogatorio I) Diritto processuale civile*, cit., 8; M. TARUFFO, voce *Interrogatorio*, cit., 61; in giurisprudenza, Cass. 23 dicembre 1998, n. 12843.

¹²⁸ Il giuramento decisorio non può esser prestato da un terzo in qualità di mero *nuncius* dell'interessato (Cass. 19 marzo 1996, n. 2299), né dal procuratore munito di un mandato speciale (in questo senso C.A. NICOLETTI, *Il giuramento della parte nell'attualità del processo civile*, Rimini, 1982, 152, che fa leva in proposito sulla relazione tra la personalità della prestazione del giuramento e la sanzione penale che consegue al falso giuramento; G.F. RICCI, *Diritto processuale civile*, II, *Il processo di cognizione e le impugnazioni*, cit., 125). Si è oltretutto già osservato come non rilevi la capacità di disporre del diritto ai fini della prestazione del giuramento, in relazione alla quale troveranno applicazione le norme generali sulla capacità processuale. Pertanto se la parte è incapace o trattasi di una persona giuridica il giuramento potrà essere validamente prestato dalla persona fisica che è il legale rappresentante (cfr. R. PROVINCIALI, voce *Giuramento I) Diritto processuale civile*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 124; S. GIANA, *Commento all'art. 238*, in L.P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, III, 1, Torino, 2012, 995).

derivano *ex art.* 232 c.p.c.¹²⁹, ovvero di mancata prestazione del giuramento, con le conseguenze sancite dall'art. 239 c.p.c.

Ciò premesso, nel giuramento i profili relativi alla prestazione della dichiarazione *pro se* e quelli inerenti alla prestazione della formula d'impegno sono strettamente correlati e praticamente inscindibili, in quanto l'assunzione della prova si esaurisce e si sostanzia proprio nella formalità del giuramento, considerazione invero che dovrebbe (ma così non avviene, come subito si vedrà) condurre a un maggiore rigore nel rispetto delle formalità di assunzione. Può anzitutto rilevarsi che: a) non comportano nullità del giuramento l'omissione o la mancata menzione nel verbale di udienza dell'ammonizione rivolta dal giudice al delato¹³⁰; b) se il giurante si limita a dire «lo giuro», senza che continui «ripetendo le parole della formula su cui giura» (*id est*, senza che reciti integralmente la formula lettagli dal giudice), il giuramento è considerato valido¹³¹; c) laddove il giurante abbia apportato alla formula variazioni che nella sostanza non alterino il contenuto del giuramento quest'ultimo è considerato parimenti valido¹³².

Più incerta la qualificazione in termini di nullità ovvero irregolarità nel caso in cui venga omessa la pronuncia della parola «giuro». Il *trend* antiformalistico ha ormai colpito

¹²⁹ C. FERRI, voce *Interrogatorio I) Diritto processuale civile*, cit., 8.

¹³⁰ Così Cass. 23 ottobre 1999, n. 11945 e Cass. 7 maggio 1987, n. 4227. In senso contrario si v. tuttavia Cass. 27 ottobre 1979, n. 5627.

¹³¹ Così Cass. 26 giugno 1982, n. 3865.

¹³² Cfr. Cass. 3 luglio 2008, n. 18207; Cass. 21 febbraio 1995, n. 1862; Cass. 17 giugno 1986, n. 4052.

anche tale aspetto, di talché l'omissione non inficia la validità del giuramento prestato¹³³.

Sembra invero difficile in tali ipotesi non cadere nell'evidente paradosso di declinare come mera irregolarità proprio la formalità che simbolizza l'essenza stessa del mezzo di prova in parola, privandolo di quella solennità che rappresenta un appello alla coscienza del

¹³³ Si v. Cass. 12 novembre 2008, n. 27026, per la quale in tema di giuramento decisorio non comportano nullità la mancata verbalizzazione della formula e l'omessa pronuncia della parola «giuro», atteso che detta nullità, ravvisabile solo nei casi tipizzati dalla legge (art. 156, 1° comma, c.p.c.), non è prevista dagli artt. 238 e 239 c.p.c. La pronuncia, inoltre, non ritiene neanche applicabile l'art. 156, 2° comma, c.p.c., che autorizza a superare le nullità testuali e sancire la nullità anche quando l'atto manca dei requisiti formali indispensabili per il raggiungimento dello scopo. La Suprema Corte ha ritenuto che l'omessa verbalizzazione della parola «giuro» non impedisce, a fronte evidentemente di una verbalizzazione esaustiva, di comprendere in maniera inequivocabile sia le circostanze riportate nella formula di giuramento, sia l'intenzione del giurante di assumersi la piena responsabilità, a tutti gli effetti di legge, del giuramento. È quest'ultimo, tuttavia, il punto maggiormente opinabile. È chiaro che se non si comprende nemmeno il verso del giuramento è inevitabile la rinnovazione della prova. Se tuttavia il verso del giuramento è chiaro e indiscutibile ma difetta la parola «giuro» è meno scontato sostenere che possa essere evinta l'intenzione del giurante di assumersi la responsabilità della dichiarazione. In conclusione del discorso svolto, v'è da ritenere – a fronte di una verbalizzazione appagante, che chiarisca in modo indiscutibile il verso del giuramento – che la questione dirimente consista nel determinare se la parola «giuro» integri un requisito indispensabile, *ex art. 156, 2° comma, c.p.c.*, al raggiungimento dello scopo. Si tratta di un'operazione discrezionale, non esente da variabili sociali e temporali: in questo senso non sembra un caso che l'interpretazione meno recente valorizzasse in misura maggiore la «sacralità» del giuramento.

delato nonché l'unica (assieme beninteso alla minaccia della sanzione penale) garanzia di attendibilità della dichiarazione *pro se*. In questa prospettiva, per altra e più risalente giurisprudenza sarebbe radicalmente nullo il giuramento laddove sia mancata la pronuncia della parola «giuro» (ovvero non si sia proceduto alla sua verbalizzazione), trattandosi di un vocabolo che concretizza e riassume la *ratio* dell'efficacia di prova legale attribuita dalla legge al giuramento¹³⁴.

V'è da dire che, coerentemente a questo modo di ragionare, la giurisprudenza penale, ai fini della

¹³⁴ In questi termini si è espressa, ad esempio, Cass. 23 ottobre 1999, n. 11945. In precedenza aveva ritenuto che si trattasse di autentica nullità, e non di una mera irregolarità, Cass. 7 maggio 1987, n. 4227. In dottrina cfr. in particolare le osservazioni C.E. BALBI, *op. cit.*, 1674 ss., per il quale «anche nella prova giuramento, analogamente agli altri casi in cui la legge processuale prevede un giuramento, la dichiarazione o la attività giurata è distinta dalla formula giuratoria [...]; tuttavia nella prova giuramento i due elementi tendono a fondersi in un'unica dichiarazione, il cui elemento essenziale ed indispensabile è rappresentato dal solenne e formale impegno della parte nel dichiarare che il fatto o i fatti che essa intende provare con il giuramento corrispondono a verità. La formula giuratoria in sede di giuramento decisorio è un requisito indispensabile perché questo possa raggiungere i suoi effetti; non un semplice requisito formale esterno alla prova, ma un requisito intrinseco». Per l'A. questa peculiarità risulta confermata altresì dall'art. 371 c.p. che, diversamente dalla formulazione degli artt. 372 e 373 c.p., non sembra ritenere sufficiente, per la configurabilità del reato, la falsità dell'affermazione della parte non accompagnata dalla dichiarazione giuratoria («Chiunque, come parte in giudizio civile, *giura* il falso è punito ...»; tuttavia si v. subito *infra* nel testo l'indirizzo contrario prevalente in giurisprudenza). In definitiva è necessario che il delato pronunci la parola «giuro», parola che non ammette equipollenti.

configurabilità del reato di falso giuramento di cui all'art. 371 c.p., considera irrilevanti le eventuali lacune, o improprietà, della formula adottata in sede civile¹³⁵, l'inosservanza delle forme del giuramento e la mancata ammonizione del giudice civile in merito all'importanza dell'atto¹³⁶.

Ad ogni modo, a prescindere dal dilemma irregolarità/nullità del giuramento privo della dizione o verbalizzazione della parola «giuro», va rilevato che anche a voler discorrere di nullità in senso stretto siamo evidentemente al cospetto di vizi formali, in relazione ai quali corre l'obbligo in capo al giudice di rinnovare, anche officiosamente, l'assunzione del giuramento, non potendo certamente concludersi per un'interpretazione che consideri il giuramento incompleto come non prestato¹³⁷.

Da ultimo, anche in questi casi è corretto scernere l'ipotesi in cui la formula giuratoria venga omessa per dimenticanza e l'ipotesi in cui la parte si rifiuti di prestarla: in quest'ultimo caso si registrerebbe semplicemente il rifiuto di prestare giuramento *ex art. 239 c.p.c.*¹³⁸, per contro non ravvisabile ove l'omessa pronuncia o verbalizzazione della parola «giuro» sia imputabile a mera negligenza dell'ufficio.

Volgendo lo sguardo alle modalità di assunzione della prova per testi in forma orale, è possibile svolgere qualche ulteriore rilievo. Il primo comma dell'art. 251 c.p.c., ove sancisce che «i testimoni sono esaminati separatamente», vieta a coloro che ricoprono l'ufficio di testimone di

¹³⁵ Così Cass. pen. 11 febbraio 1999, n. 5599.

¹³⁶ Cass. pen. 18 febbraio 1981.

¹³⁷ Cfr. per tutte Cass. civ., 23 ottobre 1999, n. 11945.

¹³⁸ Così, in modo condivisibile, C.E. BALBI, *Omessa verbalizzazione della parola «giuro» nel giuramento decisorio*, cit., 1675.

assistere ad altre deposizioni, all'evidente finalità di evitare che possano risulterne influenzati. Qualora abbiano invece assistito alle altrui deposizioni la loro testimonianza è stata definita da autorevole dottrina come nulla e dunque inutilizzabile per la decisione¹³⁹. All'opposto la giurisprudenza, nei pochi precedenti editi, si è orientata in senso opposto, statuendo in particolare che l'audizione congiunta di più testimoni non comporti la nullità della prova assunta, in quanto l'inosservanza della disposizione «rileva solo ai fini della valutazione dell'attendibilità del teste [...] e non attiene alla sussistenza dei requisiti formali indispensabili per il raggiungimento dello scopo dell'atto, ai sensi dell'art. 156, 2° comma, c.p.c.¹⁴⁰». Per inciso, la soluzione offerta dalla prassi appare preferibile, sia per ragioni pratiche, cioè salvaguardare i risultati comunque ottenuti – che ove venisse sancita la nullità andrebbero irrimediabilmente perduti, giacché non potrebbe procedersi a rinnovazione sanante, avendo ormai il teste comunque assistito all'altrui testimonianza – sia in virtù dei poteri officiosi di cui dispone il giudice (in particolare, il confronto tra i testimoni e la rinnovazione dell'esame *ex art. 257 c.p.c.*) per rimediare a deposizioni dotate di scarsa coerenza. Si tratta dunque di mera irregolarità potenzialmente idonea ad inficiare l'attendibilità del teste, ma non certo la validità della deposizione¹⁴¹.

¹³⁹ S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, II, 1, cit., 274.

¹⁴⁰ Così Cass. 14 luglio 1993, n. 7800, in *Giust. civ.*, 1993, I, 2930; in senso conforme, nella giurisprudenza di merito, Trib. Roma 16 febbraio 1989.

¹⁴¹ In questo senso cfr. L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 641, n. 275; G. REALI, *Il cumulo delle funzioni di difensore e di testimone nel processo civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, 477.

Sempre con sguardo rivolto alla giurisprudenza può rilevarsi inoltre quanto segue: a) l'omissione delle formalità imposte dall'art. 252 c.p.c. (identificazione dei testimoni e dichiarazione in merito a eventuali rapporti di parentela o dipendenza con alcune delle parti¹⁴²) origina una nullità relativa, soggetta a sanatoria se non eccepita tempestivamente in quanto statuita nell'interesse delle parti¹⁴³: l'arresto non è condivisibile, perché così ragionando si priverebbe il giudice di un importante strumento di valutazione di attendibilità del teste; b) la presenza di terzi estranei all'udienza di espletamento della prova testimoniale, che non è udienza pubblica, non comporta la nullità della prova assunta, a meno che tali estranei abbiano influenzato le deposizioni o abbiano tenuto un comportamento atto a turbarne la regolare e libera assunzione¹⁴⁴; c) l'escussione dei testi deve avvenire alla presenza dei difensori delle parti, a pena, si è correttamente ritenuto, di nullità assoluta ed insanabile

¹⁴² Va rimarcata l'opportunità di procedere alla dichiarazione d'impegno prima che al testimone venga richiesto di declinare le proprie generalità e dichiarare i propri interessi in causa (in questo senso C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, II, *Il processo ordinario*, cit., 302; P. DELLA VEDOVA, *Commento all'art. 252*, in L.P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, III, 1, Torino, 2012, 1065, che peraltro sottolinea l'opportunità di inserire nel codice di rito l'obbligo per il testimone di esibire su richiesta del giudice il documento d'identità; *contra* F. CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, II, Roma, 1956, 56).

¹⁴³ Cfr. Cass. 4 maggio 1998, n. 4404; *contra* P. DELLA VEDOVA, *Commento all'art. 252*, cit., 1066, per il quale la risposta insufficiente ovvero mendace può essere oggetto di rilievo officioso.

¹⁴⁴ Così Cass. 16 settembre 1983, n. 5604.

della deposizione egualmente raccolta¹⁴⁵; d) non senza perplessità è considerata valida la prassi per la quale il teste può limitarsi a confermare il capitolo di prova su cui è interrogato rispondendo semplicemente in modo affermativo¹⁴⁶; e) non rappresenta motivo di nullità della testimonianza rinnovata la circostanza che il teste nella nuova deposizione abbia effettuato riferimenti o richiami a quella precedente¹⁴⁷.

5. Le nullità delle notificazioni e comunicazioni idonee ad inficiare la validità della prova per lesione del contraddittorio. a) L'omessa notificazione dell'ordinanza ex art. 237 c.p.c.; b) nullità della prova e contumacia (in particolare, sull'omessa notificazione delle ordinanze ammissive ex art. 292 c.p.c.; c) le omesse comunicazioni ex artt. 90 e 91 disp. att. c.p.c. in materia di consulenza tecnica.

¹⁴⁵ Così Cass. 7 maggio 1999, n. 4796, in *Giust. civ.*, 1999, I, 2659. Nella fattispecie il teste era comparso ed era stato sentito soltanto dopo la chiusura dell'udienza e il conseguente allontanamento dei difensori.

¹⁴⁶ Cfr. R. AMBROSINI, *La prova testimoniale civile*, Torino, 2006, 179; P. DELLA VEDOVA, *Commento all'art. 253*, in L.P. COMOGGIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, III, 1, Torino, 2012, 1072; in senso critico, in giurisprudenza, Trib. Salerno 7 marzo 2013, n. 628, per la quale le risposte date dal teste confermando semplicemente i capitoli di prova articolati da una delle parti in causa avrebbero una forza probatoria pressoché nulla. Per ulteriori riferimenti cfr. M. MONTANARI, *Commento all'art. 253*, in C. CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile*, cit., 2583.

¹⁴⁷ Così Cass. 18 febbraio 1992, n. 2013.

L'ordinanza che ammette il giuramento deve essere notificata *personalmente alla parte*, affinché costei prenda personalmente coscienza della gravità dell'atto che è chiamata a rendere. Eccetto i casi in cui l'ordinanza sia stata pronunciata in udienza alla presenza della parte delata – non è sufficiente la presenza del solo difensore –, il deferente deve procedere alla notificazione personale alla parte che deve giurare, e ciò anche nei casi in cui, nonostante la lettera dell'art. 237, 2° comma, c.p.c. si riferisca al provvedimento collegiale, l'ordinanza ammissiva del giuramento provenga dal giudice istruttore¹⁴⁸. Se l'ordinanza è pronunciata fuori udienza, l'ordine di notificazione alla parte sorge successivamente alla comunicazione dell'ordinanza stessa al deferente ad opera della cancelleria¹⁴⁹. Pertanto, condizione indispensabile per la validità ed efficacia del giuramento decisorio è che l'ordinanza ammissiva del medesimo, ove pronunciata fuori udienza, sia comunicata al difensore della parte deferente e che costui provveda alla sua notificazione alla persona che deve giurare. L'omessa notifica rende *nullo* il mezzo istruttorio; la nullità va rilevata d'ufficio senza necessità di eccezione della parte nei cui confronti la notifica avrebbe dovuto essere eseguita¹⁵⁰. Peraltro, i vizi di notifica dell'ordinanza *de*

¹⁴⁸ Cfr. R. PROVINCIALI, voce *Giuramento I) Diritto processuale civile*, cit., 121.

¹⁴⁹ Cfr. sul punto Cass. 10 luglio 1987, n. 6017.

¹⁵⁰ Così, pressoché testualmente, Cass. 8 aprile 2003, n. 5509, in *Guida dir.*, 2003, n. 25, 72. S. GIANA, *Commento all'art. 238*, in L.P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, III, 1, Torino, 2012, 994 sottolinea che il difetto di notificazione comporta una palese violazione del contraddittorio dando luogo a una nullità rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento.

qua vengono sanati automaticamente dalla comparizione del delato all'udienza fissata per l'assunzione del giuramento decisorio¹⁵¹.

Tra gli atti che debbono essere notificati *personalmente alla parte contumace*, l'art. 292 c.p.c. ricomprende l'ordinanza ammissiva dell'interrogatorio formale e del giuramento (evidentemente deferito dalla parte costituita)¹⁵², nonché, in seguito agli interventi della Corte costituzionale, il verbale in cui si dà atto della produzione della scrittura privata non indicata in atti notificati in precedenza¹⁵³. La *ratio* della disposizione viene

Su altro versante è stato invece già rilevato che la giurisprudenza considera ordinatorio il termine per la notifica dell'ordinanza in parola, il cui mancato rispetto non comporterà alcuna decadenza (cfr. Cass. 5 maggio 1990, n. 3748).

¹⁵¹ In questo senso cfr. ad es. R. PROVINCIALI, *op. ult. cit.*, 121.

¹⁵² In relazione ad ulteriori strumenti istruttori non è dovuta alcuna notifica: ad es., al contumace non è dovuto alcun avviso a) dell'ordinanza di ammissione della consulenza tecnica (Cass. 27 novembre 2003, n. 18154) e dell'inizio delle operazioni peritali (Cass. 22 novembre 1991, n. 12578; Cass. 28 novembre 1990, n. 11442); b) dell'ordinanza ammissiva della prova testimoniale (Cass. 25 settembre 1997, n. 9402); c) dell'ordinanza che deferisce il giuramento suppletorio ad altra parte del processo (Cass. 25 febbraio 1975, 753); d) dell'ordinanza che dispone l'interrogatorio libero (Cass. 9 novembre 2001, n. 13876); e) dell'ordinanza ammissiva dell'interrogatorio formale nei confronti di altra parte del processo (Cass. 11 aprile 1978, n. 1688).

¹⁵³ Il riferimento è ai plurimi interventi del Giudice delle leggi sul tema: cfr. Corte cost. 28 novembre 1986, n. 250; Corte cost. 6 giugno 1989, n. 317 in *Foro it.*, 1989, I, 2388 e in *Giust. civ.*, 1989, I, 1780; Corte cost. 24 maggio 1991, n. 214; Corte cost. 22 aprile 1997, n. 110, in *Giust. civ.*, 1997, I, 1760 e in *Foro it.*, 1997, I, 2763. La notifica del verbale che attesta la produzione della scrittura privata non è necessaria laddove la scrittura sia stata indicata nell'atto di citazione e prodotta nel fascicolo

identificata in dottrina rinviando alle conseguenze che possono gravare sulla parte, la quale, presentandosi all'udienza di assunzione della prova, può evitare che i fatti dedotti nell'interrogatorio *possano* essere ritenuti ammessi ovvero di soccombere sulla domanda o sul capo di domanda su cui è calibrata la decisorietà dei fatti oggetto del giuramento ammesso.

Si consideri inoltre, quale premessa indispensabile al discorso, che la partecipazione del contumace a tali episodi istruttori non richiede la costituzione in giudizio¹⁵⁴: la parte ben potrebbe rimanere contumace ma comparire davanti al giudice per rispondere all'interrogatorio formale o prestare giuramento. Non è dunque la costituzione ma la valida notificazione ad atteggiarsi a requisito formale di validità dell'assunzione dell'interrogatorio formale e del giuramento nei processi contumaciali.

L'obbligo di notificazione delle suddette ordinanze non ammette equipollenti, sicché la sua inosservanza non può

contestualmente alla costituzione in giudizio della parte producente, ovvero nel caso in cui la scrittura privata sia stata menzionata e trascritta nell'atto di citazione notificato, sebbene prodotta in un momento successivo alla costituzione in giudizio (così Cass. 3 luglio 1999, n. 6882 e Cass. 25 luglio 1997, n. 6980).

¹⁵⁴ Per una recente riaffermazione in tal senso cfr. D. D'ADAMO, *Contributo allo studio della contumacia nel processo civile*, Milano, 2012, 167 ss., che sottolinea come, oltre all'argomento testuale offerto dall'art. 292 c.p.c., la scelta interpretativa dell'ammissibilità di un interrogatorio formale del contumace possa trovare radici più solide attraverso il richiamo all'esistenza, nel nostro ordinamento, della confessione stragiudiziale. Essa per definizione non viene formata nel processo, di cui dunque non abbisogna, ragione per la quale sarebbe da considerarsi legittima la comparizione in giudizio senza costituzione del contumace per rispondere all'interrogatorio formale.

essere sanata dalla conoscenza extra-legale¹⁵⁵. Non solo: poiché in questo caso la legge detta una specifica modalità di trasmissione (*id est* la notificazione, che assicura un'elevata garanzia di conoscibilità delle ordinanze in parola), non è dato alla parte ricorrere a forme alternative di trasmissione dell'ordinanza, aventi un minor grado di probabilità di raggiungere lo scopo¹⁵⁶. Naturalmente, pur in assenza di una valida notificazione, la nullità potrebbe in concreto essere sanata dal comportamento della parte che comunque si presenti all'udienza stabilita per rispondere all'interrogatorio o prestare giuramento.

Muovendo dalla consueta distinzione tra atti propulsivi ed atti eventuali, e considerato che nei casi esaminati il difetto di notificazione riguarda un atto eventuale, come del resto tutti gli atti istruttori, si ritiene che l'omessa notificazione dell'ordinanza che ammette l'interrogatorio formale o il giuramento non possa originare la nullità derivata degli atti successivi; acclarata la nullità della notificazione sarà semplicemente impedito al giudice di tener conto della

¹⁵⁵ In questo senso si è espressa, in modo condivisibile, App. Bari 23 febbraio 2005. Si consideri altresì che affinché l'obbligo possa considerarsi adempiuto è sufficiente che al contumace venga notificata l'ordinanza con cui è ammesso l'interrogatorio formale o il giuramento, ma non anche i capitoli dell'interrogatorio o del giuramento (cfr. in particolare Corte. cost. 28 febbraio 1983, n. 41, che ha dichiarato inammissibile perché irrilevante la questione di legittimità costituzionale, in riferimento all'art. 24 Cost., dell'art. 292, 1° comma, c.p.c., nella parte in cui non prevede che con l'ordinanza ammissiva dell'interrogatorio formale debbano necessariamente essere notificati alla parte contumace anche i capitoli dell'interrogatorio stesso, ove risulti che i capitoli non siano stati articolati in alcun atto del processo).

¹⁵⁶ Così A. FRASSINETTI, *La notificazione nel processo civile*, Milano, 2012, 16.

mancata risposta in sede di interrogatorio ovvero della mancata prestazione del giuramento¹⁵⁷.

Se la sentenza dovesse per contro ritenere ammessi i fatti dedotti nell'interrogatorio ovvero risolvere la lite sulla base della mancata prestazione del giuramento sarebbe per tale ragione impugnabile. Se poi la sentenza sia nulla¹⁵⁸ (in via derivata, s'intende, proprio perché ha impiegato elementi probatori viziati) ovvero ingiusta è questione dibattuta che invero riguarda, come visto, ogni nullità probatoria non sanata.

Considerato che l'art. 292 c.p.c. è posto a presidio del corretto estrinsecarsi del contraddittorio, una parte della

¹⁵⁷ B. CIACCIA CAVALLARI, voce *Contumacia*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., IV, Torino, 1989, 327; D. D'ADAMO, *Contributo allo studio della contumacia nel processo civile*, cit., 98; F. FERRARI, *Commento all'art. 292 c.p.c.*, in L.P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, III, 2, Torino, 2012, 461. In giurisprudenza cfr. ad es. Trib. Trento 26 maggio 2011.

¹⁵⁸ Cfr. B. CIACCIA CAVALLARI, *op. loc. ult. cit.*; L. MONTESANO-G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, I, 2, Padova, 2001, 1258, per i quali «la mancata notificazione dell'ordinanza ammissiva comporta la nullità del mezzo e di tutti gli atti processuali, compresa la sentenza, che facciano riferimento allo stesso per farne desumere le conseguenze descritte nell'art. 232 c.p.c.». In giurisprudenza si v. Cass. 25 ottobre 1972, n. 3251, per la quale «l'errore del giudice che, nonostante la mancata notificazione dell'ordinanza ammissiva dell'interrogatorio formale del contumace, applica l'art. 232 c.p.c., costituisce un vizio della sentenza, che può essere fatto valere come motivo d'appello, ma non incide sulla validità degli altri atti del giudizio di primo grado; il giudice dell'appello investito del gravame deve quindi procedere ad una nuova valutazione del materiale probatorio regolarmente acquisito in giudizio, prescindendo dagli effetti della mancata risposta all'interrogatorio»; nello stesso verso cfr. Cass. 14 febbraio 1976, n. 478.

dottrina ritiene possibile il rilievo *ex officio* dell'omessa o viziata notificazione personale al contumace delle ordinanze in esame¹⁵⁹, escludendo dal materiale utilizzabile per la decisione la mancata risposta all'interrogatorio formale ovvero la mancata prestazione del giuramento¹⁶⁰. Ciò è senza dubbio corretto ma solo fino a quando il contumace non decida di costituirsi ovvero di impugnare la sentenza notificatagli personalmente¹⁶¹, e dunque fino a quando la violazione del

¹⁵⁹ D. D'ADAMO, *Contributo allo studio della contumacia nel processo civile*, cit., 99. Cfr. anche B. CIACCIA CAVALLARI, *op. loc. ult. cit.*, 327, a parere della quale «il principio stabilito nel comma 1 dell'art. 157, che assegna alla parte, in via esclusiva, l'iniziativa per il rilievo delle nullità formali, non opera a fronte di invalidità extraformali per le quali all'opposto vige la regola sanzionata all'art. 158, della rilevabilità anche *ex officio*»; pertanto, «anche per il difetto di notificazione al contumace, da qualificare come invalidità non formale, prende vigore il regime dettato in quest'ultima norma».

¹⁶⁰ La dottrina ritiene che la sentenza pronunciata nonostante la mancata notificazione delle ordinanze di ammissione del giuramento e dell'interrogatorio formale non conduca alla rimessione da parte del giudice d'appello al giudice di prime cure (e del resto l'inosservanza dell'art. 292 c.p.c. non rientra in alcuna delle ipotesi previste dagli artt. 353 e 354 c.p.c.: cfr. Cass. 25 ottobre 1972, n. 3251). Pertanto – B. CIACCIA CAVALLARI, voce *Contumacia*, cit., 327 – ove in sede d'appello sia stata dichiarata la nullità della prova per difetto di notificazione delle ordinanze istruttorie in parola, deve procedersi alla rinnovazione degli atti istruttori compiuti in primo grado, *ex art. 354, ult. comma, c.p.c.*

¹⁶¹ Cfr. sul punto L. MONTESANO-G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, I, 2, cit., 1258. La nullità ovvero l'omissione della notificazione al contumace dell'ordinanza istruttoria che ammette l'interrogatorio formale o il giuramento deve essere fatta valere, a pena di assorbimento, come motivo di impugnazione della sentenza; risulta pertanto inammissibile la censura effettuata per la

contraddittorio si perpetui nei confronti di un soggetto impossibilitato ad avvedersi e conseguentemente eccepire il vizio di nullità e non già allorché invece egli si trovi nella condizione di avere diretta contezza della nullità del mezzo istruttorio per un difetto di notificazione della relativa ordinanza. In altri termini, la rinuncia tacita «ad avvalersi del vizio potrà avere rilievo solo dal momento in cui la parte interessata ha avuto conoscenza dell'atto viziato e quindi del vizio nei cui confronti eventualmente reagire¹⁶²». L'inerzia della parte che si costituisca in giudizio o impugni la sentenza senza rilevare alcunché potrebbe infatti essere interpretata quale rinuncia tacita a far valere il vizio, *ex art. 157, 3° comma, c.p.c.*¹⁶³.

Passiamo ora, sempre nell'ottica delle lesioni del contraddittorio idonee ad invalidare la prova, ad alcune *comunicazioni* rilevanti in materia di consulenza tecnica. Il codice di rito prevede che l'attività peritale possa dispiegarsi secondo modalità diverse. Nella forma più semplice, il consulente può partecipare alle udienze alle quali è invitato dal giudice istruttore. Fuori dell'udienza, il

prima volta in sede di legittimità: così Cass. 18 febbraio 1999, n. 1359.

¹⁶² R. POLI, *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, cit., 237.

¹⁶³ Per questa chiave di lettura cfr. Cass. 23 novembre 1993, n. 11546, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 849, per la quale «nei giudizi con litisconsorzio necessario, l'ordinanza che ammetta il giuramento decisorio, deferito prima che il contraddittorio sia integrato nei confronti dei litisconsorti pretermessi, con conseguente violazione del diritto di difesa di questi ultimi, è viziata da nullità sanabile solo per effetto di rinuncia, anche tacita, degli interessati. Tale nullità è perciò rilevabile, se questi sono rimasti contumaci, dal giudice anche d'ufficio, con conseguente effetto preclusivo della possibilità di fondare la decisione sulla prova legale della mancata prestazione del giuramento».

consulente può espletare il proprio incarico con la presenza del giudice istruttore ovvero da solo¹⁶⁴. L'art. 194, 2° comma, c.p.c. sancisce il diritto delle parti (in persona come a mezzo dei propri consulenti tecnici e difensori) di partecipare alle operazioni peritali laddove il perito debba procedervi da solo. In un contesto extraprocessuale diventa infatti più stringente la necessità di garantire il contraddittorio, garanzia che il codice puntualmente impone attraverso le comunicazioni di cui agli artt. 90 e 91 disp. att. c.p.c. Le cause di nullità che ci occupano sono dunque determinate da violazioni del contraddittorio¹⁶⁵, da ipotesi in cui le parti nel corso

¹⁶⁴ È noto come il rapporto tra regola (svolgimento dell'incarico peritale insieme con il giudice) ed eccezione (svolgimento dell'incarico da solo) sia stato completamente rovesciato nella prassi.

¹⁶⁵ Sulla fondamentale importanza del contraddittorio nell'espletamento della consulenza tecnica si v. per tutti DENTI, *Perizie, nullità processuali e contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, 405; per un'attenuazione del principio nell'ambito della consulenza psicologica riguardante soggetti minori, cfr. F. DANOVÌ, *Note sulla consulenza psicologica nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 808 ss.

Anche nell'ipotesi in cui venga disposta un'ispezione le parti debbono essere poste nella condizione di parteciparvi; non è un caso che l'art. 258 c.p.c. richieda l'indicazione del tempo, luogo e modo dell'ispezione. Del resto ciò è confermato anche dalla norma generale di cui all'art. 206 c.p.c. (G. TRISORIO LIUZZI, voce *Ispezione nel processo civile*, cit., 200; nello stesso verso D. VOLPINO, *Commento all'art. 259*, in M. TARUFFO (a cura di), *Istruzione probatoria*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, Bologna, 2014, 773). Sarà pertanto nulla l'ispezione che si sia svolta senza la previa instaurazione del contraddittorio tra le parti (S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, II, 1, cit., 140; A. FINOCCHIARO, voce *Ispezione giudiziale (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano,

dell'espletamento della consulenza non sono state poste su un piano di parità, perché una di esse era all'oscuro dello svolgimento delle indagini che ordinano l'attività peritale. In ordine al *contenuto dell'avviso*, come previsto dall'art. 90 disp. att. c.p.c., il consulente deve dare comunicazione del giorno, ora e luogo (città e se necessario indirizzo) dell'inizio delle operazioni, affinché le parti possano partecipare alle attività peritali; l'omissione (anche di una) di simili indicazioni comporta la nullità della consulenza nonostante espletata, a meno che ovviamente l'avviso si dimostri nel caso concreto idoneo al raggiungimento dello scopo¹⁶⁶.

Circa la *modalità di tale comunicazione* la disposizione citata richiede che essa avvenga «con dichiarazione inserita nel processo verbale d'udienza o con biglietto a mezzo di cancelliere». Se la comunicazione viene effettuata attraverso apposita dichiarazione inserita nel processo verbale d'udienza (contestualmente alla prestazione del giuramento) *nulla quaestio*, perché il

1972, 960, per il quale «l'esclusione della parte dall'assistenza alla prova comporta la nullità della prova»; G. TRISORIO LIUZZI, voce *Ispezione nel processo civile*, cit., 200; D. VOLPINO, *L'ispezione nel processo civile*, Padova, 2012, 135; ID., *Commento all'art. 259*, cit., 773. Sono naturalmente fatte salve le ipotesi di ispezione personale, per le quali è opportunamente previsto il regime derogatorio di cui all'art. 260 c.p.c., in forza del quale il giudice può disporre che proceda all'ispezione il solo consulente tecnico).

¹⁶⁶ A. LEVONI, *Le disposizioni di attuazione del codice di procedura civile*, cit., 219, per il quale ad esempio non può essere sancita la nullità dell'avviso mancante «dell'indicazione della via e del numero civico, quando le parti siano convocate nell'unico studio d'ingegnere esistente in un piccolo centro». In giurisprudenza cfr. Cass. 18 ottobre 1974, n. 2923, che ha ritenuto insufficiente la sola indicazione del giorno di inizio delle operazioni peritali.

contenuto del verbale si presume noto e non va comunicato alle parti¹⁶⁷. Quanto invece alla comunicazione con biglietto a mezzo di cancelliere (su richiesta del consulente), si ritiene che alla stessa vi siano validi equipollenti. Non è dunque necessaria la forma di comunicazione a mezzo di biglietto di cancelleria, essendo sufficiente che le parti ricevano il corrispondente avviso in qualsiasi altro modo, per iscritto o a voce, purché risulti che in concreto sono state poste in grado di assistere alle operazioni peritali e svolgere le attività difensive. È frequente l'affermazione per la quale la comunicazione può considerarsi omessa soltanto se in relazione al caso concreto vi sia stato un reale ed effettivo pregiudizio del diritto di difesa, per non essere state le parti poste in grado di intervenire alle operazioni. Sulla scia di tale premessa si è statuito, ad esempio, che non si è in presenza di nullità qualora risulti che le parti, a mezzo raccomandata con ricevuta di ritorno¹⁶⁸ e finanche con avviso verbale o in qualsiasi altro modo¹⁶⁹, siano state egualmente in grado di assistere all'indagine e di esplicitare le attività ritenute convenienti. In sostanza vige nella prassi, diversamente da

¹⁶⁷ Sulla questione cfr. Cass. 18 febbraio 1986, n. 978.

¹⁶⁸ Così Cass. 5 aprile 2001, n. 5093; Cass. 21 maggio 1997, n. 4511. In dottrina, conf. a questo indirizzo, A. FRASSINETTI, *La notificazione nel processo civile*, cit., 15; A. GIUDICEANDREA, voce *Consulente tecnico (dir. proc. civ.)*, cit., 537; E. PROTETTÌ- M.T. PROTETTÌ, *La consulenza tecnica nel processo civile*, cit., 54, 57, che, tuttavia, non ritengono idonea, con conseguente nullità della consulenza, la comunicazione avvenuta telefonicamente, stante l'impossibilità di ottenere la prova dell'avvenuto avviso, nell'ipotesi in cui il destinatario neghi di averne ricevuto avvertimento.

¹⁶⁹ Così Cass. 7 aprile 2006, n. 8227, in *Fam. dir.*, 2006, 551; Cass. 18 febbraio 1986, n. 978.

quanto visto per le notificazioni delle ordinanze poc'anzi esaminate, un principio di libertà assoluta della forma di tale comunicazione. In armonia con il principio del raggiungimento dello scopo, nessuna nullità potrà naturalmente essere pronunciata ove, pur in caso di omessa o viziata comunicazione, il difensore dovesse presentarsi nel luogo d'inizio delle operazioni peritali¹⁷⁰.

I *destinatari* delle comunicazioni sono, *ex art. 90 disp. att. c.p.c.*, (i difensori del)le parti costituite e, *ex art. 91 disp. att. c.p.c.*, i consulenti di parte nominati¹⁷¹; non occorre dare avviso alle parti, che saranno eventualmente avvisate dai loro difensori.

Per ciò che concerne le comunicazioni da effettuare alle «parti», la giurisprudenza ha correttamente negato la validità delle operazioni peritali svolte con previo avviso rivolto alla parte e non al suo difensore. È agevole comprendere che tale indirizzo prende le mosse dalla funzione tecnica del difensore. La parte, di regola sprovvista delle necessarie cognizioni tecniche, potrebbe anche non comprendere il significato processuale dell'avviso, svalutandone il contenuto e pregiudicando la propria difesa. Ove il difensore non sia stato notiziato della data d'inizio delle operazioni peritali, la nullità della consulenza tecnica non può essere esclusa invocando il 3° comma dell'art. 156 c.p.c.: quando la parte sta in giudizio con il ministero del difensore, è in relazione a quest'ultimo che deve essere valutata l'effettiva possibilità di assistere alle indagini¹⁷². Lo scopo della comunicazione non può

¹⁷⁰ Così Cass. 5 dicembre 1978, n. 5732.

¹⁷¹ Per la nullità relativa della consulenza in caso di omessa comunicazione al consulente tecnico di parte, regolarmente nominato, delle indagini predisposte dal c.t.u. cfr. Cass. 29 marzo 2006, n. 7243.

¹⁷² Così Cass. 30 luglio 1987, n. 6612.

pertanto dirsi raggiunto ove l'avviso raggiunga la parte e non il suo difensore, né può essere in qualche misura sancita l'equipollenza tra i due atti¹⁷³ e tantomeno la sussistenza di un obbligo in capo alla parte di notificare il proprio difensore del ricevuto avviso. Così ragionando, non può che ritenersi nulla la consulenza effettuata senza previa comunicazione al difensore, persino laddove la parte fosse personalmente presente all'espletamento delle operazioni¹⁷⁴. Ne deriva, in definitiva, che il termine

¹⁷³ Cass. 27 settembre 2000, n. 12785; Cass. 30 luglio 1987, n. 6612, per la quale alle comunicazioni o notificazioni dovute al difensore «non può essere equiparata la conoscenza che la parte personalmente abbia dell'atto o dell'operazione di cui avrebbe dovuto essere informato il difensore, atteso che proprio il difetto delle necessarie cognizioni tecniche può impedire alla parte di valutare il significato o la rilevanza processuale dell'atto o dell'operazione, ai fini dell'esercizio del diritto di difesa, e la stessa necessità di renderne edotto il proprio difensore». Contrario a questo indirizzo M. ROSSETTI, *Il C.T.U. («l'occhiale del giudice»)*, Milano, 2012, 164 ss., per il quale la parte ben potrebbe – e dovrebbe, in ossequio all'obbligo di comportarsi in giudizio secondo lealtà e probità (art. 88 c.p.c.) – esercitare il proprio diritto di difesa dando notizia al difensore dell'avviso ricevuto e del suo contenuto. L'A., dopo aver ricordato che si tratta di semplici avvisi di inizio (o prosecuzione) di attività peritali, privi di un effettivo contenuto tecnico e processuale, ritiene che il raggiungimento dello scopo, da accertarsi in concreto, sia da stimarsi conseguito nella maggior parte dei casi (come ipotesi marginali in cui lo scopo non potrebbe dirsi raggiunto propone l'esempio dello straniero o della persona analfabeta).

¹⁷⁴ Così Cass. 27 settembre 2000, n. 12785. Nella fattispecie, la parte doveva essere sottoposta ad accertamenti medico legali, ma il suo difensore non aveva ricevuto comunicazione dell'accertamento; d'altro canto, non può giungersi a soluzioni differenti ove la parte presenzi semplicemente alle operazioni

«parti» adoperato dall'art. 90 disp. att. c.p.c. è da intendere correttamente (e leggere) come «difensori delle parti».

L'art. 91 disp. att. c.p.c. richiede che il cancelliere dia altresì *comunicazione al consulente tecnico di parte*, regolarmente nominato, delle indagini predisposte dal consulente tecnico d'ufficio, evidentemente al fine di consentirgli di esercitare le attività di cui agli artt. 194, 2° comma, e 201, 2° comma, c.p.c. In difetto di tale avviso la consulenza non potrà che stimarsi nulla¹⁷⁵.

Muovendo dall'anzidetto orientamento in base al quale la comunicazione al difensore della parte può avvenire in qualunque modo, purché idoneo a notiziarlo delle attività peritali, si è detto che similmente deve ritenersi valida la comunicazione che abbia in ogni caso assicurato al consulente di parte la conoscenza delle operazioni¹⁷⁶. Nondimeno, la giurisprudenza si è persino spinta oltre, statuendo che la violazione dell'obbligo di comunicazione al consulente tecnico di parte delle indagini predisposte dal consulente d'ufficio non produce nullità della consulenza, quando il consulente della parte interessata avrebbe potuto

peritali vertenti su cose diverse dalla sua persona. In precedenza, similmente, Cass. 3 dicembre 1986, n. 7173.

¹⁷⁵ A. LEVONI, *Le disposizioni di attuazione del codice di procedura civile*, cit., 224 ritiene che la nullità non sussista nel caso in cui la consulenza fosse espletata in udienza ovvero in ogni caso alla presenza del giudice; in simili ipotesi, infatti, il giudice fissa le date e i luoghi delle attività con provvedimenti che sono noti alle parti e, quando è presente, allo stesso consulente di parte, «talché mal si comprende un obbligo di comunicazione del cancelliere verso il perito, quando eguale obbligo non sussiste né verso le parti personalmente né verso i difensori. L'obbligatoria comunicazione in parola deve quindi ritenersi dovuta unicamente quando il consulente d'ufficio sia stato incaricato di agire da sé solo».

¹⁷⁶ A. LEVONI, *op. cit.*, 225.

essere informato di tali operazioni dal difensore della medesima¹⁷⁷. In sostanza, finanche l'omessa comunicazione al perito di parte non è idonea a viziare la consulenza, quando la comunicazione abbia comunque avuto luogo nei confronti del difensore della parte, dal momento che, si sostiene, quest'ultimo ben avrebbe potuto (e dovuto, in ossequio ai doveri di diligenza professionale) informare a sua volta il perito. La dottrina che si è soffermata sulla questione ha tuttavia per contro ritenuto, con una lettura senza dubbio più garantista e aderente al dettato normativo, che gli obblighi di comunicazione verso il difensore e il consulente di parte, previsti in due norme distinte e successive, non siano sanciti in via alternativa ma cumulativa¹⁷⁸.

Si consideri poi che la prassi considera necessaria soltanto la comunicazione dell'*inizio delle operazioni* e non delle indagini successive, poiché incombe sulle parti, una volta instaurato il contraddittorio nel sub-procedimento peritale, l'onere d'informarsi sul prosieguo delle attività per parteciparvi ove ne abbiano interesse¹⁷⁹. Tuttavia, laddove il consulente rinvii le operazioni a data da destinarsi e poi riprenda le stesse senza dare avviso alle parti¹⁸⁰, oppure

¹⁷⁷ Cass. 28 febbraio 2014, n. 4808; nello stesso verso, in precedenza, Cass. 26 aprile 1983, n. 2834.

¹⁷⁸ A. LEVONI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁷⁹ Cass. 2 agosto 2003, n. 11786; Cass. 7 febbraio 1996, n. 986; Cass. 3 febbraio 1993, n. 1318, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 1433; App. Napoli 17 marzo 2008. A. LEVONI, *op. cit.*, 226 ritiene che la necessità di comunicare ai difensori soltanto l'inizio delle operazioni peritali non potrà non trovare applicazione anche per ciò che concerne la comunicazione ai consulenti delle parti regolarmente nominati.

¹⁸⁰ Cass. 2 marzo 2004, n. 4271, in *Gius.*, 2004, 2868; Cass. 3 gennaio 2003, n. 15.

rinvii le operazioni ad una data determinata, provvedendo a darne comunicazione alle parti, e successivamente proceda ad un'ulteriore operazione peritale in data anticipata rispetto a quella fissata, omettendo di notiziare le parti, non potrà che essere sancita la nullità della consulenza, sempre che vi sia stato, in relazione alle circostanze del caso concreto, un pregiudizio al diritto di difesa¹⁸¹.

Non è tuttavia necessario comunicare l'inizio delle operazioni quando le stesse si risolvano in attività meramente acquisitive di elementi emergenti da pubblici registri accessibili a chiunque¹⁸², nonché nell'ipotesi in cui al consulente si chieda un'attività di natura esclusivamente intellettuale di valutazione dei risultati già ottenuti e formati¹⁸³, poiché il diritto delle parti di essere avvisate al fine di intervenire alle operazioni tecniche anche a mezzo dei propri consulenti tecnici deve essere inteso non come

¹⁸¹ Cass. 7 luglio 2008, n. 18598; App. Napoli 26 febbraio 2009.

¹⁸² Cfr. Cass. 11 dicembre 1992, n. 13109, riguardante controlli presso gli uffici del genio civile, in merito ai quali è lecito dubitare, come ammesso dalla decisione stessa, che si tratti di vere e proprie operazioni tecniche.

¹⁸³ Cass. 17 marzo 2005, n. 5762, in *Guida dir.*, 2005, n. 17, 51, secondo cui, qualora per la stesura di un nuovo parere il consulente tecnico d'ufficio non abbia eseguito nuovi accertamenti ma si sia servito della medesima documentazione e dei risultati degli accertamenti tecnici effettuati in precedenza, non sussiste la necessità della comunicazione alle parti prescritta dagli artt. 90 e 91 disp. att. c.p.c.; Cass. 19 aprile 1984, n. 2583. In senso analogo Cass. 17 settembre 1991, n. 9672, per la quale il consulente tecnico d'ufficio, a cui siano stati richiesti chiarimenti in merito all'indagine già espletata, non implicanti l'acquisizione di ulteriori dati od elementi di valutazione, e pertanto meramente esplicativi della relazione già stilata, non è tenuto all'obbligo di comunicazione alle parti.

diritto a partecipare alla stesura della relazione medesima, che è atto riservato al consulente d'ufficio, ma soltanto all'accertamento materiale dei dati da elaborare¹⁸⁴. È invece diritto delle parti partecipare alle operazioni materiali meramente strumentali allo svolgimento dell'indagine tecnica¹⁸⁵.

Sempre in merito agli strumenti posti a presidio del contraddittorio nel corso dell'espletamento della consulenza tecnica si consideri che, in virtù dell'art. 90 disp. att. c.p.c., è necessario comunicare «alle parti avverse copia degli scritti defensionali», ovverosia delle osservazioni e delle istanze che le parti possono presentare al consulente nel corso delle operazioni¹⁸⁶.

La giurisprudenza è tutt'altro che severa nell'applicazione della norma. È stato ad esempio affermato che in caso d'inosservanza dell'obbligo, il consulente tecnico sarebbe semplicemente tenuto a non considerare le osservazioni pervenutegli e non comunicate alla controparte¹⁸⁷. In

¹⁸⁴ Così, in relazione ad una consulenza tecnica d'ufficio contabile, Cass. 7 dicembre 2010, n. 24792.

¹⁸⁵ Così, esattamente, Cass. 3 gennaio 2003, n. 15. Nel caso specifico, ai fini dell'esame del DNA, si è identificato il momento d'inizio delle attività peritali con il prelievo dei campioni ematici e non già con il successivo momento di trattamento dei campioni stessi.

¹⁸⁶ Nonostante la forma impersonale utilizzata dalla norma la comunicazione spetta alle parti e non già al consulente. Cfr. Cass. 16 dicembre 1971, n. 3691 e, in dottrina, A. LEVONI, *Le disposizioni di attuazione del codice di procedura civile*, cit., 222.

¹⁸⁷ Si v. ancora Cass. 16 dicembre 1971, n. 3691, cui *adde* App. Roma 29 gennaio 1991, in *Giust. civ.*, I, 728, per la quale «la relazione del consulente tecnico d'ufficio non è viziata da nullità per il fatto che il consulente stesso abbia ricevuto atti e documenti da una delle parti senza comunicarli all'altra parte, purché non abbia tenuto conto degli atti medesimi, in quanto, in applicazione

misura ancor meno garantista, si è detto che non sarebbe dovuta nessuna comunicazione degli scritti difensivi diretti al consulente tecnico, in relazione ai quali la controparte può sempre replicare censurando le argomentazioni che il consulente tecnico nominato d'ufficio abbia eventualmente fatto proprie e trasfuso nella sua relazione¹⁸⁸. All'opposto la dottrina ritiene che il consulente sia tenuto a ignorare le osservazioni ed istanze non comunicate, se non altro fino a quando non abbia la prova dell'avvenuta comunicazione o comunque possa evincersi l'effettiva conoscenza della controparte degli scritti in questione (ciò che accadrebbe, ad esempio, nel caso in cui la controparte contestasse nel merito le osservazioni non comunicate¹⁸⁹). È stato peraltro suggerito che il consulente rifiuti a monte di ricevere le osservazioni e le istanze non previamente comunicate. In particolare, se la parte è effettivamente tenuta a notificare o scambiare gli scritti difensionali, ne deriva che il consulente dovrebbe rifiutarne la ricezione se dai documenti non risulti il visto di scambio di cui all'art. 170, 4° comma, c.p.c. o se non venga allegata la relazione di notifica alla controparte¹⁹⁰. Si tratta di una linea interpretativa con ogni evidenza garantista, volta ad evitare l'inconveniente concreto che il consulente possa in ogni caso subire un'indebita influenza nella redazione della relazione peritale ad opera di scritti non sottoposti al contraddittorio delle parti.

La giurisprudenza è assolutamente pacifica nell'affermare che tutte le ipotesi di nullità della c.t.u., e in particolare

del principio del contraddittorio, l'anzidetto obbligo di comunicazione incombe sulla parte e non sul c.t.u.».

¹⁸⁸ Così si è espressa Cass. 24 aprile 1993, n. 4821.

¹⁸⁹ A. LEVONI, *Le disposizioni di attuazione del codice di procedura civile*, cit., 222.

¹⁹⁰ M. ROSSETTI, *Il C.T.U. («l'occhiale del giudice»)*, cit., 136.

quelle ora esaminate pertinenti alla violazione del contraddittorio, hanno carattere relativo, con la conseguenza che le stesse devono essere fatte valere nella prima udienza successiva al deposito della relazione¹⁹¹; il mancato rilievo del motivo di nullità comporta naturalmente l'utilizzabilità della relazione in primo grado come in appello¹⁹².

¹⁹¹ Cass. 20 febbraio 2003, n. 2589; Cass. 17 dicembre 2004, n. 23467, in *Guida dir.*, 2005, n. 2, 35; Cass. sez. un. 29 novembre 1974, n. 3907; Trib. Foggia 16 settembre 2011; per la natura relativa delle nullità riguardanti l'allargamento dell'indagine tecnica oltre i limiti dei quesiti posti dal giudice App. Catania 9 marzo 2005; App. Napoli 4 giugno 2008; in ordine alla nullità relativa per mancata esplicitazione dei gravi motivi previsti dall'art. 196 c.p.c. per disporre la sostituzione del consulente tecnico d'ufficio già nominato cfr. Cass. 17 settembre 2013, n. 21149; Cass. 19 agosto 2002, n. 12231, per la nullità relativa riguardante la consultazione da parte del c.t.u. di documenti non ritualmente prodotti in causa. *Ex multis*, per la nullità relativa della consulenza viziata da omessa comunicazione alle parti della data di inizio delle operazioni peritali, Cass. 10 dicembre 2010, n. 24996; Cass. 8 aprile 2010, n. 8347; Cass. 17 marzo 2005, n. 5762, in *Guida dir.*, 2005, n. 17, 51; Cass. 28 novembre 2001, n. 15133; Cass. 23 dicembre 1999, n. 14483; Cass. 1 agosto 1995, n. 8383; Trib. Brescia 31 gennaio 2003; Id. 26 febbraio 2003. In dottrina, per la nullità relativa, suscettibile di sanatoria, dei vizi di instaurazione del contraddittorio nell'ambito dell'espletamento della consulenza, si v. per tutti M. VELLANI, voce *Consulenza tecnica nel diritto processuale civile*, cit., 533; S. SATTA-C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, cit., 324; V. ANSANELLI, *La consulenza tecnica nel processo civile. Problemi e funzionalità*, cit., 248; L. MONTESANO, *Manuale di diritto processuale civile*, I, Padova, 2012, 438.

¹⁹² Cfr. App. Campobasso 24 marzo 2011, in ordine all'utilizzabilità in appello degli accertamenti eseguiti dal consulente tecnico d'ufficio in violazione della ripartizione degli

È forse il caso di soffermarsi sulla ragione per la quale la giurisprudenza abbia ribadito con estrema frequenza e insistenza che per difesa successiva s'intende anche l'udienza di mero rinvio e che la denuncia di detto inadempimento formale non richiede la conoscenza del contenuto dell'elaborato del consulente¹⁹³. Come è stato osservato in dottrina¹⁹⁴, nel sistema *ante* riforma del 2009, la relazione peritale veniva depositata direttamente in udienza, così che il difensore tecnico non aveva certo il tempo di operare una scelta strategica efficace tra denunciare o meno la violazione del principio del contraddittorio. Ovviamente il dubbio aveva ragione di porsi in quanto non era escluso che la consulenza invero contenesse valutazioni favorevoli alla parte lesa; di talché il rilievo della nullità sarebbe andato evidentemente a detrimento e non a favore della parte assistita. Frequentemente avveniva pertanto che il difensore chiedesse un rinvio per poter visionare la relazione peritale, in seguito al quale, all'udienza o nella difesa successiva, soltanto se la relazione palesava elementi svantaggiosi eccepiva la nullità della consulenza viziata. D'altro canto, i giudici di merito, d'ufficio o accogliendo

oneri probatori, violazione non eccepita dinanzi al giudice di prime cure.

¹⁹³ Cass. 24 gennaio 2013, n. 1744; Cass. 10 dicembre 2010, n. 24996; Cass. 25 ottobre 2006, n. 22843; Cass. 20 luglio 2004, n. 13453, in *Guida dir.*, 2005, n. 2, 35; Cass. 6 ottobre 2005, n. 19467, in *Guida dir.*, 2005, n. 47, 47; Cass. 28 novembre 2001, n. 15133; Cass. 1 agosto 1995, n. 8383; nella giurisprudenza di merito App. Potenza 8 ottobre 2014; App. Napoli 19 settembre 2011; Trib. Piacenza 26 maggio 2011; Trib. Salerno 1 dicembre 2009.

¹⁹⁴ Cfr. M. MONTANARI, *Tutela del contraddittorio in sede di consulenza tecnica e comunicazione d'inizio attività del perito*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, 698.

l'eccezione a questo punto formulata dalla controparte, dichiaravano la tardività dell'eccezione di nullità così formulata, insegnando che per difesa immediatamente successiva deve intendersi anche un'udienza di mero rinvio, considerato che l'art. 157, 2° comma, c.p.c. non opera distinzione alcuna. Orbene, la nuova scansione temporale del sub-procedimento peritale introdotta con la l. n. 69/2009 al fine di evitare udienze «a vuoto», priva inesorabilmente di fondamento le preoccupazioni denunciate, giacché nell'udienza successiva le parti (*recte*: i loro difensori) hanno già avuto modo di studiare la relazione trasmessagli dal consulente e decidere consapevolmente se far valere la lesione del contraddittorio ovvero tacere¹⁹⁵.

A questo punto dell'esposizione è il caso di riprendere brevemente il discorso, soltanto accennato nel primo capitolo, relativo all'interesse, contemplato dal secondo comma dell'art. 157 c.p.c., ad eccepire le nullità relative¹⁹⁶. La disposizione prevede che «soltanto la parte nel cui *interesse* è stabilito un requisito può opporre la nullità dell'atto per la mancanza del requisito stesso»; orbene, come anticipato, non è pacifico in cosa consista l'interesse menzionato dalla norma.

Va preliminarmente chiarito che, come è stato osservato, il tema dell'interesse ad eccepire la nullità deve essere tenuto distinto dal principio del raggiungimento dello scopo: se vi è raggiungimento dello scopo la nullità non può essere dichiarata, senza che rilevi il comportamento della parte nel cui interesse è stabilito il requisito formale¹⁹⁷. Il

¹⁹⁵ M. MONTANARI, *op. ult. cit.*, 698, 699.

¹⁹⁶ Cfr. *supra* cap. I, § 4.

¹⁹⁷ Così R. POLI, *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, cit., 207. In merito ad ulteriore ma affine argomento – la nullità

discorso sull'interesse ad opporre la nullità subentra quando vi sia stata la violazione di una norma processuale e al contempo lo scopo non possa dirsi comunque raggiunto.

Secondo una prima teoria l'interesse sarebbe considerato in *astratto* dal legislatore nel momento in cui ha regolato l'atto e i suoi requisiti formali. Così ragionando, accertata la nullità dovuta alla violazione della forma-contenuto dell'atto processuale e al contempo la mancata sanatoria, il giudice sarebbe obbligato a pronunciare in via *automatica* e senza ulteriori verifiche la nullità. Il pregiudizio che la parte riceve dal mancato rispetto del requisito formale è, secondo questa prospettiva esegetica, *in re ipsa*, cioè stabilito in via astratta e definitiva dal legislatore, cosicché il giudice non potrebbe avocare a sé un ulteriore controllo di idoneità della violazione della norma processuale a originare un pregiudizio. Del resto, ritenere che l'interesse ad eccepire la nullità sia di natura astratta rappresenta un giusto punto d'equilibrio nei rapporti tra il soggetto che non rispetta le norme processuali e il soggetto che subisce l'inosservanza di forme commessa da altri, a tacere del

della decisione fondata su una questione rilevata d'ufficio e non sottoposta al contraddittorio delle parti – si è detto che la sanatoria della nullità per mancanza di interesse sarebbe «non lontana da (ma neppure coincidente con) quella prevista dall'art. 156, comma 3, c.p.c. per raggiungimento dello scopo. Di diverso vi è qui che – molto più semplicemente – si rivela dall'atto di gravame del soccombente menomato nel suo diritto di difesa, che non c'era alcuno scopo da raggiungere se pur si fosse stimolato il contraddittorio al momento debito. Il comma 3 dell'art. 156 c.p.c. sovviene dunque solo per analogia» (C. CONSOLO, *Le sezioni unite sulla causalità del vizio nelle sentenze della terza via: a proposito della nullità, indubbia ma peculiare perché sanabile allorché emerga l'assenza in concreto di scopo del contraddittorio eliso*, in *Corr. giur.*, 2010, 355 ss.).

fatto che l'avvertita esigenza di evitare inutili formalismi è già affidata al principio del raggiungimento dello scopo¹⁹⁸. In senso opposto, ci si è chiesti tuttavia se la parte legittimata ad eccepire la nullità non debba piuttosto dimostrare un interesse reale e *concreto* a rilevarla. Così ragionando si renderebbe necessaria, nel momento del rilievo del vizio, un'ulteriore dimostrazione rispetto a quella della violazione della norma processuale, rappresentata dall'*effettivo pregiudizio subito*. In altri termini, affinché la nullità possa essere pronunciata la parte dovrebbe attestare che quel pregiudizio fissato in astratto dalla legge si sia effettivamente realizzato, che l'omissione o il vizio del requisito stabilito dalla legge gli abbia procurato un danno reale¹⁹⁹.

¹⁹⁸ R. POLI, *op. ult. cit.*, 208 e ivi l'ulteriore precisazione che il tema del concreto pregiudizio non va confuso con il dovere per la parte di formulare un'eccezione completa e specifica.

¹⁹⁹ In dottrina per il concreto pregiudizio v. soprattutto F. MARELLI, *La conservazione degli atti invalidi nel processo civile*, Padova, 2000, 142 ss., che ricorda (ivi, 144, nt. 173) come la regola dell'interesse concreto a far valere la nullità non sia sconosciuta ad altri ordinamenti processuali come ad esempio quello francese (art. 114 n.c.p.c.: «*La nullité ne peut être prononcée qu'à charge pour l'adversaire qui l'invoque de prouver le grief que lui cause l'irrégularité, même lorsqu'il s'agit d'une formalité substantielle ou d'ordre public*»). In senso opposto si v. tuttavia G. MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, I, *Disposizioni generali. I processi di cognizione di primo grado. Le impugnazioni*, Padova, 2015, 301; L. MONTESANO-G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, cit., 819, secondo cui non è necessaria la dimostrazione di «eventuali pregiudizi, diversi da quelli che la legge ha già considerato nella predeterminazione astratta dello schema legale dell'atto»; R. ORIANI, voce *Nullità degli atti processuali*, cit., 11, per il quale «la valutazione dell'interesse è fatta una volta per tutte dal legislatore nel momento in cui prescrive, per proteggere una parte, determinati requisiti

In materia di prove, l'analisi del quadro giurisprudenziale porta invero a ridimensionare la questione, sia perché il principio in esame è richiamato in via pressoché esclusiva in ordine alle nullità nell'espletamento della consulenza tecnica²⁰⁰, sia perché in realtà il principio del concreto

formali; il pregiudizio è *in re ipsa*, di modo che la parte ottiene la dichiarazione di nullità per il solo fatto che manchino i requisiti formali, senza dover dimostrare alcunché»; R. POLI, *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, cit., 206 ss.; C. BESSO, *Il processo civile. Nozioni generali*, Torino, 2015, 216, secondo cui non è necessario che la parte abbia subito un concreto pregiudizio a causa del vizio, dal momento che «la valutazione dell'interesse della parte è fatta in astratto dal legislatore attraverso l'imposizione di un determinato requisito così che, quando il requisito è omesso, la sussistenza del pregiudizio viene considerata *in re ipsa*».

²⁰⁰ Cfr. in questo senso V. ANSANELLI, *Commento all'art. 194*, in M. TARUFFO (a cura di), *Istruzione probatoria*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, Bologna, 2014, 58: «si tratta di un'impostazione che non trova riscontro in relazione alle modalità di utilizzazione degli altri mezzi di prova tipici. Il che induce a ritenere che la particolare "elasticità" con la quale viene interpretata la disciplina della consulenza tecnica d'ufficio sia da ricondursi alla mancata espressa qualificazione probatoria di tale strumento». L'A. dunque critica la creazione di un onere di specificazione di quali siano le lesioni conseguite alla denunciata nullità.

A ben vedere non è un caso che la questione assuma precipua rilevanza in tema di rispetto del contraddittorio nell'ambito del sub-procedimento della consulenza tecnica. La questione ricalca, *mutatis mutandis*, il problema del contraddittorio violato in seguito al rilievo d'ufficio di una questione posta a fondamento della decisione, che dà luogo sicuramente a nullità della sentenza, salvo valutare se poi possa esservi reale interesse all'impugnazione oppure il vizio debba considerarsi sanato (sul punto cfr. C. CONSOLO, *Le sezioni unite sulla causalità del vizio nelle sentenze della terza via: a proposito della nullità, indubbia ma peculiare perché sanabile allorché emerga l'assenza in concreto di scopo del*

pregiudizio viene sovente evocato o *ad abundantiam*, in ipotesi in cui la nullità deve dirsi sanata perché non eccepita nell'udienza immediatamente successiva al deposito della relazione, o in ipotesi in cui la prassi nega la sussistenza di vere e proprie nullità della consulenza, come ad esempio nel caso in cui: una frazione della consulenza sia effettuata da un ausiliario del c.t.u. non nominato dal giudice; il perito consulti senza previo avviso documenti

contraddittorio eliso, cit., 355 ss.). Su ulteriore versante la questione richiama più in generale i limiti entro cui è possibile far valere la violazione delle norme processuali. Cass. 27 luglio 2007, n. 16630, ad es., ha statuito che la denuncia del mancato invito a precisare le conclusioni può comportare la cassazione della sentenza solo se il ricorrente in concreto indichi le istanze, le modifiche o le deduzioni che si sarebbero volute effettuare ed il conseguente pregiudizio a lui derivato; Cass. 9 marzo 2012, n. 3712, in *Fam. dir.*, 2013, 1001, con nota di S. MARIANI, *Amministrazione di sostegno, perdita della capacità processuale, mancata interruzione del processo e nullità: un puzzle da ricomporre*. Questi arresti muovono dal comune presupposto che i vizi importanti nullità della sentenza o del procedimento non possono essere denunciati *ex art.* 360, n. 4, c.p.c. in cassazione se il ricorrente non indichi lo specifico e concreto pregiudizio subito in conseguenza dei suddetti vizi (così Cass. 30 dicembre 2011, n. 30652, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 4, 1085, con nota di DONZELLI, *Il filtro in cassazione e la violazione dei principi regolatori del giusto processo*). Per una pronuncia in senso contrario cfr. Cass. 18 ottobre 2005, n. 20142, per la quale «l'omessa assicurazione alle parti del potere di depositare le conclusioni, conseguente al deposito della sentenza prima della scadenza del relativo termine, deve ritenersi in ogni caso causa di nullità della sentenza per violazione del diritto di difesa, senza che ai fini della deduzione della nullità con il mezzo di impugnazione la parte sia onerata di indicare se e quali argomenti non svolti nei precedenti atti difensivi avrebbe potuto svolgere ove le fosse stato consentito il deposito della conclusionale».

pubblici accessibili alle parti; il consulente non dia avviso di operazioni peritali successive all'inizio delle indagini²⁰¹. Accanto a queste ipotesi possono affiancarsi tuttavia casi che evidenziano maggiori incertezze: si pensi alla mancata comunicazione di uno scritto defensionale alla controparte oppure alla presenza durante lo svolgimento delle operazioni peritali di un consulente di parte non formalmente nominato²⁰². In quest'ultima ipotesi, ad esempio, la delicatezza della questione consta nell'evidente difficoltà per la parte di dimostrare il pregiudizio subito in seguito alla violazione dell'art. 201 c.p.c. In effetti – a tacere dell'asimmetria difensiva in cui inaspettatamente viene a trovarsi una parte nel corso delle operazioni peritali – deve considerarsi che non essendo le operazioni stesse soggette a verbalizzazione non sarebbe agevole dimostrare in quali termini il consulente di parte non formalmente nominato abbia influito sul contenuto finale della relazione, cosicché il rischio sarebbe quello di onerare la parte che ha subito la violazione di una norma processuale di una prova che potrebbe rivelarsi significativamente gravosa.

²⁰¹ In argomento è possibile dunque richiamare alcune delle sentenze già citate a vario titolo: si v. ad es. Cass., sez. un. 18 marzo 1988, n. 2481; Cass. 24 aprile 1993, n. 4821; Cass. 20 dicembre 1994, n. 10971; Cass. 7 febbraio 1996, n. 986; con specifico riferimento alla perizia parzialmente espletata da un soggetto diverso dal consulente cfr. Cass. 8 giugno 2007, n. 13428.

²⁰² Così Cass. 7 luglio 2001, n. 9231. Dalla motivazione della sentenza si evince che nella fattispecie la parte aveva nel momento del deposito della relazione «segnalato la irregolare presenza del consulente di parte solo sul piano formale, non traendone alcuna conseguenza di carattere concreto sulle modalità di espressione del giudizio tecnico e sul suo contenuto».

Ma è possibile in maniera ancora più incisiva rimandare a quelle ipotesi in cui la norma a tutela del contraddittorio sia *tout court* violata e il principio in parola eliso totalmente. S'immagini il caso in cui il consulente dia avviso dell'inizio delle operazioni peritali a una sola parte: orbene, è problematico sostenere che anche in siffatta ipotesi la parte, per eccepire la nullità processuale, debba dimostrare un pregiudizio concreto. In definitiva, sembra di poter affermare che la teoria del pregiudizio effettivo, quale chiave d'accesso al rispetto delle norme processuali, se pure in qualche caso potrebbe indubbiamente dissuadere le parti da eccezioni pretestuose, integra uno strumento pericoloso, che rischia di gravare la parte lesa di una prova non agevole anche nelle ipotesi di manifesta violazione del contraddittorio²⁰³.

6. Questioni relative all'allargamento del *thema decidendum e/o probandum* in corso di assunzione.

²⁰³ Cfr. R. POLI, *op. ult. cit.*, 208, il quale osserva che la dimostrazione del concreto pregiudizio non risulta necessaria vuoi perché l'art. 157 c.p.c. non menziona tale requisito vuoi perché la legge, se lo ritiene necessario, lo richiede esplicitamente (si v. l'art. 294 c.p.c.). Ancora, a parere dell'A., «riconoscere rilevanza all'effettivo pregiudizio finirebbe per danneggiare lo svolgimento del processo, anziché razionalizzarlo, in contrasto con il principio costituzionale della ragionevole durata. Infatti, il riconoscimento generalizzato di tale presupposto finirebbe per introdurre complicatissime questioni ogni volta che si debba decidere sulla sussistenza di una nullità processuale, questioni rese ancor più delicate e complesse dalla indeterminatezza del concetto di effettivo pregiudizio, cui non potrebbe non corrispondere una discrezionalità estremamente ampia in sede di valutazione della sua sussistenza, in palese contrasto con le esigenze di speditezza e certezza che connotano le questioni di nullità degli atti».

Modalità di assunzione della prova surrettiziamente elusive delle preclusioni processuali e/o della ripartizione degli oneri probatori. In particolare, l'acquisizione di documenti attraverso lo strumento degli scritti in aiuto alla memoria del testimone ovvero nel corso dell'espletamento della consulenza tecnica; l'assunzione di informazioni nel corso della consulenza e dell'ispezione.

A questo punto è utile prendere in esame alcuni strumenti di modalità di assunzione delle prove per rimarcare come essi non possano tendenzialmente porsi in contrasto con la disciplina: a) dell'allegazione dei fatti; b) della ripartizione degli oneri probatori; c) delle preclusioni. Il discorso riprende dunque quanto già parzialmente rilevato innanzi circa i limiti oggettivi della prova e l'impossibilità di disporre una prova per sopperire ai difetti di allegazione e alla ripartizione degli oneri probatori gravanti sulle parti. Questa volta il tema è studiato tuttavia in corso di assunzione, prospettiva che spiega la presenza dell'ulteriore variabile temporale rappresentata dalle preclusioni.

L'art. 253 c.p.c. attribuisce al giudice istruttore il potere esclusivo di interrogare «il testimone sui fatti intorno ai quali è chiamato a deporre»²⁰⁴. L'inciso normativo è evidentemente legato alle modalità di deduzione dei fatti in maniera specifica, giacché lo strumento non può certamente risolversi in un mezzo attraverso cui supplire al difetto di deduzione specifica. In altri termini, la

²⁰⁴ È nota la prassi di procedere all'escussione dei testi nel contraddittorio tra i difensori e in assenza del giudice, il quale è solo in un momento successivo chiamato a vidimare i risultati dell'assunzione.

deposizione deve svolgersi entro i limiti delle domande capitolate dalle parti nell'atto di deduzione della prova.

La norma in esame autorizza altresì il giudice a rivolgere al testimone, «d'ufficio o su istanza di parte, tutte le domande che ritiene utili a chiarire i fatti medesimi». La facoltà del giudice di chiedere chiarimenti e precisazioni ha natura esclusivamente integrativa e non suppletiva: non può dunque sanare i vizi di genericità nella deduzione dei fatti²⁰⁵, né tantomeno estendere l'esame a fatti completamente estranei rispetto a quelli dedotti, perché altrimenti il giudice si sostituirebbe alla parte nell'onere di articolare correttamente la prova testimoniale²⁰⁶. Le c.d. domande a chiarimento sono in conclusione utili a definire (ulteriormente) i contorni di un fatto già individuato ma non a sostituire l'attività di deduzione della parte²⁰⁷.

In sintonia con quanto detto si consideri che anche le domande rivolte ai testi già sentiti, in sede di rinnovazione dell'esame (art. 257, 2° comma, c.p.c.) ovvero in sede di confronto (art. 254 c.p.c.), e quelle rivolte ai testi di riferimento (art. 257, 1° comma, c.p.c.) non possono essere diverse da quelle formulate nei capitoli di prova e rappresentare uno strumento per correggere o modificare le domande contenute nei capitoli di prova previamente formulati²⁰⁸.

²⁰⁵ In questo senso Cass. 12 febbraio 2008, n. 3280.

²⁰⁶ Così Cass. 22 febbraio 1990, n. 1312. Cfr. sul punto L. DITTRICH, *La ricerca della verità nel processo civile: profili evolutivi in tema di prova testimoniale, consulenza tecnica e fatto notorio*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 112 ss.

²⁰⁷ Cfr. Cass. 12 febbraio 2008, n. 3280.

²⁰⁸ R. CREVANI, *La prova testimoniale*, in M. TARUFFO (a cura di), *La prova nel processo civile*, Milano, 2012, 358, nt. 246; in giurisprudenza si v. Cass. 16 agosto 1990, n. 8308. Sulla questione cfr. soprattutto le osservazioni di B. CAVALLONE, *Principio*

L'eventuale assunzione che avvenga fuori dei limiti tracciati dalla deduzione specifica dei fatti non si sottrae al regime generale di nullità rilevabile su istanza di parte predicato dalla giurisprudenza con riferimento, in via generale, ai vizi di ammissione e assunzione della prova testimoniale; nullità, ovviamente, riguardante soltanto le dichiarazioni ultronee. Anche con riferimento all'esame su circostanze non dedotte nei capitoli di prova, pertanto, la giurisprudenza si orienta per la non rilevabilità officiosa del relativo vizio²⁰⁹ e la conseguente necessità dell'eccezione di parte, che potrà essere considerata tempestiva se opposta nell'immediatezza dell'assunzione. È stato peraltro correttamente osservato che nel caso in cui dovesse essere sollevata l'eccezione in parola risulterebbe essenziale procedere alla verbalizzazione delle domande poste a chiarimento al fine di comprendere se le stesse possano effettivamente considerarsi soltanto a chiarimento, e dunque in funzione integrativa, ovvero sopperiscano in realtà a deficienze nella deduzione della

*dispositivo, fatti secondari e fatti «rilevabili ex officio», in ID., Il giudice e la prova nel processo civile, Padova, 1991, 145 ss., 151, il quale non nega che le domande a chiarimento ex artt. 253 e 257 c.p.c. possano avere ad oggetto anche circostanze estranee alla formulazione letterale dei capitoli. Tuttavia, la deroga arrecata al principio dell'estraneità del giudice alla formazione del *thema probandum* è giustificabile, secondo l'A., «non tanto in una consapevole sottrazione al vigore del principio dispositivo, da parte del legislatore, della materia dei fatti secondarii, quanto in una insopprimibile esigenza logica e pratica: quella che il giudice sia posto in condizione di intendere, e quindi di utilizzare, le deposizioni testimoniali, anche quando le stesse si presentino prima facie ambigue, o polisense, o comunque non in tutto intelligibili».*

²⁰⁹ Cfr. da ultimo Cass. 12 giugno 2015, n. 12192; in precedenza Cass. 18 dicembre 1987, n. 9427; Cass. 6 febbraio 1976, n. 414, in *Foro it.*, 1976, I, 272.

prova. Ciò si è detto perché le domande formulate nel corso dell'assunzione non sono, difformemente dalle osservazioni e dai chiarimenti *ex art. 252 c.p.c.*, nella prassi soggette a verbalizzazione, e da qui l'evidente difficoltà di procedere in un secondo momento a un controllo sulla loro natura²¹⁰. Si tende infine a ritenere valida ed utilizzabile la deposizione *spontanea* del teste su circostanze esorbitanti i capitoli di prova, a condizione che le circostanze siano già allegare dalle parti o pur non allegare integrino meri fatti secondari²¹¹.

A mente dell'art. 230 c.p.c., anche in relazione all'interrogatorio formale il giudice non può fare «domande su fatti diversi da quelli formulati nei capitoli». Viene dunque confermato il divieto di porre domande su fatti diversi rispetto a quelli formulati nei capitoli di prova, al fine di tutelare il diritto di difesa della parte che, predisposta la propria difesa su determinati fatti, si trovi spiazzata da ulteriori fatti emergenti in sede d'assunzione, e fatta salva anche in questo caso la possibilità per il giudice di richiedere i «chiarimenti opportuni sulle risposte date», chiarimenti che in ogni caso non autorizzano il giudice ad indagare su fatti diversi da quelli oggetto di interrogatorio²¹². Sussiste peraltro una eccezione all'impossibilità di porre domande diverse rispetto a quelle dedotte nel corso dell'interrogatorio, rappresentata dalle

²¹⁰ R. CREVANI, *Commento all'art. 253*, in M. TARUFFO (a cura di), *Istruzione probatoria*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, Bologna, 2104, 720.

²¹¹ M. TARUFFO, voce *Prova testimoniale*, cit., 733.

²¹² M. SEGATTI, *Commento all'art. 230*, cit., 527; M. MONTANARI, *Commento all'art. 230*, cit., 2494.

«domande su cui le parti concordano e che il giudice ritiene utili»²¹³.

Quanto alla consulenza tecnica, il suo oggetto risulta circoscritto dai quesiti formulati dal giudice²¹⁴. Come si è visto, il consulente non può naturalmente essere incaricato di indagare su fatti estranei rispetto a quelli allegati dalle parti²¹⁵. È tuttavia ricorrente (e comprensibile) nella prassi l'affermazione per la quale è possibile «trarre elementi di convincimento anche dalla parte della consulenza d'ufficio eccedente i limiti del mandato, ma non sostanzialmente estranea all'oggetto dell'indagine in funzione della quale è stata disposta»²¹⁶. Si ritiene legittima una forma di sconfinamento dai quesiti posti dal giudice a condizione che le indagini non oltrepassino totalmente l'oggetto della consulenza. Il consulente non può rispondere ad ulteriori quesiti che non siano in alcun modo attinenti a quelli posti. In altri termini la consulenza *extra mandatum* è legittima

²¹³ Cfr. sul punto G. LASERRA, voce *Interrogatorio (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, VIII, Torino, 1962, 918; M. TARUFFO, voce *Interrogatorio*, cit., 61; M. MONTANARI, *op. loc. ult. cit.*

²¹⁴ V. ANSANELLI, *Commento all'art. 194 c.p.c.*, cit., 56 ricorda che «l'utilizzazione del termine "indagini" non deve far pensare all'attribuzione al consulente tecnico di una generica funzione inquirente». In giurisprudenza, anche per la natura relativa della nullità dovuta all'allargamento dell'indagine tecnica del consulente oltre i limiti delineati dal giudice, cfr. Cass. 31 gennaio 2013, n. 2251; Cass. 15 aprile 2002, n. 5422; App. Roma 13 marzo 2013.

²¹⁵ A. GIUDICEANDREA, voce *Consulente tecnico*, cit., 532.

²¹⁶ Cass. 18 dicembre 1999, n. 14272; in senso analogo, ad esempio, Cass. 8 gennaio 2000, n. 117; Cass. 21 aprile 1964, n. 951, in *Giust. civ.*, 1964, 427 e in *Giur. it.*, 1965, I, 1, 905. In dottrina, anche per esempi di fatti che non possiedono «rilevanza di per sé, ma sono solo funzionali al migliore compimento delle operazioni del consulente», cfr. G.F. RICCI, *Questioni controverse in tema di onere della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 321 ss.

purché funzionale all'accertamento tecnico, *id est* quando consente al perito di accertare ulteriori elementi fattuali in stretta relazione con l'oggetto della perizia; fuori da questi casi, la consulenza non potrà che ritenersi nulla nella parte eccedente i limiti²¹⁷.

Allo scopo di preservare la genuinità e attendibilità delle risposte, gli artt. 231 e 253, ult. comma, c.p.c. fanno divieto rispettivamente alle parti e ai testimoni di «servirsi di scritti preparati», salva l'autorizzazione del giudice a «valersi di note o appunti» nel caso in cui occorra «fare riferimento a nomi o a cifre, o quando particolari circostanze lo consigliano». Si ritiene che la violazione di questo divieto non possa essere rilevata d'ufficio ma debba essere eccepita dalle parti, nel cui interesse la norma è dettata²¹⁸.

Può darsi il caso che i documenti oggetto di consultazione del teste fossero conosciuti alla parte, che ben avrebbe potuto produrli in giudizio ovvero chiederne l'esibizione. In proposito, se non è revocabile in dubbio la validità della *consultazione* dei documenti effettivamente utili alla memoria del teste e alle risposte da fornire, non deve

²¹⁷ Sulla questione cfr. C. GAMBA, *La consulenza tecnica nel processo civile tra principio del contraddittorio e regole processuali. Problemi applicativi*, cit., 15 ss.

²¹⁸ S. GIANA, *Commento all'art. 231*, in L.P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, III, 1, Torino, 2012, 968; in giurisprudenza si v. Cass. 16 dicembre 1967, n. 2971: «la violazione delle disposizioni di cui agli artt. 231 e 253 c.p.c. – secondo cui, in sede di interrogatorio e di prova testimoniale, non è consentito di valersi di note o di appunti – non è rilevabile di ufficio in ogni stato e grado del processo, essendo le relative norme sancite a tutela di interessi privati». Critica sulla norma G. REALI, *L'interrogatorio della parte nel processo civile*, Bari, 2009, 194.

obliterarsi, proprio perché siamo pur sempre in presenza di una vera e propria testimonianza, che l'assunzione non può ad ogni buon conto tradursi in una *lettura* del documento da parte del testimone. La verbalizzazione della deposizione non può pertanto celare l'introduzione in giudizio del documento²¹⁹.

Tema diverso è invece quello della legittimità (non della verbalizzazione del contenuto del documento consultato ma) dell'*acquisizione materiale* dei documenti consultati dal teste, della cui esistenza la parte era a conoscenza ma che non ha provveduto a produrre. In proposito è stata fornita risposta negativa dal momento che il conseguimento del documento consultato dal testimone rappresenta tecnicamente un'esibizione, possibile soltanto su istanza di parte, la quale, a ben vedere, se formulata all'udienza di assunzione del testimone deve considerarsi tardiva²²⁰. Se non è possibile acquisire i documenti in tal guisa, *id est* su istanza della parte interessata, il passaggio successivo è chiedersi se tale manovra – l'acquisizione del documento consultato dal testimone – sia consentita al giudice grazie ad uno strumento officioso come l'ispezione, sottratto alle logiche preclusive; non sarebbe pertanto la parte interessata a chiedere nell'udienza di assunzione del teste l'acquisizione del documento, bensì il giudice stesso a provvedere in tal senso. Sul punto, una sentenza recente della Suprema Corte ha espresso parere positivo, sancendo la possibilità per il giudice di ordinare al testimone, «ai sensi dell'art. 118 c.p.c., di consentire l'ispezione di documenti utilizzati per aiuto alla memoria, che restano in tal caso acquisiti al fascicolo d'ufficio e

²¹⁹ M. FORNACIARI, *Questioni controverse in materia di prova testimoniale*, cit., § 7.

²²⁰ M. FORNACIARI, *op. loc. ult. cit.*

sono utilizzabili ai fini del decidere, quand'anche l'acquisizione avvenga dopo lo spirare delle preclusioni istruttorie²²¹». Se è vero che in tal modo il problema delle preclusioni è sviato, le questioni di non poca importanza che la pronuncia dà implicitamente per scontate sono rappresentate per un verso dalla possibilità di ispezionare documenti che ben avrebbero potuto essere prodotti in giudizio dalle parti (o che le stesse avrebbero in ogni caso potuto ottenere servendosi di un'istanza di esibizione), e per altro verso dall'effettiva possibilità che l'acquisizione materiale del documento sia conseguibile attraverso l'ispezione, tradizionalmente intesa come strumento di *osservazione* e non già di acquisizione delle fonti di prova²²².

Nella medesima prospettiva, altrettanto discusso è il tema dell'acquisizione di documenti da parte del consulente tecnico nel corso dell'indagine peritale. Se l'art. 194 c.p.c. autorizza le parti «a presentare al consulente, per iscritto o a voce, osservazioni e istanze», l'art. 90 disp. att. c.p.c. delimita questa possibilità facendo divieto al consulente di

²²¹ Cass. 24 settembre 2015, n. 18896.

²²² Un simile *modus argomentandi* si scontra infatti anche con il pensiero di chi – in particolare A. GRAZIOSI, *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, Milano, 2003, 88 ss. – ha sì considerato sovrapponibili le aree applicative dell'esibizione e dell'ispezione, ritenendo che l'ordine di ispezione possa avere ad oggetto anche i documenti, ma ha al contempo ravvisato un'ineliminabile differenza tra i due strumenti in ciò che l'ispezione non consente, diversamente dall'esibizione, l'acquisizione della prova agli atti del giudizio, come invece è avvenuto nella fattispecie qui considerata. Del resto, a prescindere dall'oggetto dei due strumenti, non vi sono dubbi sulla circostanza che l'esibizione è un mezzo di acquisizione che garantisce la materiale acquisizione del documento, mentre l'ispezione consta nella sola osservazione delle fonti di prova.

«ricevere altri scritti defensionali oltre quelli contenenti le osservazioni e le istanze di parte consentite dall'articolo 194 del Codice».

In linea teorica è da escludere la possibilità per il consulente di ricevere dalle parti o da terzi documenti nuovi rispetto a quelli di cui egli già dispone (o ai quali può accedere) in dipendenza dell'incarico affidatogli dal giudice. Come osservato in dottrina, oltretutto, sono strettamente tassative le ipotesi in cui al consulente è consentito ricevere documenti rilevanti per fornire risposta ai quesiti peritali e ciononostante non ancora ritualmente acquisiti al processo²²³. Appare invece pacifico che il consulente possa accedere, senza alcuna limitazione, a quei documenti di pubblico dominio, vale a dire i documenti contenuti in registri accessibili a chiunque²²⁴. Il consulente non ha dunque totale autonomia nel reperimento delle prove documentali, ma soggiace ai medesimi limiti operanti per il giudice. Come il giudice non può fondare la propria decisione su documenti che non siano stati (ritualmente e tempestivamente) prodotti ovvero acquisiti per mezzo di un ordine di esibizione o di una richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione, allo stesso modo il consulente, per assolvere all'incarico ricevuto, non può servirsi di documenti diversi rispetto a

²²³ L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 877 e ivi l'esempio, quale caso in cui il consulente è autorizzato *ex lege* a ricevere documenti non prodotti, dell'art. 121, 5° comma, d.lgs. n. 30/2005 (codice della proprietà industriale), a mente del quale «il consulente tecnico d'ufficio può ricevere i documenti inerenti ai quesiti posti dal giudice anche se non ancora prodotti in causa»; ipotesi ulteriore è quella dell'art. 198, 2° comma, c.p.c.

²²⁴ V. ANSANELLI, *Commento all'art. 194*, cit., 60; Cass. 11 dicembre 1992, n. 13109.

quelli presenti nel fascicolo, che gli siano stati consegnati dalle parti o da terzi.

La giurisprudenza sul punto non è omogenea e anzi passa dall'affermare l'inutilizzabilità della documentazione non acquisita al processo²²⁵, a tendenze opposte e maggiormente liberali²²⁶, talvolta condizionando la valida acquisizione al consenso delle parti²²⁷ o all'indicazione delle fonti, in modo che le parti siano messe in grado di effettuarne il controllo²²⁸.

In proposito è utile indugiare su una recente pronuncia della Suprema Corte che si è opportunamente soffermata sulla questione ora esaminata contribuendo a definire meglio le linee del dibattito²²⁹. Nella fattispecie una delle parti aveva trasmesso direttamente al consulente tecnico d'ufficio la documentazione in suo possesso necessaria a

²²⁵ Si v. Cass. 26 ottobre 1973, n. 2770, per la quale «il consulente tecnico, se può attingere dalle parti o da terzi notizie non desumibili dagli atti del processo, non può invece prendere in considerazione documenti non acquisiti al processo, dato che in tale caso non si tratta di utilizzare dei semplici elementi di fatto, ma di valutare un documento che può essere utilizzato in giudizio solo nel caso in cui il giudice, su espressa richiesta delle parti, ne abbia ordinato l'esibizione ai sensi dell'art. 210 c.p.c.»; nella giurisprudenza di merito cfr. Trib. Roma 2 febbraio 2005, in *Corr. merito*, 2005, 270.

²²⁶ Cfr. Cass. 15 ottobre 2003, n. 15448; Cass. 6 giugno 2003, n. 9060; Cass. 15 aprile 2002, n. 5422. In senso critico, C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, cit., 347.

²²⁷ Cass. 19 agosto 2002, n. 12231.

²²⁸ M. VELLANI, *Consulenza tecnica nel diritto processuale civile*, cit., 532; Cass. 28 gennaio 2010, n. 1901; Cass. 8 giugno 2007, n. 13428; Cass. 6 novembre 2001, n. 13686; Cass. 11 marzo 1995, n. 2865.

²²⁹ Si tratta di Cass. 23 giugno 2015, n. 12921.

rispondere ai quesiti peritali. La controparte aveva prontamente eccepito l'inutilizzabilità dei documenti così ottenuti e il giudice del merito accogliendo l'eccezione aveva sancito la nullità della consulenza che si era servita della suddetta documentazione, espungendo dal coacervo probatorio suscettibile di valutazione l'elaborato del consulente e negando la rinnovazione delle indagini (la risoluzione della questione tecnica non poteva in alcun modo prescindere dalla documentazione non prodotta, di talché la rinnovazione si sarebbe rilevata del tutto inutile). Nel ricorso per cassazione la parte si affida proprio all'orientamento citato in virtù del quale «in tema di consulenza tecnica d'ufficio, rientrando nel potere del consulente tecnico d'ufficio attingere “*aliunde*” notizie e dati, non rilevabili dagli atti processuali e concernenti fatti e situazioni formanti oggetto del suo accertamento, quando ciò sia necessario per espletare convenientemente il compito affidatogli, dette indagini possono concorrere alla formazione del convincimento del giudice solo quando ne siano indicate le fonti, in modo che le parti siano messe in grado di effettuarne il controllo²³⁰».

Prendendo le mosse dalla tesi riportata dal ricorrente, la Cassazione ritiene tuttavia opportuno «chiarire entro che limiti è legittimo l'esercizio di tale facoltà da parte del consulente e quali siano i dati, le notizie, i documenti che egli può acquisire *aliunde*». Il criterio guida è che si tratta di un potere funzionale al corretto espletamento dell'incarico affidato, che non comporta alcun potere di supplenza, da parte del consulente, rispetto al mancato espletamento da parte dei contendenti al rispettivo onere probatorio». Secondo i giudici di legittimità «l'acquisizione di dati e documenti da parte del consulente

²³⁰ Cfr. i riferimenti giurisprudenziali citati in precedenza.

tecnico ha funzione di riscontro e verifica rispetto a quanto affermato e documentato dalle parti». Pertanto, il consulente non è autorizzato, per un verso, a sostituirsi alle parti, andando a ricercare *aliunde* i dati che costituiscono materia di onere di allegazione e di prova, e, per l'altro, a ricevere dalle parti stesse gli atti e i documenti che avrebbero dovuto essere prodotti tempestivamente.

Diversamente, infatti, «il consulente verrebbe impropriamente a supplire al carente espletamento dell'onere probatorio, in violazione sia dell'art. 2697 c.c., che del principio del contraddittorio²³¹».

Come si evince dalla motivazione, nel caso concreto l'ostacolo all'utilizzazione dei documenti in parola è

²³¹ Così ragionando la Suprema Corte nega che il consulente possa acquisire e utilizzare, come nel caso concreto, i documenti atti a comprovare il danno subito dal ricorrente. L'acquisizione di dati e documenti da parte del consulente tecnico infatti ha soltanto «funzione di riscontro e verifica rispetto a quanto affermato e documentato dalle parti». In particolare, il potere di acquisizione è legittimo per ciò che concerne: a) i «documenti in genere pubblici non prodotti dalle parti e che tuttavia siano necessari per portare a termine l'indagine e per verificare sul piano tecnico se le affermazioni delle parti siano o meno corrette (può trattarsi, esemplificativamente, di delibere comunali dalle quali estrarre il coefficiente per determinare il canone di locazione, documentazione relativa ai piani regolatori, dati riscontrabili relativi al valore dei terreni espropriati per verificare che l'indennità di esproprio sia stata correttamente quantificata)»; b) i «documenti non prodotti e che possano essere nella disponibilità di una delle parti o anche di un terzo qualora ne emerga l'indispensabilità all'accertamento di una situazione di comune interesse (quali atti di frazionamento per individuare il confine tra due fondi)»; c) da ultimo, i «dati tecnici di riscontro alle affermazioni e produzioni documentali delle parti», a condizione che venga indicata a queste ultime la fonte di acquisizione dei dati per consentire di verificare l'esatto e pertinente prelievo.

duplice, e rappresentato per un verso dalla violazione della ripartizione degli oneri probatori, poiché era stato il consulente a richiedere i documenti necessari a rispondere ai quesiti peritali²³², e per altro verso proprio dal sistema delle preclusioni. Tale ultimo profilo è peraltro di per sé sufficiente a incidere in modo determinante sull'inutilizzabilità dei documenti, cosicché, pure nel caso in cui fosse stata la parte ad attivarsi e consegnare i documenti al consulente, nulla sarebbe cambiato in ordine all'(in)utilizzabilità degli stessi.

In chiusura del discorso va detto che anche quando la Cassazione ha dichiarato in passato l'inutilizzabilità dei documenti in parola, deducendone un vizio della decisione che motivi sulla base di essi, ha poi qualificato la nullità in esame come relativa²³³. Questo indirizzo è stato peraltro criticato da parte della dottrina, che ha denunciato come siffatta acquisizione documentale si ponga in contrasto con il regime delle preclusioni, la cui violazione è rilevabile *ex officio*²³⁴.

Anche l'ulteriore potere attribuito al consulente dall'art. 194 c.p.c., l'assunzione di informazioni da terzi, va

²³² Si legge in motivazione che «il consulente, non essendo in grado di formulare il giudizio di congruità richiestogli senza una verifica documentale sulle produzioni in corso, sui materiali impiegati, sul numero degli operai al lavoro etc., ha direttamente richiesto alla ricorrente la produzione documentale che questa non si era curata di predisporre e depositare tempestivamente, nonostante l'opposizione della controparte».

²³³ Cfr. Cass. 19 agosto 2002, n. 12231.

²³⁴ M. ROSSETTI, *Il C.T.U. («l'occhiale del giudice»)*, cit., 172 ss.; G. GRASSELLI, *L'istruzione probatoria nel processo civile*, Padova, 1997, 390. In senso critico cfr. anche C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile, II, Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, cit., 347.

correttamente coordinato con i temi trattati nel presente paragrafo. In particolare, «il consulente tecnico d'ufficio può assumere, anche in assenza di espressa autorizzazione del giudice, informazioni da terzi e verificare fatti accessori necessari per rispondere ai quesiti, ma non anche accertare i fatti posti a fondamento di domande ed eccezioni, il cui onere probatorio incombe sulle parti, sicché gli accertamenti compiuti dal consulente oltre i predetti limiti sono nulli per violazione del principio del contraddittorio, e, perciò, privi di qualsiasi valore, probatorio o indiziario²³⁵». Dunque la consulenza non può ritenersi nulla quando le informazioni siano inerenti ai fatti che il perito ha il dovere di accertare e funzionali al reperimento di circostanze relative a fatti accessori²³⁶, a condizione, deve ritenersi, che il consulente indichi le fonti da cui ha attinto tali informazioni, a pena di inutilizzabilità dei dati raccolti.

²³⁵ Cass. 10 marzo 2015, n. 4729; conf. Cass. 19 gennaio 2006, n. 1020; Cass. 10 maggio 2001, n. 6502; Cass. 29 maggio 1998, n. 5345.

²³⁶ Sul valore delle notizie e informazioni ottenute presso terzi dal consulente nell'espletamento dell'indagine si v., in giurisprudenza, Cass. 8 maggio 1979, n. 2615; in dottrina, S. SATTA-C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, cit., 346; M. DE TILLA, *Il consulente tecnico nell'elaborazione giurisprudenziale*, in *Giust. civ.*, 1993, II, 64; A. GIUDICEANDREA, voce *Consulente tecnico (dir. proc. civ.)*, cit., 537.

Nonostante l'art. 194, 2° comma, c.p.c. richieda l'autorizzazione del giudice al fine di domandare chiarimenti alle parti e assumere informazioni da terzi, la giurisprudenza nega l'invalidità della consulenza priva di tale autorizzazione: in questo senso v. recentemente Cass. 10 marzo 2015, n. 4729; nonché Cass. 22 novembre 2007, n. 24323; Cass. 17 aprile 2003, n. 6195; *contra* Cass. 26 ottobre 1995, n. 11133.

Considerazioni non dissimili possono svolgersi anche con riferimento all'ispezione, ove pure è consentito, in virtù dell'art. 262 c.p.c., «sentire testimoni per informazioni». Anche in questa ipotesi l'assunzione delle informazioni è esclusivamente *finalizzata al miglior espletamento dell'ispezione*. È fatto divieto al giudice di acquisire tramite gli *informatori* la prova dei fatti controversi allegati, surrogando così agli oneri probatori a carico delle parti²³⁷; né sarebbe possibile assumere tali informazioni per sopperire alle decadenze istruttorie²³⁸. La parola testimoni va intesa pertanto in senso improprio, in quanto si tratta di soggetti le cui conoscenze sono utili e funzionali allo svolgimento dell'ispezione e non allo scopo di fornire informazioni ulteriori, relative ad altri fatti allegati dalle parti. Si tratta dunque di un mezzo di prova tipico, in quanto disciplinato dal codice, e distinto rispetto alla prova testimoniale (a differenza ad esempio della testimonianza scritta *ex art. 257-bis c.p.c.* che rappresenta una mera modalità di assunzione della prova per testi e che è dunque soggetta ai limiti soggettivi ed oggettivi per questa previsti), funzionale al reperimento di dati utili ad un migliore espletamento dell'ispezione²³⁹. Ne deriva che

²³⁷ G. TRISORIO LIUZZI, voce *Ispezione nel processo civile*, cit., 199; D. VOLPINO, *L'ispezione nel processo civile*, cit., 148; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 836.

²³⁸ A. MASSARI, voce *Ispezione giudiziale*, in *Noviss. Dig. it.*, IX, Torino, 1963, 197; G. TRISORIO LIUZZI, *op. loc. ult. cit.*

²³⁹ G. TRISORIO LIUZZI, voce *Ispezione nel processo civile*, cit., 199; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 836; M. TARUFFO, *Commento all'art. 118*, in A. CARRATTA, M. TARUFFO, *Poteri del giudice*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, cit., 585; M. MONTANARI, *Commento all'art. 262*, in C. CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile*, cit., 2628;

a questi terzi non si applicano le regole di limitazione soggettiva previste dall'art. 246 c.p.c. e quelle di assunzione²⁴⁰. E così ad esempio i «testimoni» non sono tenuti a recitare la formula d'impegno, né le parti debbono previamente indicare i terzi e articolare i capitoli di prova²⁴¹.

7. I vizi del processo verbale. L'omessa verbalizzazione (e la correlativa inesistenza) della prova. L'omessa indicazione della data e delle sottoscrizioni del cancelliere, delle parti, dei testimoni e del consulente. La «verbalizzazione» delle operazioni peritali.

Il verbale è «l'atto con il quale si conserva memoria scritta del compimento di determinate attività²⁴²». In virtù dell'art. 126 c.p.c., esso «deve contenere l'indicazione

D. VOLPINO, *Commento all'art. 262*, in M. TARUFFO (a cura di), *Istruzione probatoria*, cit., 784.

²⁴⁰ F. CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, II, cit., 80; G.A. MICHELI, *Corso di diritto processuale civile*, II, cit., 103; G. BALENA, voce *Ispezione I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XVII, Roma, 1989, 7; G. TRISORIO LIUZZI, voce *Ispezione nel processo civile*, cit., 199; D. VOLPINO, *L'ispezione nel processo civile*, cit., 146 ss.; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 836, nt. 92; M. TARUFFO, *Commento all'art. 118*, cit., 585; *contra* A. FINOCCHIARO, voce *Ispezione giudiziale (diritto processuale civile)*, cit., 960.

²⁴¹ M.T. ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 1962, 94, n. 100; G. BALENA, voce *Ispezione giudiziale*, cit., 7; M. MONTANARI, *op. loc. ult. cit.*; D. VOLPINO, *L'ispezione nel processo civile*, cit., 149 ss., anche per alcune considerazioni in merito al valore probatorio da attribuire a tali dichiarazioni.

²⁴² R. MARENGO, voce *Verbale (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 607.

delle persone intervenute e delle circostanze di luogo e di tempo nelle quali gli atti che documenta sono compiuti; deve inoltre contenere la descrizione delle attività svolte e delle rilevazioni fatte, nonché le dichiarazioni ricevute». Poiché la decisione del giudice deve fondarsi esclusivamente sulle prove precostituite prodotte dalle parti, sulla comune esperienza e sui verbali di causa²⁴³, anche le attività istruttorie – le dichiarazioni dei testimoni e delle parti, le ispezioni, e talvolta (ma eccezionalmente, ovverosia quando il consulente non procede da solo) anche le attività peritali – debbono essere verbalizzate. La funzione del processo verbale è dunque quella di attestare le attività realizzate durante l'udienza, e per quanto qui interessa di certificare l'avvenuta esplicazione dell'attività istruttoria. L'espressione «prova della prova» rende senza dubbio l'idea.

Essendo formato da un pubblico ufficiale nell'esercizio delle proprie funzioni, il processo verbale ha valore di atto pubblico. Si tratta, come attesta l'art. 130 c.p.c., di un atto compiuto dal cancelliere sotto la direzione del giudice e pertanto di un atto posto in essere da un pubblico ufficiale, e non da un soggetto privato (a tacere della prassi talvolta imperante in alcuni tribunali, che vede i difensori redigere di concerto il processo verbale e il giudice sottoscriverlo in un secondo momento²⁴⁴). In qualità di atto pubblico, il

²⁴³ B. CAVALLONE, voce *Processo verbale nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XV, Torino, 1997, 304.

²⁴⁴ In argomento cfr. Cass. 25 ottobre 2006, n. 22841, per la quale «il mancato rispetto delle norme relative alla dettatura e alla redazione del processo verbale (artt. 57 e 130 c.p.c.) non vizia l'udienza civile e non rende gli atti in essa compiuti inidonei al raggiungimento del loro scopo, tenuto conto, altresì, che con la sottoscrizione del giudice viene ugualmente soddisfatta la finalità

processo verbale fa fede sino a querela di falso²⁴⁵ e fornisce piena prova delle circostanze rappresentate e delle attività documentate, della provenienza del documento dal pubblico ufficiale redigente, del contenuto delle dichiarazioni rese dalle parti, nonché degli atti, fatti ed altre circostanze che il pubblico ufficiale attesta essere avvenuti in sua presenza ovvero da lui compiuti²⁴⁶.

sostanziale di attribuire pubblica fede a quanto documentato nel verbale medesimo».

²⁴⁵ La possibilità di ricorrere alla querela di falso avverso le risultanze registrate nel processo verbale non risulta invero pacifica. Infatti l'art. 222 c.p.c. prevede che il documento oggetto di querela di falso sia un documento prodotto dalla parte (che evidentemente intende servirsene in giudizio), mentre il processo verbale è invece un atto dell'ufficio, considerazione che ha indotto una parte della giurisprudenza a non ritenere necessaria la querela di falso per contestare i dati emergenti dal processo verbale (cfr. Cass. 16 gennaio 1990, n. 153). D'altro canto, si è denunciata in dottrina (B. CAVALLONE, voce *Processo verbale nel diritto processuale civile*, cit., 307, 308) la non percorribilità delle alternative ermeneutiche a quella criticata, che condurrebbero o verso una poco plausibile intangibilità del processo verbale o verso una libera dimostrabilità della falsità di quanto risulta dal processo verbale, soluzione quest'ultima che a ragione appare troppo permissiva. In definitiva la querela di falso, con gli opportuni adattamenti che la fattispecie in esame richiede (e per i quali si v. ancora B. CAVALLONE, *ibidem*, soprattutto in ordine alle differenze tra la falsità del verbale promossa nel medesimo grado e la falsità promossa in sede di impugnazione), rimane il mezzo più adatto per contestare quanto attestato nel processo verbale (e dunque ad esempio per vagliare la corrispondenza tra le dichiarazioni effettivamente rese dalle parti e dai testimoni e quanto in concreto verbalizzato); uguale rimedio deve ritenersi esperibile avverso le omissioni (cfr. ad es. Cass. 6 agosto 2002, n. 11778).

²⁴⁶ Così, *ex plurimis*, Cass. 3 settembre 2003, n. 12828; Cass. 11 settembre 1999, n. 9696; Cass. 6 giugno 1985, n. 3364; App. Roma 25 maggio 2005.

Il processo verbale documenta le attività istruttorie, costituendo a sua volta prova (piena, come si è detto) che le stesse sono state effettivamente svolte con determinate modalità. In primo luogo, nelle ipotesi in cui la causa sia *ex lege* devoluta alla decisione del tribunale in composizione collegiale, la verbalizzazione consente che le prove assunte dal giudice istruttore siano correttamente ed esaurientemente valutate dagli altri giudici che compongono il collegio. In secondo luogo, la consacrazione delle risultanze istruttorie in un atto pubblico permette alle parti di censurare la motivazione che si basi su presupposti di fatto errati e non corrispondenti a quanto verbalizzato e conseguentemente ai giudici d'appello di vagliare la validità delle censure così avanzate attraverso un confronto tra i dati emergenti dal processo verbale e la sentenza impugnata. In assenza del verbale questo confronto si renderebbe impossibile e al giudice di seconde cure non rimarrebbe che procedere alla rinnovazione delle prove²⁴⁷.

Queste premesse sono indispensabili per rispondere ad una questione di primaria importanza, relativa alla validità delle attività probatorie espletate ma non verbalizzate. Ciò equivale a domandarsi se il giudice possa fondare la propria decisione sul *ricordo* che conservi dell'attività istruttoria, a prescindere dalla circostanza che lo stesso sia stato registrato nel processo verbale²⁴⁸.

²⁴⁷ Per queste considerazioni cfr. F. DE STEFANO, *L'istruzione della causa nel nuovo processo civile*, Padova, 1999, 357.

²⁴⁸ Ipotesi diversa rispetto alla mancata verbalizzazione di attività istruttorie è quella di sopravvenuta inesistenza del verbale in seguito alla sua materiale distruzione ovvero al suo smarrimento. In proposito si ritiene perlopiù applicabile l'art. 113 c.p.p. (v. Cass. 17 aprile 2009, n. 9240). D'altro canto, laddove la ricostruzione del verbale non possa avere luogo, è inevitabile procedere alla

L'opinione maggioritaria, che si ritiene di condividere, fornisce risposta negativa: l'omessa verbalizzazione di un atto di acquisizione probatoria incide sulla stessa esistenza giuridica delle dichiarazioni, provocando l'inesistenza della prova²⁴⁹: *quod non est in actis non est in mundo*. In sede di decisione risultano utilizzabili per la decisione soltanto gli elementi emersi dal verbale e non quanto realmente ed effettivamente accaduto o riferito nel corso dell'istruzione probatoria. I fatti e le dichiarazioni che non risultano dal verbale si hanno per non accaduti²⁵⁰: se «a

rinnovazione dell'istruttoria (A. MASSARI, voce *Processo verbale*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, 1236). Anche da ciò s'intende quindi come sia viva l'esigenza di ricostruzione del verbale e il giudice non possa affidarsi al solo ricordo (cfr. A. MASSARI, *op. loc. ult. cit.*).

²⁴⁹ In questo senso già F. CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, 56; ID., *Procedura penale*, Milano, 2006, 332 ss.; nella dottrina processualcivilistica cfr. specialmente B. CAVALLONE, voce *Processo verbale nel diritto processuale civile*, cit., 306.

²⁵⁰ F. CARNELUTTI, *Ispezione giudiziale non documentata*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 131 ss.; B. CAVALLONE, voce *Processo verbale nel diritto processuale civile*, cit., 306; ID., *Critica della teoria delle prove atipiche*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, 733; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 824; F. DE STEFANO, *L'istruzione della causa nel nuovo processo civile*, cit., 359; A. FINOCCHIARO, voce *Ispezione (diritto processuale civile)*, cit., 960; G. LASERRA, voce *Istruzione (Diritto processuale civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, IX, 1963, 278; R. MARENGO, voce *Verbale*, cit., 611 ss.; C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, II, *La fase di cognizione nella tutela dei diritti*, Torino, 2010, 88; con riferimento all'ispezione, S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, II, 1, cit., 141; G. TARZIA, *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, cit., 649 ss.; G. BALENA, voce *Ispezione giudiziale I) Diritto processuale civile*, cit., 6. È evidente oltretutto che una simile soluzione pone l'accento sulla necessità di

seguito dell'attività istruttoria svolta, non sia stato redatto il relativo verbale, la mancata verbalizzazione determina la nullità dell'attività di acquisizione delle prove²⁵¹», e dunque l'inutilizzabilità delle dichiarazioni comunque ottenute.

Pare inoltre che una conferma ulteriore di questa tesi possa essere rintracciata nell'art. 256 c.p.c., che non a caso impone al giudice istruttore che sospetti di trovarsi di fronte a dichiarazioni false o reticenti la denuncia al pubblico ministero del testimone e la contestuale trasmissione di una copia del processo verbale.

Secondo un diverso orientamento, patrocinato dall'autorità di Cappelletti²⁵², la verbalizzazione della prova avrebbe un valore dimostrativo ma non si atterrebbe a requisito

una corretta ed esauriente verbalizzazione e sulle modalità attraverso cui tale attività avviene. La dottrina evidenzia la necessità che si proceda alla verbalizzazione nel modo più fedele e completo possibile e non come solitamente avviene attraverso un'opera di sintesi, un riassunto «libero e creativo» di quanto avviene in udienza (B. CAVALLONE, voce *Processo verbale nel diritto processuale civile*, cit., 305). Difatti, nella prassi applicativa, «il verbale dell'assunzione della prova non è un resoconto completo ed esauriente di ciò che è accaduto o è stato detto; al contrario, si tratta di una narrazione confezionata dal giudice, il quale seleziona, ordina, interpreta, riporta e descrive ciò che ritiene significativo» (così M. TARUFFO, voce *Prova (in generale)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVI, Torino, 1997, 29); sul concreto rischio che il verbale risulti inadeguato a descrivere «la complessità della situazione, dei fatti oggetto della prova e della deposizione testimoniale» cfr. altresì M.C. VANZ, *La circolazione della prova nei processi civili*, Milano, 2008, 230, 231.

²⁵¹ Cass. 16 luglio 1966, n. 1932.

²⁵² M. CAPPELLETTI, *Il «verbale» come requisito «quoad substantiam» del procedimento probatorio*, in *Giur. it.*, 1959, I, 1, 597 ss.

indefettibile della validità della prova stessa. In altri termini la formalità sarebbe prescritta *ad probationem* e non anche *ad substantiam* e le attività svolte non potrebbero solo perché non verbalizzate stimarsi inesistenti; esse, in linea con la disciplina della nullità degli atti, saranno nulle ove non possa dirsi raggiunto lo scopo che la verbalizzazione dell'attività istruttoria si prefigge (*id est* quello di ausilio alla memoria nel momento – oggi quanto mai distante – della decisione): pertanto, ove la motivazione della decisione evidenzi il raggiungimento dello scopo ovvero comunque emerga in diverso modo la prova dello svolgimento dell'attività e del suo esito non potrebbe sancirsi alcuna nullità²⁵³.

D'altro canto, come è stato correttamente rilevato, questa ricostruzione non considera che «al giudice dell'impugnazione (ma ancor prima, e forse soprattutto, alle parti) è necessario poter confrontare la motivazione della sentenza del giudice di primo grado con qualche altra fonte documentale [...] dalla quale poter desumere se il ricordo che il giudice ha conservato [...] corrisponda a quello che egli ha per la prima volta descritto e reso noto nella decisione di primo grado²⁵⁴».

Per accertare la validità della prova non verbalizzata o verbalizzata in modo imperfetto o incompleto non serve stabilire il grado di precisione dei ricordi preservati dal giudice in ordine all'assunzione e agli elementi probatori ottenuti, ma stabilire se tale ricordo corrisponde effettivamente alla realtà. Questa operazione di confronto e verifica risulta praticamente impossibile in mancanza di una descrizione documentata attestante la rappresentazione

²⁵³ M. CAPPELLETTI, *ibidem*; lettura a cui aderisce G. TRISORIO LIUZZI, voce *Ispezione nel processo civile*, cit., 200.

²⁵⁴ Così D. VOLPINO, *L'ispezione nel processo civile*, cit., 138.

di quella realtà così come percepita dal giudice nel momento dell'assunzione della prova²⁵⁵.

In altri termini il contrasto non può essere risolto, a valle, attraverso il richiamo dell'art. 156, 3° comma, c.p.c. e del raggiungimento dello scopo dell'atto; il contrasto s'arresta invece a monte, ex art. 156, 2° comma, c.p.c., riconoscendo l'assoluta indispensabilità del requisito formale della verbalizzazione ai fini del raggiungimento dello scopo dell'assunzione, formalità che non conosce equipollenti, tantomeno ove si tratti delle reminiscenze del giudice²⁵⁶. Peraltro, dal momento che il processo verbale è compito del cancelliere, in caso di omessa verbalizzazione della prova – essendo quest'ultima imputabile all'ufficio giudiziario – sarà possibile e si renderà indispensabile la rinnovazione. In tal caso non sarà consentito nella fase valutativa confrontare le dichiarazioni verbalizzate e quelle non verbalizzate, né sarà permesso richiamare in motivazione le deposizioni non verbalizzate al fine, ad esempio, di vagliare l'attendibilità del testimone.

²⁵⁵ D. VOLPINO, *ibidem*; ID., *Commento all'art. 259*, in M. TARUFFO (cura di), *Istruzione probatoria*, cit., 775.

²⁵⁶ Sulle maggiori garanzie che garantirebbe la registrazione dell'assunzione della prova si v. ad es. già G. TARZIA, *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, cit., 653, e ivi l'osservazione che il ricorso a strumenti di riproduzione fonica e visiva assicurerebbe altresì l'effettività dell'ultimo comma dell'art. 207 c.p.c., che autorizza il giudice a descrivere nel verbale, quando lo ritiene opportuno, «il contegno della parte e del testimone»; da ultimo L. DITTRICH, *La ricerca della verità nel processo civile: profili evolutivi in tema di prova testimoniale, consulenza tecnica e fatto notorio*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 108 ss.; G. VERDE, *Diritto processuale civile 2. Processo di cognizione*, cit., 104, con specifico riferimento alla prova per testimoni. Per un es. è sufficiente rinviare all'art. 134 c.p.p. che prevede tre differenti modalità di documentazione degli atti del giudice.

Esaminata l'ipotesi più grave, rappresentata dall'inesistenza *tout court* della verbalizzazione dell'atto di acquisizione probatoria, è possibile procedere oltre e guardare alle omissioni parziali e alle imperfezioni contenute nel processo verbale²⁵⁷.

Occorre anzitutto premettere che le attività la cui omissione è in via interpretativa ricondotta alla categoria dell'irregolarità non potranno logicamente richiedere la verbalizzazione a pena di nullità. Così, ad esempio, con riferimento al giuramento, la mancata menzione nel verbale dell'ammonizione che il giudice rivolge alla parte non comporta la nullità del verbale²⁵⁸, e non potrebbe essere diversamente, giacché la stessa omissione dell'ammonimento è considerata mera irregolarità.

Si consideri, sempre preliminarmente, che l'art. 207 c.p.c. richiede che le dichiarazioni delle parti e dei testimoni

²⁵⁷ Il discorso va peraltro tenuto distinto dall'ipotesi in cui si riscontrino *errori materiali* nel verbale. Escluso che possa applicarsi analogicamente il congegno previsto per la correzione delle sentenze e delle ordinanze, occorre che il giudice provveda con ordinanza nel contraddittorio tra le parti e gli eventuali intervenuti; in ogni caso non può provvedervi solipsisticamente il giudice ovvero il cancelliere una volta che il verbale sia stato chiuso, pena la lesione del contraddittorio. Nel caso in cui non si raggiunga un accordo (ritenuto possibile: cfr. C.E. BALBI, *Omessa verbalizzazione della parola «giuro» nel giuramento decisorio*, cit., 1668 ss.; lettura a cui aderisce R. ORIANI, voce *Atti Processuali I) Diritto processuale civile*, cit., 5) pare condivisibile l'opinione per la quale dovrebbe procedersi a rinnovazione (in questo senso cfr. A. MASSARI, voce *Processo verbale*, cit., 1235; *contra* C.E. BALBI, *op. cit.*, 1669).

²⁵⁸ In questo senso Cass. 7 maggio 1987, n. 4227, già citata con riferimento alle ipotesi di omesso ammonimento, che non integrano ipotesi di nullità. Inevitabile dunque che neppure l'omessa verbalizzazione possa determinare la nullità della prova.

siano riportate in prima persona. La disposizione non sembra cogente, considerato che nel nostro ordinamento non vi è un obbligo di registrare pedissequamente le espressioni utilizzate dalle parti e dai terzi intervenuti e che occorre pur sempre vagliare l'effettivo raggiungimento dello scopo della verbalizzazione (*id est* rendere il giudice compiutamente edotto delle attività espletate²⁵⁹).

Quanto all'assenza della data all'interno del processo verbale, nonostante l'art. 126 c.p.c. richieda la documentazione anche delle «circostanze di luogo e di tempo», la giurisprudenza ritiene univocamente che il processo verbale non debba necessariamente essere datato. La conclusione è giustificata anzitutto sulla base del consueto argomento della mancanza di una espressa sanzione che preveda la nullità della prova verbalizzata *sine die*, e in secondo luogo (e soprattutto) dalla circostanza che la data risulta comunque desumibile dal ruolo, e pertanto lo scopo può dirsi senz'altro raggiunto²⁶⁰.

²⁵⁹ Appare pertanto eccessivo asserire *a priori* che sotto pena di nullità il giuramento decisorio non possa essere riassunto e riportato nel verbale di udienza nella forma del discorso indiretto, mancando in tal caso «la garanzia dell'assoluta certezza delle parole pronunciate dal giurante» (così si è espressa Cass. 27 agosto 1986, n. 5251, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, 1644, con nota di A. CHIZZINI, *In tema di verbalizzazione del giuramento decisorio*. L'Annotatore sostiene invece che la nullità potrebbe giustificarsi soltanto nelle ipotesi di mancato raggiungimento dello scopo).

²⁶⁰ Cfr. ad es. Cass. 2 giugno 1989, n. 2679; Cass. 9 maggio 1984, n. 2839. In dottrina cfr. in questo senso B. CAVALLONE, voce *Processo verbale nel diritto processuale civile*, cit., 307; R. MARENGO, voce *Verbale (dir. proc. civ.)*, cit., 608, il quale peraltro ritiene che in caso di contrasto tra la data indicata nel verbale e la data risultante dal ruolo prevalga la prima; C.E. BALBI, *Omessa verbalizzazione della parola «giuro» nel giuramento decisorio*, cit., 1663.

Per ciò che concerne le sottoscrizioni del verbale, l'art. 130 c.p.c. richiede che il verbale sia sottoscritto «da chi presiede l'udienza e dal cancelliere», ma è comune affermazione in giurisprudenza che risulti sufficiente la sottoscrizione del giudice²⁶¹. In particolare, secondo una massima tralatizia, sia l'omessa assistenza del cancelliere nella formazione del processo verbale sia la mancata sottoscrizione del verbale da parte del cancelliere non comportano l'inesistenza o la nullità dell'atto, ma una mera irregolarità in quanto la funzione del cancelliere ha soltanto natura *integrativa* rispetto a quella del giudice e le predette mancanze non incidono sull'idoneità dell'atto al concreto raggiungimento degli scopi cui è destinato²⁶².

²⁶¹ B. CAVALLONE, voce *Processo verbale nel diritto processuale civile*, cit., 307 esprime perplessità su un simile orientamento, stante la formula difficilmente equivocabile impiegata dall'art. 57, 1° comma, c.p.c., che «palesamente configura in termini di specificità e autonomia la funzione di documentazione delle attività processuali, ivi attribuita al cancelliere, coerentemente, del resto, con la tradizione storica che vi ravvisava una forma implicita di controllo nei confronti dello stesso giudice»; d'altro canto l'A. riconosce immediatamente l'inservibilità della critica alla luce dell'impossibilità pratica di applicare la norma in questione nello stato in cui versano i nostri uffici giudiziari.

²⁶² Cfr. Cass. 20 aprile 2007, n. 9389; Cass. 25 maggio 1996, n. 4849; Cass. 4 dicembre 1990, n. 11617; Cass. 30 gennaio 1987, n. 888; Cass. 9 marzo 1984, n. 1639; Cass. 13 gennaio 1984, n. 290; Cass. 25 maggio 1983, n. 3599.

In dottrina A. MASSARI, voce *Processo verbale*, cit., 1227; A. CHIZZINI, *In tema di verbalizzazione del giuramento decisorio*, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, 1646, n. 9; B. CORMIO, *Degli atti in generale*, in E. ALLORIO (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, I, 2, Torino, 1973, 1377; R. MARENGO, voce *Verbale (dir. proc. civ.)*, cit., 608; E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1957, 146; C.E. BALBI, *Omessa verbalizzazione della parola «giuro» nel giuramento decisorio*, cit., 1663; *contra*, a

Sempre in merito alle sottoscrizioni del verbale, e in particolare alle omesse sottoscrizioni delle persone le cui dichiarazioni siano state riportate nel verbale, occorre considerare, da un lato, che l'art. 126 c.p.c. così dispone(va): «Il processo verbale è sottoscritto dal cancelliere. Se vi sono altri intervenuti, il cancelliere, quando la legge non dispone altrimenti, dà loro lettura del processo verbale e li invita a sottoscriverlo. Se alcuno di essi non può o non vuole sottoscrivere, ne è fatta menzione nel processo verbale»; dall'altro, che l'art. 207 c.p.c. così dispone(va): «Le dichiarazioni delle parti e dei testimoni sono riportate in prima persona e sono lette al dichiarante che le sottoscrive».

In proposito la giurisprudenza ha sovente chiarito che le violazioni delle norme riportate integrano mere irregolarità. E infatti, poiché il verbale d'udienza costituisce atto pubblico, che fa fede fino a querela di falso della sua provenienza dal pubblico ufficiale che lo forma e delle dichiarazioni rese dalle persone intervenute, la mancata sottoscrizione (fosse anche per esplicito rifiuto) delle dichiarazioni riportate a verbale e rese dalle parti personalmente intervenute in udienza o dai testimoni, o la mancata lettura da parte del giudice delle loro dichiarazioni verbalizzate, non realizza alcuna nullità probatoria²⁶³. Può presumersi, fino a querela di falso, che

sostegno della nullità suscettibile di sanatoria, si v. M.T. ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1955, 226.

Come rilevato – B. CAVALLONE, voce *Processo verbale nel diritto processuale civile*, cit., 307 – se si crede che i poteri del giudice siano divenuti assorbenti rispetto a quelli del cancelliere, appare difficile ritenere che la mancata sottoscrizione del verbale da parte del giudice non invalidi il processo verbale.

²⁶³ Sul punto V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, I, Napoli, 1960, 365. Circa il rifiuto degli intervenuti di

quanto riportato a verbale corrisponda a quanto dichiarato al giudice da parti e testimoni²⁶⁴. Sussiste infatti una rimarchevole differenza tra la sottoscrizione, apposta da un soggetto privato, di un atto notarile (ad esempio di contratto di compravendita) e la sottoscrizione del verbale ad opera degli intervenuti in un processo civile.

In argomento particolare interesse ha suscitato una pronuncia secondo cui sarebbe «nullo il giuramento decisorio qualora il giurante rifiuti (immotivatamente) di sottoscrivere il relativo verbale, cosicché il giuramento deve considerarsi come non prestato con conseguente soccombenza del delato nella lite²⁶⁵». Questa tesi, che equipara il rifiuto del delato di *sottoscrivere* il verbale di giuramento all'ipotesi di mancata *prestazione* del

sottoscrivere il processo verbale, cfr. S. SATTA-C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, cit., 203, secondo cui tale rifiuto non può assumere alcuna rilevanza, poiché «il valore probatorio del documento deriva esclusivamente dalla sottoscrizione dell'ufficiale che lo ha redatto, e cioè del cancelliere».

²⁶⁴ Con riferimento alle dichiarazioni dei testimoni cfr. in particolare Cass. 3 settembre 2003, n. 12828 e nella giurisprudenza di merito App. Napoli 22 gennaio 2009, in *Giur. merito*, 2009, 2766; con riferimento invece alle dichiarazioni delle parti si v. Cass. 18 aprile 2011, n. 8874; Cass. 19 dicembre 1991, n. 13671.

²⁶⁵ Così Trib. Avellino 11 aprile 2000, in *Foro it.*, 2001, I, 2689 e in *Giust. civ.*, 2001, 3096, con nota di A. RENZI, *Verbale di giuramento decisorio e rifiuto di sottoscriverlo da parte del giurante: un apparente dilemma interpretativo?*;

in senso favorevole R. PROVINCIALI, voce *Giuramento* I) *Diritto processuale civile*, cit., 125, per il quale la sottoscrizione del giurante è un «elemento solenne, integrativo e conclusivo della prestazione orale e, quindi, della verbalizzazione»; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 739. Sul punto si v. anche C. GAMBA, *I giuramenti*, in M. TARUFFO (a cura di), *La prova nel processo civile*, cit., 512.

giuramento non convince affatto. L'omessa sottoscrizione del verbale contenente il giuramento decisorio da parte del giurante non priva l'atto di un requisito indispensabile al raggiungimento dello scopo: il processo verbale privo della sottoscrizione degli intervenuti risulta comunque in grado di documentare l'avvenuta prestazione del giuramento. La circostanza che il giuramento decisorio sia stato effettivamente prestato (ancorché non sottoscritto dal giurante) è certificata pubblicamente dalle firme del giudice e del cancelliere, fidefacienti sino a querela di falso²⁶⁶. È necessario tenere distinte tra loro le problematiche relative alla validità del giuramento, come prova formale e atto di parte, dalle problematiche proprie del processo verbale, in quanto atto del cancelliere posto in essere sotto la direzione del giudice²⁶⁷. In relazione alla prima problematica il codice non prevede che il rifiuto di sottoscrivere il verbale integri il rifiuto di prestare giuramento *ex art. 239 c.p.c.*; in relazione alla seconda, invero, la mancata sottoscrizione del verbale da parte del giurante non sembra, come detto, in grado di compromettere il raggiungimento dello scopo che il processo verbale si prefigge, *id est* la documentazione delle attività espletate.

Sulla scorta delle considerazioni effettuate può similmente ritenersi superflua: a) la firma del confitente nel caso di

²⁶⁶ E dunque «non costituisce inosservanza dell'onere di giurare il rifiuto di sottoscrivere il verbale del giuramento: perché non v'ha, in tema di giuramento, traccia di deroga alla regola generale, per cui la documentazione degli atti processuali non ha funzione costitutiva»: E. ALLORIO, *Il giuramento della parte*, Milano, 1937, 293 ss.

²⁶⁷ Così A. RENZI, *Verbale di giuramento decisorio e rifiuto di sottoscriverlo da parte del giurante: un apparente dilemma interpretativo?*, cit.

confessione giudiziale spontanea resa oralmente in udienza²⁶⁸; b) la sottoscrizione del verbale di svolgimento dell'ispezione ad opera di soggetti diversi dal pubblico ufficiale che lo ha redatto²⁶⁹; c) la firma da parte del consulente tecnico nominato *ex officio* nel verbale d'udienza in cui presta giuramento²⁷⁰.

²⁶⁸ *Contra* S. GIANA, *Commento all'art. 232*, in L.P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, III, 1, Torino, 2012, 952. Diversa appare l'ipotesi della confessione giudiziale spontanea resa in forma scritta *ex art. 229 c.p.c.*, ovvero contenuta in un atto processuale. In questi casi – la cui verifica si avrà ove la parte è autorizzata a stare in giudizio personalmente e quindi debba sottoscrivere da sé gli atti processuali, ovvero in ogni caso in cui la parte ritenga di sottoscrivere l'atto già formato e siglato dal difensore (ma, si badi, deve trattarsi di sottoscrizione distinta da quella relativa al mandato) – la firma è funzionale proprio a ricondurre la dichiarazione stessa alla parte. Su tali questioni e sulla natura ed efficacia della diversa figura delle ammissioni del difensore cfr. ad es. Cass. 2 ottobre 2007, n. 20701; Cass. 15 luglio 2005, n. 15062; Cass. 4 marzo 2005, n. 4744; Cass. 25 giugno 2003, n. 10150, in *Giust. civ.*, 2004, I, 367.

²⁶⁹ A. FINOCCHIARO, voce *Ispezione giudiziale (dir. proc. civ.)*, cit., 960; G. TRISORIO LIUZZI, voce *Ispezione nel processo civile*, cit., 200; D. VOLPINO, *L'ispezione nel processo civile*, cit., 136; ID., *Commento all'art. 259*, in M. TARUFFO (cura di), *Istruzione probatoria*, Bologna, 2014, 773. In giurisprudenza cfr. Cass. 12 gennaio 1950, n. 93, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1950, II, 18, con nota di M. ELIA, *Verbale di sopralluogo non sottoscritto dalle parti*.

²⁷⁰ Pertanto, l'omessa apposizione, da parte del consulente tecnico d'ufficio, della propria firma nel verbale dell'udienza deputata alla prestazione del giuramento è senz'altro inidonea ad inficiare la validità della relazione peritale: cfr. in questo senso Cass. 23 novembre 1996, n. 10386; per conclusioni analoghe nel processo penale si v. Cass. 4 dicembre 2008, n. 1264. La sottoscrizione del giudice risulta infatti di per sé idonea ad attestare la circostanza che il consulente si sia presentato in udienza e abbia prestato

In definitiva, il verbale fa piena prova delle dichiarazioni rese in udienza davanti al giudice, a prescindere dalla loro sottoscrizione e dalla circostanza che del verbale sia stata data lettura. Solo con la presentazione della querela di falso innanzi all'organo giurisdizionale competente è possibile superare l'efficacia probatoria propria del processo verbale. Oltretutto, la superfluità delle sottoscrizioni degli «interventuti» ha trovato recentemente definitiva conferma nella l. n. 114/2014 che ha modificato gli artt. 126 e 207 c.p.c. In entrambe le norme sono stati opportunamente abrogati i riferimenti alle sottoscrizioni del processo verbale ad opera dei dichiaranti, eliminando così ogni dubbio in merito alla loro necessità. A maggior ragione oggi le suddette sottoscrizioni non rappresentano un requisito indispensabile prescritto a pena di validità dell'atto di verbalizzazione della prova costituenda. L'intervento normativo, peraltro, non sembra possa dirsi imposto dalla informatizzazione e telematizzazione del processo civile. Per un verso si consideri che le modifiche citate sono intervenute su disposizioni di carattere assolutamente generale e che il processo civile telematico non trova applicazione per tutti gli uffici giudiziari (restano esclusi gli uffici del giudice di pace e della Corte di Cassazione). Per altro verso si consideri che non sussiste un obbligo del giudice civile di redigere il processo verbale in forma telematica, come si desume dall'art. 15 del decreto ministeriale n. 44/2011. Dalla disposizione si evince infatti che il verbale può essere redatto, dal cancelliere o dal giudice, sia direttamente in formato elettronico – e in tal caso il verbale telematico verrà sottoscritto con firma digitale e depositato nel

giuramento (Cfr. M. ROSSETTI, *Il C.T.U. (l'occhiale del giudice)*, Milano, 2012, 136).

fascicolo informatico – sia in forma cartacea – in questa seconda ipotesi il cancelliere o il segretario dell’ufficio giudiziario estrarranno copia informatica del verbale d’udienza successivamente. Dunque, anche nel caso in cui il verbale venisse inizialmente redatto in forma cartacea non si renderebbero necessarie le sottoscrizioni dei soggetti intervenuti.

Un tema strettamente legato a quello sinora trattato attiene alla registrazione delle attività compiute dal consulente tecnico. Se il consulente assiste il giudice durante le udienze, le attività svolte vanno regolarmente inserite nel processo verbale. Se il consulente svolge le indagini con l’intervento del giudice istruttore si forma processo verbale, salvo che il giudice chieda al consulente di predisporre una relazione scritta (art. 195, 1° comma, c.p.c.). Tuttavia, se come abitualmente avviene le indagini sono condotte in proprio dal consulente, senza l’intervento del giudice (art. 195, 2° comma, c.p.c.), il consulente deve farne relazione²⁷¹. Pertanto, in quest’ultimo caso, che rappresenta come noto la regola, il consulente non è in alcun modo obbligato a redigere un processo verbale ma soltanto una relazione, di talché l’omessa verbalizzazione

²⁷¹ La richiesta di una relazione scritta fu pensata come surrogato del processo verbale a garanzia delle parti e del contraddittorio nelle ipotesi (eccezionali) in cui il giudice non presenziasse all’espletamento della consulenza. È tuttavia noto come il rapporto tra regola (indagini condotte in presenza del giudice) ed eccezione (indagini condotte dal solo consulente) sia stato nella prassi completamente sovvertito: cfr. per tutti A. LEVONI, *Le disposizioni di attuazione del codice di procedura civile*, cit., 216; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 880.

delle operazioni compiute dal consulente in autonomia non può rappresentare motivo di nullità della consulenza²⁷².

In simili casi, poiché l'indagine peritale si svolge in un contesto extraprocessuale, la legge si occupa di garantire il contraddittorio tra le parti nel corso delle operazioni e prima che il consulente rediga la relazione conclusiva. A tal fine l'art. 194 c.p.c. autorizza le parti ad intervenire alle operazioni peritali in persona e/o a mezzo dei propri consulenti tecnici, e a presentare, per iscritto o a voce, osservazioni e istanze²⁷³ sulle indagini, osservazioni e istanze che ai sensi del successivo art. 195 c.p.c. il consulente è tenuto ad inserire nella relazione²⁷⁴. Il verbo

²⁷² Cfr. Cass. 11 maggio 2005, n. 9890, secondo cui «a norma dell'art. 195, secondo comma, c.p.c., se le indagini sono compiute dal consulente tecnico d'ufficio senza l'intervento del giudice, il consulente deve farne relazione, tenendo conto delle osservazioni e istanze che le parti, anche a mezzo dei propri consulenti, possono presentare, ma non è obbligato a redigere un processo verbale (art. 194 c.p.c.)»; nello stesso senso Cass. 14 aprile 1999, n. 3680.

²⁷³ Entrambe sono rivolte al consulente tecnico d'ufficio, ma l'osservazione si riduce in un invito alla riflessione (valutazioni sul metodo di lavoro attraverso cui portare a termine l'indagine ovvero sui risultati ottenuti), mentre l'istanza consta in un invito all'azione (sollecitazioni affinché il consulente proceda allo svolgimento di specifiche indagini ovvero prenda in considerazione determinati atti o documenti): per la distinzione cfr. M. ROSSETTI, *Il C.T.U. (l'occhiale del giudice)*, cit., 169.

²⁷⁴ Il valore del contraddittorio nel corso dell'espletamento della consulenza tecnica non si esprime solo in termini di garanzie per le parti ma anche in chiave epistemica, quale metodo di formazione della prova, «che tende ad assicurare – attraverso il confronto dialettico delle posizioni, delle informazioni e degli argomenti diversi forniti dalle parti – la completezza e l'attendibilità del procedimento probatorio e dei criteri di decisione sui fatti» (così C. GAMBA, *La consulenza tecnica nel processo civile tra principio del*

inserire non viene interpretato dalla giurisprudenza quale effettiva trasposizione letterale delle osservazioni e istanze formulate dalle parti nel corso delle indagini. Pertanto, non vi è una vera e propria verbalizzazione né delle attività, né delle osservazioni e istanze formulate nel corso di tali attività. In proposito la giurisprudenza si accontenta che il consulente faccia relazione delle istanze e osservazioni nel proprio elaborato²⁷⁵; non sussisterebbe alcuna nullità, dunque, per il fatto che il consulente tecnico ometta di trascrivere le osservazioni formulate dalle parti o dai loro consulenti tecnici, a condizione tuttavia che l'elaborato evidenzi l'apprezzamento di tali osservazioni²⁷⁶.

Come è stato evidenziato in dottrina questa scelta interpretativa rischia di frustrare il ruolo dei consulenti tecnici di parte: non impone al consulente nominato d'ufficio di riportare le suddette osservazioni e istanze rischia di privare di riflesso il giudice della possibilità di avvalersi anche della prospettiva e dell'apporto valutativo dei periti di parte²⁷⁷. A questo riguardo la critica può dirsi

contraddittorio e regole processuali. Problemi applicativi, cit., 15 ss.

²⁷⁵ In questo senso Cass. 3 gennaio 2003, n. 15.

²⁷⁶ Così Cass. 19 novembre 2001, n. 14489.

²⁷⁷ V. ANSANELLI, *La consulenza tecnica nel processo civile. Problemi e funzionalità*, cit., 244; C. GAMBA, *La consulenza tecnica nel processo civile tra principio del contraddittorio e regole processuali. Problemi applicativi*, cit., § 1. In armonia con queste considerazioni si pone del resto un condivisibile orientamento talvolta emerso nella giurisprudenza di legittimità in virtù del quale la sentenza sarebbe viziata in punto di motivazione qualora il giudice non abbia compiutamente dato conto della infondatezza delle specifiche censure avanzate dai consulenti tecnici di parte, limitandosi per converso ad un generico e acritico richiamo delle conclusioni raggiunte dal c.t.u. (in questo senso cfr. Cass. 21 marzo 2011, n. 6399, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2011, I,

comunque temperata per due ordini di ragioni: a) sovente accade che le parti presentino al consulente nel corso dell'indagine osservazioni scritte, di talché al c.t.u. non rimarrà che «allegare» insieme alla perizia le osservazioni presentate dalle parti²⁷⁸; b) le modifiche che hanno interessato l'art. 195 c.p.c. vanno accolte positivamente non solo per motivi di economia processuale ma anche per aver regolarizzato il contraddittorio sul *risultato* dell'indagine, ossia la relazione, che potrà essere oggetto di censura nella misura in cui il consulente non abbia accolto le osservazioni e istanze formulate nel corso dell'espletamento della consulenza²⁷⁹.

991 nota di M. RUSSO, *Note sull'obbligo del giudice di motivare le ragioni che lo hanno indotto ad aderire alle conclusioni del consulente tecnico d'ufficio*).

²⁷⁸ Se le osservazioni e le istanze sono state presentate per iscritto potranno essere allegate dal consulente alla relazione, circostanza che garantisce in misura maggiore la parte, se non altro dispensandola dalla prova di aver avanzato tali scritti defensionali o comunque dalla necessità di reiterarli in un secondo momento. Cfr. sul punto M. VELLANI, voce *Consulenza tecnica nel diritto processuale civile*, cit., 534, il quale ritiene che la mancata menzione nella relazione delle dette osservazioni e istanze, qualora non configuri una vera e propria violazione dei diritti di difesa, non comporti la nullità della relazione medesima.

²⁷⁹ L'art. 195, 3° comma, c.p.c. consente alle parti di trasmettere al consulente, dopo che questi abbia loro trasmesso la relazione, le sole *osservazioni* sulla relazione. Nulla tuttavia esclude che tali osservazioni possano altresì appuntarsi sul *modus procedendi* e sul mancato esame delle *istanze* previamente formulate, con la possibilità in caso di pregiudizio che il giudice chieda al consulente – lo stesso ovvero in presenza di gravi motivi un sostituto – una rinnovazione della attività peritale.

8. Nullità della prova e pluralità di parti. Prove libere e prove legali nei processi a litisconsorzio facoltativo e a litisconsorzio necessario.

La morfologia delle nullità probatorie nei processi con pluralità di parti assume fisionomie diverse in base a due variabili: a) in considerazione della circostanza che si tratti di litisconsorzio facoltativo ovvero necessario; b) in considerazione della natura, legale ovvero libera, della prova.

In caso di *litisconsorzio facoltativo* è d'uopo distinguere tra fatti personali, vale a dire fatti che non rilevano in tutte le cause cumulate e dunque estranei alla risoluzione di talune di esse, e fatti comuni, ossia fatti ricompresi in tutti i diritti vantati nel medesimo processo.

Per ciò che concerne i *fatti personali*, la prova è validamente offerta soltanto qualora provenga dalla parte legittimata, ovvero sia il soggetto parte della controversia avente come *thema probandum* il fatto storico stesso²⁸⁰. Questa conclusione è imposta dal principio dispositivo sancito dall'art. 115 c.p.c., che letto *a contrario* fa divieto al giudice di porre a fondamento della decisione le prove

²⁸⁰ Cfr. G. TARZIA, *Il litisconsorzio facoltativo nel processo di primo grado*, Milano, 1972, 362, per il quale non è possibile autorizzare la parte a proporre prove irrilevanti rispetto alla «*res in iudicium deducta* che la riguarda, sol perché influenti sulla decisione di un'altra causa riunita»; S. MENCHINI, *Il processo litisconsortile. Struttura e poteri delle parti*, I, Milano, 1993, 316, secondo cui «non essendo il litisconsorte parte della causa all'interno della quale il mezzo di prova assume valore e non essendo, quindi, legittimato a porre in essere la corrispondente attività processuale, il giudice non può attribuire alcun significato al mezzo proveniente dalla sua iniziativa, in quanto illegittimamente introdotto in giudizio».

che non siano proposte dalle parti (o dal p.m.)²⁸¹. In ordine a questi fatti il litisconsorte non è parte, bensì terzo, e come tale non legittimato a offrire la prova nell'altrui interesse.

Con riferimento ai *fatti comuni*, e limitatamente alle prove liberamente valutabili, la soluzione non può che essere diversa se soltanto si rammenta la funzione del *simultaneus processus*, ossia pervenire a un accertamento in fatto unitario ed evitare un contrasto logico tra decisioni, in astratto possibile ma senz'altro spiacevole²⁸². Pertanto, non rileva affatto da quale litisconsorte provenga la prova del fatto comune (sempre che la stessa non venga disposta d'ufficio, ed allora a maggior ragione *nulla quaestio*), proprio in ragione della inscindibilità degli effetti dell'esperimento istruttorio²⁸³ e della legittimazione concorrente e paritaria delle parti a porre in essere attività istruttorie utili ad accertare i fatti comuni²⁸⁴. Al litisconsorte è quindi consentito agevolarsi della prova fornita dalle altre parti sui fatti comuni.

Oltretutto, il principio di acquisizione processuale legittima l'utilizzo degli strumenti istruttori a prescindere

²⁸¹ Cfr. B. CAVALLONE, *Crisi delle "Maximen" e disciplina dell'istruzione probatoria*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, 688.

²⁸² Già G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, 1089, 1090: «I fatti che devono esser esaminati rispetto a tutti i litisconsorti debbono esser accertati in modo uniforme per tutti non essendo ammissibile che nel medesimo processo il giudice si convinca insieme della verità e della non verità di un fatto. Ciò però non si applica a quei mezzi di prova che prescindono dalla convinzione del giudice, e che hanno carattere di prova legale, come la confessione e il giuramento». Su quest'ultimo inciso si v. *infra*.

²⁸³ S. MENCHINI, *Il processo litisconsortile. Struttura e poteri delle parti*, I, Milano, 1993, 321.

²⁸⁴ S. MENCHINI, *op. cit.*, 322.

dalla loro provenienza. Le prove, una volta dedotte o prodotte, non sono più nella disponibilità del soggetto che ha assunto l'iniziativa, a cui non è dato ritirarle unilateralmente. Le risultanze istruttorie potranno essere utilizzate anche contro la parte che ne ha chiesto l'acquisizione, così come giovare alle altre parti che debbono dimostrare la medesima circostanza fattuale.

Muovendo dal principio di unità dell'istruzione in ordine ai fatti comuni alle cause riunite²⁸⁵, la dottrina ha ricavato alcune conclusioni rilevanti per il tema oggetto d'indagine. Anzitutto, deve considerarsi valida la prova ammessa nei confronti di un litisconsorte, in presenza di una ragione di inammissibilità della prova valevole per un altro litisconsorte. Ad esempio²⁸⁶, laddove soltanto uno dei litisconsorti sia stato nell'impossibilità morale e materiale di procurarsi la prova scritta, situazione che *ex art. 2724 c.c.* autorizza a servirsi della prova per testi in materia contrattuale, i risultati dell'escussione del teste ben possono essere (validamente) utilizzati anche nei confronti delle altre parti non impossibilitate a procurarsi la prova scritta. Ad analoghe conclusioni deve giungersi anche con riferimento alle ulteriori eccezioni al divieto della prova testimoniale sui contratti rappresentate dalla perdita incolpevole del documento e dalla sussistenza di un principio di prova scritta²⁸⁷.

²⁸⁵ G. TARZIA, *Il litisconsorzio facoltativo nel processo di primo grado*, cit., 363.

²⁸⁶ L'esempio si deve a S. MENCHINI, *Il processo litisconsortile. Struttura e poteri delle parti*, cit., 325. Per un accenno in questo senso si v. già G. TARZIA, *op. ult. cit.*, 376.

²⁸⁷ G. TARZIA, *op. ult. cit.*, 375.

Anche le eccezioni di inammissibilità della prova avanzate da una parte giovano alle altre²⁸⁸. In proposito può aggiungersi che, alla luce della giurisprudenza precedentemente esaminata, nel caso in cui la tempestiva eccezione di inammissibilità sia stata ignorata dal giudice, il quale abbia ritenuto di assumere la prova, non rileva in alcun modo che la successiva (e, come visto, necessaria)

²⁸⁸ Se, ad es., si pensa all'incapacità a testimoniare di un terzo che non è parte nella causa la soluzione è abbastanza lineare: si valuterà se sussiste o meno l'interesse di cui all'art. 246 c.p.c. e conseguentemente, a prescindere dal soggetto che eccepisce l'inammissibilità del teste e la nullità della testimonianza eventualmente assunta, verrà sancita la nullità della prova. Più problematico è comprendere se sussista incapacità a testimoniare del litisconsorte nella causa tra la comune controparte e le altre parti a lui affiancate nella lite. Una prima tesi afferma l'incapacità a testimoniare del litisconsorte. Questa tesi che fa leva sulla incompatibilità tra la posizione di parte e quella di testimone, non sancita *per tabulas*, ma senz'altro ricavabile dall'odierna architettura processuale (in tal senso G. TARZIA, *op. ult. cit.*, 382; peraltro l'A. non esclude che possa essere valorizzata la funzione probatoria dell'interrogatorio libero, attraverso cui procedere all'audizione del litisconsorte anche su fatti non comuni). In posizione intermedia, tra la tesi ora citata e quella della ammissibilità della testimonianza del litisconsorte (sostenuta specialmente *extra moenia*), si colloca una terza tesi, per la quale, escluso che il litisconsorte possa essere teste su fatti comuni e dunque anche propri, considera tuttavia possibile la deposizione su fatti relativi esclusivamente a un'altra parte (i c.d. fatti personali) rispetto ai quali sarebbe in realtà terzo e non già parte (G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1965 1087: «un litisconsorte potrà essere indotto dall'altro come teste relativamente ai fatti che sono propri e importanti esclusivamente al secondo»; in ugual modo S. MENCHINI, *op. cit.*, 331 ss.; C. LESSONA, *Teoria delle prove nel diritto giudiziario civile italiano*, IV, Firenze, 1904, 36, 37).

eccezione di nullità della prova ugualmente assunta venga avanzata dalla stessa parte che aveva eccepito l'inammissibilità ovvero da un litisconsorte diverso, giovatosi della previa eccezione di inammissibilità formulata da altre parti. L'accoglimento dell'eccezione e la conseguente nullità della prova operano pertanto *erga omnes*.

Ancora, la prova su un fatto comune deve considerarsi validamente espletata se sia stata dedotta da un litisconsorte ma assunta su iniziativa di altre parti²⁸⁹; l'art. 208 c.p.c., là dove individua «la parte su istanza della quale deve iniziarsi o proseguirsi la prova» come quella onerata di stimolare il procedimento di assunzione probatoria, nei processi litisconsortili va letto in maniera estensiva e declinato al plurale, in armonia con l'unità delle fasi di trattazione e istruzione e con il principio di fungibilità delle iniziative istruttorie che caratterizza i giudizi litisconsortili. Non è escluso pertanto che la prova tempestivamente dedotta da un litisconsorte sia assunta all'udienza fissata su iniziativa di altra e diversa parte, senza che possa essere sancita alcuna decadenza.

In ordine alle prove documentali, il principio di acquisizione processuale assicura che la produzione effettuata da un litisconsorte possa giovare anche agli altri litisconsorti²⁹⁰; nondimeno, le nullità relative all'intempestività e irritualità della produzione documentale potranno essere censurate da ciascun

²⁸⁹ G. TARZIA, *op. ult. cit.*, 369; S. MENCHINI, *Il processo litisconsortile. Struttura e poteri delle parti*, cit., 326.

²⁹⁰ Cfr. G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, 1088: «i documenti d'una parte devono comunicarsi a tutte le altre». E ancora, in via generale: «tutto quanto una parte fa, deduce, produce, è acquisito al processo per tutte le altre».

litisconsorte, con conseguente inutilizzabilità dei documenti nei confronti di tutti.

In definitiva, i rilievi svolti mostrano con chiarezza che l'unità dell'istruzione opera in ogni fase dell'istruttoria, assicurando, seppur nel ridotto ambito dei fatti comuni rilevanti per la decisione delle cause connesse, la totale fungibilità delle iniziative dei litisconsorti²⁹¹. I vizi di nullità concernenti l'ammissione e l'assunzione delle prove vertenti su fatti comuni ben possono quindi essere fatti valere da ogni litisconsorte con effetti invalidanti per tutti²⁹².

Sempre nell'ambito del litisconsorzio facoltativo, ma spostando l'attenzione sulle prove legali costituenti, la pluralità di parti, a cui corrisponde la pluralità di cause, scindibili e autonome, autorizza a ritenere che l'episodio istruttorio ben possa coinvolgere soltanto due parti, a condizione che le stesse si trovino in posizioni contrapposte. Pertanto, come già è stato detto, non è ammissibile l'interrogatorio formale deferito da un litisconsorte nei confronti di un altro litisconsorte nella medesima lite, perché difetterebbe quella rilevanza giuridica bifronte propria delle dichiarazioni confessorie, ad un tempo sfavorevoli al confitente e favorevoli al deferente²⁹³. Parimenti, non può essere deferito giuramento

²⁹¹ G. TARZIA, *op. ult. cit.*, 392.

²⁹² G. TARZIA, *op. ult. cit.*, 442; S. MENCHINI, *op. cit.*, 329, per il quale «il principio dell'unità dell'istruzione, come provoca l'acquisizione con effetti rispetto all'intero processo del mezzo istruttorio, frutto dell'iniziativa di uno solo dei più legittimati, così determina la comunicazione a tutte le cause dell'efficacia della dichiarazione di nullità, ostacolando l'utilizzazione parziale della prova».

²⁹³ Cfr. Cass. 30 gennaio 1995, n. 1088, per la quale, nelle ipotesi di processo litisconsortile, essendo l'interrogatorio formale un

decisorio da un litisconsorte nei confronti di un altro litisconsorte, perché le parti non sarebbero contrapposte ma affiancate²⁹⁴.

Ciò detto, l'autonomia e scindibilità delle cause riunite consente di risolvere positivamente l'interrogativo circa l'ammissibilità dell'interrogatorio formale e del giuramento che interessano più di due parti del processo. In particolare, è ammissibile: a) l'interrogatorio formale deferito *da tutti* i litisconsorti facoltativi nei confronti della comune controparte, ovvero da quest'ultima nei confronti di *tutti* i litisconsorti²⁹⁵; b) l'interrogatorio formale deferito

mezzo diretto a provocare la confessione giudiziale di fatti sfavorevoli al confitente e ad esclusivo vantaggio del soggetto deferente, esso «non può essere deferito, da una parte all'altra, su un punto dibattuto, nel medesimo processo, tra il deferente e il terzo, non potendosi riconoscere alcun valore confessorio all'eventuale risposta affermativa dell'interrogato, né potendosi trarre elementi di prova dalla mancata risposta, per ritenere accertati fatti che si risolvano a svantaggio dell'altra parte processuale». In dottrina cfr. G. TARZIA, *op. ult. cit.*, 396.

²⁹⁴ G. TARZIA, *op. ult. cit.*, 405.

²⁹⁵ Non è qui oggetto d'indagine il tema relativo all'efficacia della prova validamente ammessa e assunta. In ogni caso, tra le diverse ricostruzioni sul tema, sembra corretto ritenere quanto segue. Nel caso di interrogatorio formale deferito da tutti i litisconsorti alla comune controparte si ottiene: una prova legale se la controparte comune confessa; la possibilità di un'ammissione se non si presenta o non risponde; alcun risultato probatorio apprezzabile se non confessa. Nel caso di interrogatorio deferito dalla comune controparte ai litisconsorti è plausibile che la confessione venga resa soltanto da alcuni di loro. La dichiarazione avrà certamente efficacia di prova legale nei confronti dei confitenti; si tende invece a ritenere che nei confronti degli altri litisconsorti abbia valore di mero argomento di prova (C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, cit., 326). Pertanto, il comportamento diverso tenuto

da *alcuni* litisconsorti facoltativi all'avversario comune²⁹⁶ e quello deferito da quest'ultimo nei confronti di *alcuni* soltanto fra i litisconsorti²⁹⁷; c) il giuramento deferito dalla

dai litisconsorti che non hanno confessato (rifiuto, mancata risposta ovvero confessione non resa) potrà essere bilanciato con gli argomenti di prova desumibili dalla confessione resa dagli altri litisconsorti. Sono peraltro evidenti gli inconvenienti che possono derivare da una valutazione disomogenea degli stessi risultati probatori, atteso che il giudice deve valutare la confessione quale prova legale per il confitente e diversamente per gli altri litisconsorti. Tali inconvenienti spingono S. MENCHINI, *op. cit.*, 341 ss. a stimare necessaria la separazione delle cause *ex art.* 103 c.p.c.

²⁹⁶ Deve ritenersi che la confessione resa dall'avversario comune abbia efficacia di prova legale nei confronti di tutti i litisconsorti. Sulla questione cfr. G. TARZIA, *op. ult. cit.*, 403 e ivi l'ulteriore considerazione che la confessione stragiudiziale resa a uno dei litisconsorti forma prova vincolante soltanto a favore del litisconsorte a cui è diretta, mentre è prova liberamente valutabile nei confronti degli altri. L'A. osserva infatti come tale interpretazione possa essere evitata soltanto con una lettura assai disinvolta, e pertanto non condivisibile, dell'art. 2735 c.c. – che attribuisce forza di prova legale alla confessione stragiudiziale rivolta alla parte o a chi la rappresenta – in virtù della quale dovrebbe considerarsi rappresentante degli altri consorti, il litisconsorte destinatario della confessione stragiudiziale, che «la riceverebbe, quindi, sia per conto proprio che per i consorti». Questa ricostruzione è stata successivamente condivisa da S. MENCHINI, *op. loc. cit.*

²⁹⁷ G. TARZIA, *op. ult. cit.*, 403; conf. S. MENCHINI, *op. cit.*, 336. Circa l'efficacia probatoria della confessione giudiziale resa da alcuni soltanto dei litisconsorti non può che parlarsi di piena prova soltanto nei confronti delle parti confitenti; tali dichiarazioni confessorie potranno invece essere liberamente apprezzate nei confronti dei litisconsorti non interrogati (cfr. ad es. Cass. 13 novembre 2014, n. 24187).

controparte comune *ad alcuni* litisconsorti oppure il giuramento decisorio deferito *da alcuni* litisconsorti all'avversario comune; d) il giuramento deferito *da tutti* i litisconsorti all'avversario comune (che se giura vince, se non giura perde) oppure il giuramento deferito dall'avversario comune *a tutti* i litisconsorti²⁹⁸.

Veniamo ora ad analizzare la disciplina della nullità della prova nei processi a *litisconsorzio necessario*. Nel caso in cui il processo debba necessariamente celebrarsi tra più parti, è evidente che le prove soggette a libera valutazione

Su tali questioni si v. tuttavia l'autorevole opinione contraria di G. FABBRINI, voce *Litisconsorzio*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 837, per il quale «alla confessione ed al giuramento nei procedimenti con litisconsorzio facoltativo, in quanto le dichiarazioni *contra se* e *pro se* in cui essi consistono si riferiscano a fatti rilevanti in più di uno dei rapporti cumulativamente sottoposti a decisione, si dovranno applicare quelle stesse regole dettate per loro dagli art. 2733 comma 3 e 2738 comma 3 c.c. per i casi di litisconsorzio necessario».

²⁹⁸ *Nulla quaestio* nel caso di giuramenti di uguale segno; a comportamenti difformi corrisponderanno invece cause decise in modo dissimile, senza dimenticare la possibilità che il giuramento venga riferito da taluni litisconsorti e non da altri. Per una significativa pronuncia in materia di obbligazioni solidali si v. Cass. 27 febbraio 1969, n. 649, in *Giur. it.*, 1969, 1048: «Ove il creditore agisca contemporaneamente contro tutti i suoi debitori solidali o contro alcuni di essi, si ha un'ipotesi di litisconsorzio facoltativo e le cause rimangono distinte l'una dall'altra donde la possibilità che la sentenza che definisce tale processo contenga pronunce contrastanti. Così, qualora il creditore abbia deferito, sulla circostanza dell'avvenuta estinzione del credito, giuramento decisorio a tutti i condebitori in solido, il giudice dovrà necessariamente ritenere pienamente provato il fatto rispetto a chi abbia giurato e mandarlo in conformità assolto, mentre non potrà non accogliere la domanda nei confronti degli altri litisconsorti che si siano rifiutati di prestare il giuramento».

spieghino efficacia nei confronti di tutte le parti. Nondimeno, deve ritenersi nulla la prova assunta tra alcune parti soltanto, prima che il contraddittorio venga integrato nei confronti di un litisconsorte necessario pretermesso. La prassi ha precisato che la nullità in questione ha carattere relativo, sicché risulterebbe legittimato ad eccepire tale nullità unicamente il litisconsorte pretermesso entro il primo atto difensivo, *id est* la comparsa di costituzione in giudizio²⁹⁹.

Per ciò che concerne le prove legali soccorre, almeno in parte, il dato positivo.

L'art. 2733, 3° comma, c.c. dispone che «in caso di litisconsorzio necessario, la confessione resa da alcuni soltanto dei litisconsorti è liberamente apprezzata dal giudice». Se l'interrogatorio viene deferito nei confronti di tutti i litisconsorti il problema trova soluzione lineare, qualunque sia la prospettiva dell'interprete in merito alla funzione dell'interrogatorio formale: difatti, anche muovendo dalla prospettiva più rigorosa, vale a dire quella che attribuisce al mezzo in parola la funzione esclusiva di tendere alla formazione di una prova legale, non v'è dubbio che questa funzione non difetti ove l'interrogatorio venga deferito a tutti i litisconsorti, che in astratto potrebbero rendere identiche dichiarazioni *contra se* e vincolare il giudice nell'accertamento del fatto. Il nodo

²⁹⁹ Cfr. Cass. 14 novembre 2002, n. 16034, che ha sancito la nullità della prova testimoniale assunta prima dell'integrazione del contraddittorio. Nello stesso senso Cass. 8 settembre 1998, n. 8878, secondo cui la nullità inerente all'assunzione della prova testimoniale avvenuta prima dell'integrazione del contraddittorio «è una nullità posta nell'interesse della parte litisconsorte necessaria pretermessa (e perciò deve essere fatta valere dalla stessa nei modi indicati nel comma 2 dell'art. 157 c.p.c. e non può essere rilevata di ufficio)».

problematico concerne invece la deferibilità dell'interrogatorio ad alcuni soltanto dei litisconsorti necessari, considerata in questo caso l'impossibilità *ab origine* di conseguire una prova legale sul fatto oggetto d'interrogatorio. D'altro canto, se, come pare preferibile, la funzione dell'interrogatorio formale non si esaurisce nell'ottenimento di dichiarazioni *contra se* aventi efficacia pienprobante, bensì, e più semplicemente, nell'ottenimento di dichiarazioni sfavorevoli, nulla osta a considerare ammissibile il deferimento effettuato ad alcuni soltanto dei litisconsorti necessari³⁰⁰. Questa soluzione è oltretutto maggiormente sintonica con la plausibilità di una confessione stragiudiziale o di una confessione spontanea giudiziale resa da alcuni litisconsorti necessari soltanto.

Nonostante la norma riferisca esclusivamente della possibilità che la dichiarazione venga resa da alcuni litisconsorti, non è dibattuto, sul versante opposto, che un solo litisconsorte possa deferire l'interrogatorio formale nei confronti del comune contraddittore, considerato che «la disponibilità del diritto, a cui i fatti da confessare si riferiscono, è richiesta dalla legge, contrariamente a quanto accade per il giuramento, solamente per rendere la confessione e non anche per porre in essere l'attività volta ad indurla (art. 2731 c.c.)³⁰¹».

³⁰⁰ C. FERRI, voce *Interrogatorio I) Diritto processuale civile*, cit., 9; S. MENCHINI, *op. cit.*, 768; M. TARUFFO, voce *Interrogatorio*, cit., 60; *contra* C. MARCHETTI, *Ammissibilità dell'interrogatorio formale della parte in funzione liberamente probatoria*, in *Giur. it.*, 1962, I, 2, 541 ss.; L. DELLA PIETRA, *L'interrogatorio della parte: interrogatorio libero e interrogatorio formale*, in *Giur. merito*, 2002, 1128, nt. 62.

³⁰¹ Così S. MENCHINI, *Il processo litisconsortile*, cit., 767 e 769, nt. 773: la confessione prestata dalla comune controparte, anche nel caso in cui l'interrogatorio sia stato dedotto da uno solo dei

Un'interessante questione è quella che scaturisce dall'art. 2738 c.c. a mente del quale «In caso di litisconsorzio necessario, il giuramento prestato da alcuni soltanto dei litisconsorti è liberamente apprezzato dal giudice». La disposizione contempla la prestazione effettuata da alcuni litisconsorti senza considerare il momento del deferimento. Certamente la norma opera nel caso in cui il giuramento venga *deferito* a tutti i litisconsorti necessari ma sia *prestato* soltanto da alcuni³⁰². A ben vedere questa conclusione è coerente con i principi generali e le regole proprie del giudizio necessariamente plurilaterale, che vietano a uno solo dei litisconsorti di vincolare gli altri. Giocoforza, il giuramento deferito a tutti i litisconsorti e prestato da alcuni di essi soltanto, non potendo rappresentare prova legale idonea a decidere la lite, poiché la decisione non può pronunciarsi che in confronto di tutte le parti, verrà liberamente apprezzato dal giudice³⁰³. Sotto altra lente prospettiva, l'ipotesi in cui il giuramento venga *deferito* a soltanto alcuni dei litisconsorti è foriera di maggiori dubbi e cela una *vexata quaestio* che la formulazione ambigua della norma non riesce a dipanare e che ha dato adito a opposti orientamenti.

litisconsorti, «spiega i suoi effetti tipici di prova legale rispetto a tutti».

³⁰² Naturalmente, a diversa soluzione si perviene ove il comportamento dei litisconsorti necessari sia omogeneo: se tutti prestano giuramento vincono la causa; se tutti non prestano giuramento perdono la causa.

³⁰³ Per un'applicazione nella prassi cfr. Cass. 16 novembre 1992, n. 12277, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 1702, e in *Giust. civ.*, 1993, I, 1543.

Secondo una parte della dottrina sarebbe lecito deferire giuramento ad uno o ad alcuni dei litisconsorti necessari³⁰⁴.

Secondo questa tesi, accolta oltretutto da una pronuncia di legittimità³⁰⁵, la circostanza che sia disciplinata *ex lege* un'ipotesi in cui l'efficacia del giuramento è degradata a quella di prova liberamente valutabile, ossia nel caso in cui, appunto, il giuramento sia *prestato* da alcuni soltanto dei litisconsorti necessari, legittimerebbe in via generale nel nostro ordinamento la figura del «giuramento prova libera».

Invero, appare più convincente la tesi opposta che sancisce l'inammissibilità del giuramento deferito ad alcuni soltanto dei litisconsorti necessari³⁰⁶. Per questa differente

³⁰⁴ V. DENTI, *Interrogatorio formale di parte non legittimata a confessare*, in *Giur. it.*, 1960, I, 2, 865 ss.; C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, II, *La fase di cognizione nella tutela dei diritti*, Torino, 2010, 131; S. PATTI, *Prove*, in G. DE NOVA (a cura di), *Commentario del codice civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna, 2015, 794.

³⁰⁵ Cfr. Cass. 21 febbraio 1995, n. 1862, in *Giur. it.*, 1996, 126, con nota di G. RANA: «il giuramento decisorio deferito da alcuni soltanto dei litisconsorti necessari o ad alcuni soltanto di essi è liberamente apprezzato dal giudice nei confronti di tutti perché l'art. 2738 c.c. non distingue tra i litisconsorti che lo hanno prestato o lo hanno deferito e gli altri».

³⁰⁶ M. CAPPELLETTI, *Il giuramento della parte nel processo litisconsortile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, 1151 ss.; in questo senso anche V. ANDRIOLI, voce *Giuramento (diritto civile e diritto processuale civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, VII, Torino, 1961, 947; R. PROVINCIALI, voce *Giuramento I) Diritto processuale civile*, cit., 115; M. TARUFFO, *Commento all'art. 2737*, in P. CENDON (diretto da), *Commentario al codice civile*, VI, Torino, 1991, 229; G.F. RICCI, *Diritto processuale civile*, II, *Il processo di cognizione e le impugnazioni*, cit., 125.

ricostruzione l'art. 2738 c.c. presuppone un deferimento onnicomprensivo; in caso contrario risulterebbe viziata l'ordinanza di ammissione del giuramento³⁰⁷, con conseguente inefficacia della prova eventualmente espletata.

Tale linea interpretativa sembra essere imposta, *ex art.* 2736 c.c., direttamente dalla natura e struttura decisoria del giuramento³⁰⁸. La circostanza che il codice disciplini anche un'ipotesi in cui il giuramento è prova soggetta alla libera valutazione dell'organo giudicante non rappresenta un'argomentazione dirimente nella misura in cui il giuramento deferito a tutti ma prestato soltanto da alcuni litisconsorti non perde l'astratta idoneità a risolvere la lite³⁰⁹. Ecco dunque affiorare la *ratio* della disposizione.

³⁰⁷ Cass. 23 novembre 1993, n. 11546.

³⁰⁸ Cfr. M. CAPPELLETTI, *Il giuramento della parte nel processo litisconsortile*, cit., 1173 ss.; M. MONTANARI, *Commento all'art. 2738*, in G. BONILINI, A. CHIZZINI (a cura di), *Della tutela dei diritti*, I, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile*, Torino, 2015, 773 ss., 777: un giuramento destinato alla libera valutazione abdicerebbe sin dall'inizio «alla sua consustanziale *mission* decisoria».

³⁰⁹ E. ALLORIO, *Il giuramento della parte*, cit., 194 ss.; M. CAPPELLETTI, *Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, 571; ID., *Il giuramento della parte nel processo litisconsortile*, cit., 1175; A. SCARDACCIONE, *Confessione, giuramento decisorio e litisconsorzio necessario*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, 169; più recentemente cfr. altresì, nel senso del testo, G. BALENA, voce *Giuramento*, cit., 108; M. TARUFFO, *I mezzi di prova (I)*, in L.P. COMOGGIO, C. FERRI, M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, I, Bologna, 2005, 458; A. CECCARINI, *La prova orale nel processo civile*, Milano, 2010, 203 ss. In senso contrario V. DENTI, *Interrogatorio formale di parte non legittimata a confessare*, cit., 865, per il quale non vi sono ragioni perché «una volta ammessa per regola positiva la minore efficacia probatoria del giuramento prestato da alcuni soltanto dei

La previsione integra uno strumento di conservazione e salvaguardia delle dichiarazioni giuratorie prestate, che diversamente andrebbero derubricate alla voce «prova mancata». Soltanto l'assunzione della prova può disvelare l'efficacia del giuramento: l'unica finalità della norma è pertanto quella di dirimere a valle il quesito relativo all'efficacia di giuramenti di segno diverso da parte dei litisconsorti necessari³¹⁰.

Su altro versante ci si chiede se il deferimento del giuramento decisorio sia possibile soltanto ad opera di tutti i litisconsorti necessari³¹¹, ovvero possa avvenire grazie all'iniziativa di alcuni litisconsorti soltanto. Come è stato osservato sembra decisivo nel primo senso l'art. 2737 c.c. che richiede la capacità di disporre del diritto per poter deferire e riferire giuramento: il giuramento non potrebbe essere deferito da uno soltanto dei litisconsorti in quanto, poiché il litisconsorzio necessario integra un'ipotesi di disponibilità congiuntiva del diritto, al singolo non sarebbe

litisconsorti – e quindi ammessa l'esistenza di un istituto del tutto diverso e distinto dal giuramento prova legale – si debba escludere *a priori* la possibilità di far ricorso a questo mezzo della tecnica probatoria, utilizzandolo come tale, e non come effetto eventuale dell'insuccesso della delazione del giuramento propriamente inteso».

³¹⁰ Cfr. M. MONTANARI, *op. cit.*, 776, per il quale la disciplina dell'art. 2738, 3° comma, c.c. può «entrare in azione soltanto a séguito della scelta di alcuni dei litisconsorti, cui sia stato deferito il giuramento, di non raccogliere la sfida loro, in quel modo, rivolta, e non anche a séguito dell'opposta scelta del comune avversario di rivolgere quella sfida ad alcuni litisconsorti soltanto: opzione da reputarsi [...] come *ab imis* preclusa».

³¹¹ Se la comune controparte presta giuramento allora i litisconsorti perderanno la causa; se non presta giuramento vinceranno la causa.

consentito disporne singolarmente³¹². Nel caso in cui, invece, nel tentativo di superare l'ostacolo, si sostenesse la libera valutabilità del giuramento deferito da alcuni litisconsorti alla comune controparte si riproporrebbero le considerazioni già svolte in ordine al difetto di decisorietà di un giuramento deferito in tal guisa³¹³.

³¹² M. CAPPELLETTI, *Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte*, cit., 572.

³¹³ In questo senso V. ANDRIOLI, voce *Giuramento*, cit., 947, 948 e L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 730 testo e nt. 62; in senso contrario tuttavia Cass. 21 febbraio 1995, n. 1862, cit.; nella giurisprudenza di merito, Trib. Cagliari 6 marzo 1995, per il quale «il giuramento decisorio deferito da uno solo dei convenuti, litisconsorti necessari, pur essendo ammissibile, perde il suo carattere di prova legale e diviene elemento liberamente apprezzabile dal giudice per la formazione del suo convincimento».

Capitolo IV

Le prove illecite

SOMMARIO: 1. La prova illecita e le questioni relative alla sua utilizzabilità. 2. ... *segue*: La prova incostituzionale e le questioni relative alla sua utilizzabilità. 3. Tentativi di contemperamento tra valori e interessi contrapposti nella valutazione circa l'utilizzabilità della prova illecita. I controlli a distanza dell'attività dei lavoratori nell'evoluzione giurisprudenziale e nel riformato art. 4 Stat. lav. 4. ... *segue*: Le ordinanze gemelle relative all'utilizzabilità dei dati ricavati dalla c.d. lista Falciani. Orientamenti della Corte EDU e della giurisprudenza italiana in materia penale. 5. Utilità, nel processo civile, dell'adozione di una regola temperata di inutilizzabilità della prova illecita. Spunti ricostruttivi sul regime della prova illecita inutilizzabile.

1. La prova illecita e le questioni relative alla sua utilizzabilità.

Le prove illecite sono state definite come le prove che «siano state formate al di fuori del giudizio, oppure siano acquisite ed assunte in giudizio, con mezzi illegali o illegittimi, con metodi penalmente illeciti o con atti che comunque comportino una violazione dei diritti individuali costituzionalmente protetti¹».

¹ L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2010, 64. In senso analogo F. DANOVI, *Esigenze istruttorie e tutela della privacy nei processi di separazione e divorzio*, in *Rivista AIAF*, 2012/1, 36; A. GRAZIOSI, *Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 700; L. ARIOLA, *Le prove atipiche nel processo civile*, Torino, 2008, 125; P. LEANZA, *Classificazione dei mezzi di prova*, in ID., *Le prove civili*,

Il discorso relativo alle prove illecite concerne per lo più le prove precostituite, in relazione alle quali l'illiceità si verifica, fuori dal processo, nel momento della formazione o del reperimento della prova². In linea teorica, non può tuttavia escludersi che la condotta illecita possa interessare anche le prove costituende³. Oltre alla revoca della confessione per violenza morale *ex art. 2732 c.c.* di cui si è già detto, si pensi all'ordine di esibizione (ove l'acquisizione del documento o della cosa è comunque preceduta da un'ordinanza ammissiva, emessa soltanto al ricorrere di taluni presupposti). Potrebbe in astratto accadere che una parte, interessata all'acquisizione di un documento non in suo possesso, incarichi un terzo di impadronirsi illecitamente del documento per poi chiedere nei suoi confronti l'ordine di esibizione che le assicura

Torino, 2012, 129, 130. Cfr. altresì V. DENTI, voce *Prova documentale (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 720, per il quale il «concetto di prova illecita non è definibile in termini generali, potendosi soltanto fare riferimento alla violazione sia di divieti espressi (ad esempio, quello delle intercettazioni telefoniche), sia di garanzie fondamentali della persona costituzionalmente riconosciute».

² La specificazione dei termini «formazione» e «reperimento» è semplice e può avvenire in via esemplificativa. Si pensi, quanto al reperimento illecito, alla sottrazione di un diario o di una lettera ove sono contenute dichiarazioni confessorie; quanto invece alla formazione illecita, è sufficiente pensare alle fotografie ovvero alle registrazioni e ai video effettuati illecitamente da una parte. Una diversa ipotesi, invero di scuola, può essere rappresentata dal documento prodotto in causa da una parte a causa della violenza o minaccia subita dall'avversario.

³ Sulla questione cfr. G.F. RICCI, *Le prove illecite nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 71 ss.

l'acquisizione della *res* al processo⁴. Ancora, è possibile pensare al caso in cui un soggetto, la controparte o il terzo, ottemperi all'ordine di esibizione a causa delle violenze o minacce poste in essere dalla parte interessata ad acquisire il documento⁵.

Non può oltretutto tacersi che talune condotte illecite sottraggono alla prova qualsivoglia valenza dimostrativa, cosicché, a prescindere dall'accoglimento di una teoria di inutilizzabilità delle prove illecite, queste ultime non potranno assolutamente considerarsi efficaci. Si pensi alla confessione estorta con torture⁶ o minacce⁷, ovvero alle indebite pressioni esercitate sul testimone⁸: in questi casi, le modalità di formazione della prova escludono che alla stessa possa attribuirsi una benché minima efficacia persuasiva⁹.

Il tema delle prove illecite è dotato di una propria autonomia e merita separata trattazione. Al di là della

⁴ L'esempio è di A. GRAZIOSI, *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, Milano, 2003, 109.

⁵ L'esempio è ancora di A. GRAZIOSI, *op. loc. ult. cit.*

⁶ Cfr. M. CAPPELLETTI, *Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, 559: «la *contra se declaratio*, resa nei tormenti della tortura, o nel terrore del ricatto, non è più credibile di una *pro se declaratio*, poiché si tratta, in realtà, di una dichiarazione resa nell'intento di sottrarsi al tormento od al terrore».

⁷ Cfr. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale. Introduzione allo studio dei diritti costituzionali*, Padova, 2005, 290.

⁸ Si v. L. ARIOLA, *Le prove atipiche nel processo civile*, cit., 145.

⁹ Nell'ambito del processo penale, C. CONTI, voce *Inutilizzabilità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur. Treccani*, agg. XIII, Roma, 2005, 2 qualifica i divieti probatori di questo genere quali divieti di natura mista, che inficiano la prova sia per la loro «intrinseca inidoneità euristica», sia per la loro natura lesiva dei diritti individuali.

portata incerta del concetto di prova illecita, sussiste infatti una profonda differenza con i vizi esaminati nei capitoli precedenti. Nei vizi di ammissione e assunzione testé trattati, la violazione di legge che inficia (fatti salvi gli eventuali meccanismi di sanatoria) la validità e dunque l'utilizzabilità della prova si verifica all'interno del processo proprio con la proposizione, ammissione o assunzione della prova. Per le prove illecite, invece, l'illecito si verifica fuori dal processo e non in una delle fasi che compongono l'*iter* istruttorio: sia che si tratti di prove precostituite, sia che si tratti di prove costituende, siamo formalmente (e apparentemente) dinanzi a un procedimento istruttorio valido¹⁰.

Non è tuttavia escluso che la liceità dell'acquisizione della prova *extra iudicium* possa ergersi a requisito indispensabile per la validità della prova. Seppur con riferimento a diverse questioni, autorevole dottrina ha infatti sostenuto «la possibilità di costruire una categoria di nullità processuali derivanti direttamente dal contrasto con norme costituzionali, sol che si consideri l'esistenza, nel nostro ordinamento, di vizi non formali degli atti processuali, derivanti dall'invalido esercizio dei poteri del giudice e delle parti ed individuati, quindi, dai presupposti e dalle modalità di esercizio dei poteri medesimi. Presupposti che possono essere rinvenuti anche in norme diverse dalle norme processuali, e quindi anche nelle

¹⁰ Tuttavia, come sottolinea A. GRAZIOSI, *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, cit., 114, il «meccanismo di apprensione della prova agli atti di giudizio, considerato nel suo complesso (ossia includendovi anche gli atti non propriamente processuali), è viziato da un atto illecito che compromette irrimediabilmente l'utilizzabilità della fonte materiale di prova acquisita».

norme costituzionali a carattere immediatamente precettivo¹¹».

Oltretutto, il legislatore è libero di sancire espressamente l'inutilizzabilità delle prove ottenute o formate fuori dal processo attraverso la commissione di un determinato illecito. Vi sono infatti prove illegittime (*id est* vietate da una norma di natura processuale, o, *rectius*, per le quali è prevista un'espressa sanzione processuale di inammissibilità o inutilizzabilità da una disposizione non necessariamente contenuta nel codice di rito) che sono anche illecite¹². In questi casi, il legislatore considera il rispetto di una norma sostanziale quale condizione di utilizzabilità della prova. Un esempio recente, che sarà oggetto di analisi nel prosieguo, è offerto dal riformato art. 4 dello Statuto dei lavoratori. Ma a ben vedere lo stesso art. 2732 c.c. disciplina un'ipotesi di *invalidazione* processuale – si è già detto dell'imprecisione del termine «revoca» – della confessione resa a causa di un comportamento illecito (la c.d. *vis compulsiva*). Nondimeno, in assenza di una disposizione dal carattere generale, il quesito di massima importanza concerne la possibilità di ricavare dal sistema una regola di inutilizzabilità della prova illecita valida anche in assenza di una disposizione particolare, sì da ritenere ogni prova illecita al contempo illegittima.

In merito alla ammissibilità e utilizzabilità delle prove illecite nel processo civile si registrano in dottrina due orientamenti opposti.

Un primo orientamento ritiene utilizzabili le prove illecite. Secondo questo indirizzo, le condotte illecite poste in

¹¹ V. DENTI, *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, in ID., *Dall'azione al giudicato*, Padova, 1983, 53, 54.

¹² Cfr. L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 74.

essere al fine di ottenere una prova da spendere nel giudizio appartengono a un contesto extraprocessuale¹³ e non possono in alcun modo influenzare il processo, che ad esse rimane impermeabile. Stante la punibilità sul piano penale e/o civile dell'autore della condotta illecita, rimane ferma la possibilità per il giudice di avvalersi dell'apporto dimostrativo delle prove formate o reperite in modo illecito¹⁴. Per tale ragione questa tesi viene talvolta designata come «tesi processuale»: il processo è insensibile agli accadimenti esterni, di talché nessuna sanzione di natura processuale (*sub specie* di inutilizzabilità) può accompagnare la prova illecita.

In secondo luogo si pone l'accento sull'assenza nel nostro ordinamento di una regola generale di esclusione delle prove illecite dal novero delle prove inutilizzabili¹⁵. In

¹³ G.F. RICCI, *Le prove illecite nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 70. Nella dottrina processualpenalistica, il principale sostenitore dell'utilizzabilità delle prove illecite è F. CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, 147 ss.; ID., *Procedura penale*, Milano, 2012, 613, 614.

¹⁴ In questo senso E. ONDEI, *Utilizzazione di prove acquisite con mezzi illeciti*, in *Foro pad.*, 1972, I, 424. La tentazione a cui cede la teoria in argomento era già stata efficacemente evidenziata da F. CARNELUTTI, *Illecita produzione di documenti*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1935, II, 63: «a prima vista verrebbe voglia di dire: il giudice cerca la verità e quando una prova gli serve per fargliela conoscere, se ne deve giovare; se chi gliela ha fornita ha offeso, per procurarsela, il diritto altrui, ne risponderà; intanto, però, il servizio alla giustizia è reso».

¹⁵ E. ONDEI, *Utilizzazione di prove acquisite con mezzi illeciti*, cit., 424. Cfr. anche G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, *Il processo ordinario*, Bari, 2015, 190, secondo cui la soluzione dell'inutilizzabilità delle prove reperite o formate in modo illecito, pur essendo dettata da ragioni etiche, non trova riscontro nel dato positivo, «giacché le vicende concernenti il documento inteso come

particolare né il codice di rito, né una fonte allo stesso sovraordinata, contengono una disposizione che estrometta espressamente le prove ottenute o formate dalla parte attraverso la commissione di un illecito.

In aggiunta si fa leva sul principio di acquisizione processuale. Sarebbe desumibile, nell'architettura processuale, un principio di irretrattabilità delle risultanze istruttorie, in virtù del quale il giudice è tenuto a fondare la propria decisione sulle prove presenti nel fascicolo: una volta acquisita al processo, la prova potrebbe, in ragione della sola rilevanza, essere utilizzata dal giudice a prescindere dal modo in cui è stata formata o reperita. In proposito è il caso di osservare che tale argomentazione opera un palese fraintendimento del concetto e della portata del principio di acquisizione processuale, principio che non si risolve affatto nel brocardo *male captum bene retentum*, bensì nella possibilità per il giudice di porre a fondamento della propria decisione le prove *legittimamente* acquisite, indipendentemente dalla parte che le abbia dedotte ovvero prodotte¹⁶.

Ulteriore terreno oggetto di facili fraintendimenti è quello del libero convincimento giudiziale e del diritto alla prova, *id est* il diritto della parte di impiegare tutte le prove di cui dispone, al fine di dimostrare la verità dei fatti che fondano la sua pretesa¹⁷. Una definizione simile potrebbe in effetti

bene si collocano in una fase affatto estranea al procedimento di acquisizione dello stesso, e dunque non dovrebbero poter influire sulla sua efficacia probatoria».

¹⁶ Si v. sul punto L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 66; F. FERRARI, *La sanzione dell'inutilizzabilità nel codice della privacy e nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 367.

¹⁷ Sul diritto alla prova cfr. M. TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 74 ss.; B. CAVALLONE, *Oralità e disciplina delle prove nel processo civile*, in *Riv. dir.*

suggerire un diritto delle parti all'ammissione di qualsivoglia istanza probatoria, anche se illecita. Tuttavia così non è e per convincersene è sufficiente pensare alle numerose ipotesi in cui il nostro ordinamento mitiga il diritto alla prova con ulteriori e diversi valori, che trovano riconoscimento nel contesto processuale¹⁸. Sotto questo

proc., 1984, 711 ss.; L.P. COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell'azione nel processo civile*, Padova, 1970, 148 ss.; N. TROCKER, *Processo civile e Costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano*, Milano, 1974, 509 ss.; M.C. VANZ, *La circolazione della prova nei processi civili*, cit., 42 ss.; A. GRAZIOSI, *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, cit., 11 ss.

¹⁸ Si pensi, ad esempio, all'esigenza di pervenire entro un termine ragionevole a una decisione (in questo senso operano le preclusioni istruttorie), alla possibilità di astensione dal testimoniare concessa a taluni soggetti (art. 249 c.p.c.), ovvero, ancora, all'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese o delle informazioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione nel giudizio avente il medesimo oggetto iniziato, riassunto o proseguito dopo l'insuccesso della mediazione.

Oltretutto, al nostro ordinamento non è estranea la logica del bilanciamento tra diritto alla prova e diritti afferenti alla sfera personale. Anche in assenza di un comportamento illecito, la tutela del diritto alla riservatezza può limitare il diritto alla prova, come è possibile evincere dal codice di rito in materia di ordini di ispezione ed esibizione. In relazione al primo è consentito procedere all'ispezione a condizione che «possa compiersi senza grave danno per la parte o per il terzo» (art. 118); in relazione al secondo, l'art. 210 richiama gli «stessi limiti entro i quali può essere ordinata a norma dell'art. 118 l'ispezione di cose in possesso di una parte o di un terzo». Le citate norme assicurano il diritto delle parti a provare le proprie pretese ma a condizione che ciò possa avvenire senza danni gravi alle parti o ai terzi. Nell'interpretazione che la dottrina ha offerto al fine di individuare e specificare quali siano i danni idonei a inibire il diritto alla prova, è comune l'indicazione dei danni derivanti dalla diffusione dei risultati dell'ispezione o dell'esibizione attraverso l'acquisizione al

angolo visuale, dunque, non può essere ravvisata alcuna violazione del diritto alla prova in un ordinamento che vieti l'utilizzo delle prove reperite o formate in modo illecito, proprio perché il diritto alla prova può indietreggiare dinanzi all'importanza primaria che assumono alcuni valori in una società data¹⁹.

processo degli accertamenti o dei documenti (cfr. D. VOLPINO, *L'ispezione nel processo civile*, Milano, 2012, 95; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 628; A. GRAZIOSI, *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, Milano, 2003, 123 ss.). Si tratta in ogni caso di una valutazione – incensurabile in cassazione se adeguatamente motivata – affidata al giudice, chiamato ad operare un bilanciamento tra i contrapposti diritti delle parti (ovvero tra il diritto di una parte e quello di un terzo estraneo alla lite). Su questi profili cfr. A. FINOCCHIARO, voce *Ispezione (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 951; A. MASSARI, voce *Ispezione giudiziale*, in *Noviss. Dig. it.*, IX, Torino, 1963, 191; F. FERRARI, *Commento all'art. 118*, in L.P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, II, Torino, 2012, 483).

¹⁹ Cfr. in questo senso C. MAINARDIS, *L'inutilizzabilità processuale delle prove incostituzionali*, in *Quad. cost.*, 2000, 386; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 66; M. CAPPELLETTI-V. VIGORITI, *I diritti costituzionali delle parti nel processo civile italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 1971, 640, per i quali «anche una moderna concezione probatoria, secondo la quale tutti gli elementi di prova rilevanti per la decisione dovrebbero essere sottoposti alla valutazione critica del giudice, ammette tuttavia delle ipotesi in cui il diritto alla prova può cedere di fronte ad altri valori, specie se costituzionalmente garantiti»; conf. A. GRAZIOSI, *Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile*, cit., 704, che suggerisce per le prove illecite «un atteggiamento interpretativo di radicale chiusura, che conduca a decretarne la assoluta inutilizzabilità nel processo civile. Poiché quand'anche dovessero risultare indispensabili per l'accertamento della verità, questa finalità [...] non può essere conseguita a scapito dei diritti di libertà dei soggetti coinvolti nel processo»; nello stesso verso, con riferimento al processo penale,

Come è intuibile dai rilievi critici già rimarcati, alla tesi esposta si contrappone una diversa corrente dottrinale, invero maggioritaria, per la quale le prove illecite non sono utilizzabili nel processo civile. Anche gli argomenti a sostegno di questa teoria sono molteplici e, salve le precisazioni che verranno svolte nel prosieguo, più persuasivi.

Anzitutto non è coerente consentire a una parte di ottenere, mediante la commissione di un illecito, benefici maggiori rispetto a quelli che l'agire *secundum ius* le avrebbe garantito²⁰. L'inutilizzabilità della prova rappresenta la logica reazione dell'ordinamento, volta al ripristino della situazione anteriore alla commissione dell'illecito, in ossequio al principio per cui *nemo ex delicto meliorem suam condicionem facere potest*. Come è stato autorevolmente affermato, l'«inefficacia dell'atto è il mezzo per rimettere le cose come sarebbero state se la *iniuria* non si fosse avverata²¹».

F.R. DINACCI, *Inutilizzabilità ex artt. 191 e 240 c.p.p. – La lista Falciani tra inutilizzabilità e bulimia conoscitiva*, in *Giur. it.*, 2015, 2502 ss., per il quale le regole preposte alla ricostruzione del fatto fanno parte dei principi del giusto processo e pertanto occorre «metabolizzare che il potere di giudicare implica anche un limite individuabile nei diritti del soggetto verso cui quel potere si esercita».

²⁰ F. CARNELUTTI, *Illecita produzione di documenti*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1935, II, 63. In quest'ottica anche A. PACE, *Commento all'art. 15*, in G. AMATO, A. PACE, F. FINOCCHIARO, *Rapporti civili*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1977, 112, per il quale argomentando diversamente si finirebbe per premiare l'autore dell'illecito. Contrario all'utilizzabilità delle prove illecite anche N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, Milano, 2013, 313.

²¹ F. CARNELUTTI, *Illecita produzione di documenti*, cit., 70.

In secondo luogo la sanzione dell'inutilizzabilità della prova formata o reperita illecitamente funge da «*deterrente* contro l'eventuale violazione di diritti, perseguendo lo scopo che una data prova – ancorché acquisita mediante un illecito (furto o indebita sottrazione di documenti, perquisizione arbitraria, intercettazione telefonica non autorizzata ecc.) – possa essere favorevolmente utilizzata nel corso del giudizio²²». Ancora, e sempre nel medesimo verso, si è sostenuto che l'inutilizzabilità della prova ottenuta commettendo un reato rappresenta un «principio di civiltà giuridica²³».

E in effetti, come è stato puntualmente osservato nella dottrina costituzionalista, se è vero che l'inutilizzabilità delle prove illecite comporta un grande sacrificio in termini di accertamento della verità nel processo, stante l'esclusione di elementi conoscitivi spesso dotati di elevata valenza dimostrativa, è altrettanto vero che l'alternativa ermeneutica opposta, quella che ritiene utilizzabili le prove illecite, comporta un sacrificio ancora superiore, *id est* l'«imbarbarimento della convivenza civile nei rapporti tra privati²⁴». Questa osservazione appare corretta: se nella singola fattispecie è comprensibile la tentazione di ritenere ammissibile e utilizzabile la prova illecita, su larga scala, una regola d'apertura incondizionata alla prova illecita

²² A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale. Introduzione allo studio dei diritti costituzionali*, cit., 289, 290; ID., *Commento all'art. 15*, cit., 112.

²³ F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, IV, Padova, 2004, 318; S. VINCIGUERRA, *Sull'utilizzo nell'accertamento tributario della lista di cittadini italiani titolari di depositi in banca estera trafugata dalla banca depositaria*, in *Dir. prat. trib.*, 2015, 1127.

²⁴ Così A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale. Introduzione allo studio dei diritti costituzionali*, cit., 291.

incoraggerebbe evidentemente ogni privato – parte di un giudizio già instaurato ovvero ancora da avviare (la prassi ha difatti evidenziato come l’ottenimento della prova illecita possa essere funzionale non soltanto al processo in corso ma anche soltanto a una valutazione prognostica di opportunità circa l’incardinamento o meno del giudizio) – ad operare una scelta tra le conseguenze scaturenti dalla commissione dell’illecito e quelle derivanti da un *deficit* probatorio; di talché, la parte potrebbe ritenere in fin dei conti utile e vantaggioso commettere illeciti al precipuo obiettivo di assicurarsi quelle prove che è sicuro di poter utilizzare nel processo. In definitiva, la prospettiva general preventiva disvela il concreto rischio che l’ammissibilità delle prove illecite possa tradursi in un incentivo per i privati a farsi giustizia da sé²⁵.

A sostegno dell’inutilizzabilità della prova illecita è stato poi addotto l’argomento inerente alla (presunta) valenza generale dell’art. 191 c.p.p.²⁶, in forza del quale «le prove

²⁵ In quest’ottica, N. TROCKER, *Processo civile e costituzione*, cit., 634, 635; conf., seppur con particolare riferimento alla violazione della precedente formulazione dell’art. 4 Stat. lav. (cfr. *infra*), M. MISCIONE, *I controlli intenzionali, preterintenzionali e difensivi sui lavoratori in contenzioso continuo*, in *Lav. giur.*, 2013, 762, per il quale sono affermazioni contro-sistema quelle per cui la prova di un illecito civile e penale sarebbe sempre utilizzabile anche se ottenuta in modo illecito: «in tal modo si incentiva l’illecito per provare un altro illecito».

²⁶ F. ANGELONI, *Le prove illecite*, Padova, 1992, 183; S. VINCIGUERRA, *Sull’utilizzo nell’accertamento tributario della lista di cittadini italiani titolari di depositi in banca estera trafugata dalla banca depositaria*, cit., 1127, secondo cui «l’art. 191 c.p.p. reca una norma di civiltà giuridica, la quale trova il proprio fondamento nel principio costituzionale dell’art. 111 1° comma Cost. secondo cui “la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge”».

acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate»²⁷. Tuttavia, la tesi che erge tale norma a regola generale non sembra dirimente, soprattutto perché la portata del vocabolo «legge» è dubbia nella dottrina processualpenalistica. Anzi, è persino maggioritaria la tesi per la quale la disposizione in parola si limita a sancire l'inutilizzabilità delle prove ammesse in violazione della «legge» processuale²⁸, e non anche delle norme di diritto penale sostanziale²⁹. Così ragionando, la

²⁷ Il codice di procedura penale del 1988 ha introdotto una figura generale di inutilizzabilità patologica, funzionale ad un sistema accusatorio. Accanto alla previsione generale, permangono tuttora ipotesi di inutilizzabilità speciale (ad es. l'art. 271 c.p.p., in tema di intercettazioni). A completare il quadro v'è l'art. 188 c.p.p. in forza del quale «non possono essere utilizzati, neppure con il consenso della persona interessata, metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti», come ad esempio la narcoanalisi, l'ipnosi o i c.d. *lie detector*. Sulla figura dell'inutilizzabilità cfr. *ex multis* N. GALANTINI, *Inutilizzabilità della prova e diritto vivente*, in *Riv. it dir. proc. pen.*, 2012, 64 ss.; F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, Milano, 2008; A. SCELLA, voce *Inutilizzabilità della prova (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir., Annali*, II, 1, Milano, 2008, 479 ss.

²⁸ F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 613 ss.; ID., *Tre studi sulle prove penali*, cit., 147 ss.; F.M. GRIFANTINI, voce *Inutilizzabilità*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, 249; P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, Milano, 2015, 221 ss.; C. CONTI, *Il metodo probatorio*, in P. TONINI, C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, Milano, 2012, 108; N. GALANTINI, *Inutilizzabilità della prova e diritto vivente*, in *Riv. it dir. proc. pen.*, 2012, 64 ss.; O. DOMINIONI, *Il corpo del diritto delle prove. Disposizioni generali*, in AA.VV., *Procedura penale*, Torino, 2014, 310, 311; P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2014, 210.

²⁹ Così invece F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, Milano, 2008, 63 ss.; ID., *Inutilizzabilità ex artt. 191 e 240 c.p.p.* –

violazione della norma sostanziale porta all'inutilizzabilità della prova soltanto in presenza di specifiche disposizioni sanzionatorie, come ad esempio l'art. 240, 2° comma, c.p.p. in materia di documenti formati attraverso la raccolta illegale di informazioni.

In ottica costituzionale l'inutilizzabilità della prova illecita viene poi associata ai principi del giusto processo³⁰. Un

La lista Falciani tra inutilizzabilità e bulimia conoscitiva, in *Giur. it.*, 2015, 2502 ss., per il quale «sul piano lessicale, “divieto stabilito dalla legge” costituisce una locuzione generica dalla quale non è possibile ricavare l'esclusione di leggi diverse da quella processuale penale. Anzi, la stessa genericità della formula giuridica conduce ad affermare la sua riferibilità anche alla prova illecita. Se è vero che la rubrica della norma si riferisce alle “prove illegittimamente acquisite”, è del pari vero che la nozione di illegittimità comprende quella di illiceità». Per l'A. l'art. 191 c.p.p., non per niente collocato in sede di disposizioni generali sulla prova penale, rappresenta il manifesto di una scelta ideologica del legislatore orientata ad un'*etica probatoria*, in virtù della quale il giudice può fondare la propria decisione soltanto su quanto legittimamente acquisito, senza che l'interprete possa arbitrariamente limitare il perimetro dell'inutilizzabilità e ritenere utilizzabile «il frutto conoscitivo di un reato»; nello stesso senso D. SIRACUSANO, *Le prove, il procedimento probatorio e il processo*, in D. SIRACUSANO, A. GALATI, G. TRANCHINA, E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, I, Milano, 2011, 353. In giurisprudenza si v. in questa prospettiva Cass. pen. 15 giugno 2000, n. 7063.

³⁰ L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 64 ss.; F. DANOVI, *Le nuove frontiere del diritto delle prove*, 21 ss. del testo dell'intervento al convegno organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura, tenutosi a Milano il 23 maggio 2011, dal titolo *Prove e ricostruzione dei fatti nel processo civile*; ID., *Esigenze istruttorie e tutela della privacy nei processi di separazione e divorzio*, in *Rivista AIAF*, 2012/1, 37. Nella dottrina processualpenalistica cfr. F.R. DINACCI, *Inutilizzabilità ex artt. 191 e 240 c.p.p. – La lista Falciani tra inutilizzabilità e bulimia conoscitiva*, cit., 2502 ss., secondo cui l'art. 111 Cost. non consente il «riciclaggio giudiziario

processo che miri ad essere giusto, nella prospettiva del riformato art. 111 Cost., non può certamente dirsi sprovvisto di una propria morale interna, afferente al *modus procedendi*, cioè alle modalità attraverso le quali viene esercitata la funzione giurisdizionale, anche in relazione alla correttezza e lealtà dei suoi protagonisti³¹. Proprio l'art. 111 Cost. impone di rinnegare una visione immorale del processo, indifferente ai valori delle democrazie costituzionali moderne e segnatamente ai diritti e alle libertà fondamentali dell'uomo³². Per tale ragione, il processo deve intendersi assoggettato, in forza di una basilare necessità di non contraddizione, «ai precetti inderogabili di un'etica sua propria (ed interna), che in tanto consente di qualificarlo come giusto, in quanto lo renda perlomeno interprete, custode e garante di quei fondamentali valori, conferendo una precipua rilevanza etica non già ai singoli mezzi o strumenti processuali, che di per sé sono (e rimangono) eticamente “neutri”, bensì alle forme ed al modo variabile in cui, nel corso del processo, i soggetti che vi operano se ne avvalgano³³».

dei frutti conoscitivi derivanti da reato»; nell'ambito del processo tributario si v. S. VINCIGUERRA, *Sull'utilizzo nell'accertamento tributario della lista di cittadini italiani titolari di depositi in banca estera trafugata dalla banca depositaria*, cit., 1128, 1129, per il quale non può definirsi giusto «il processo nel quale hanno accesso prove acquisite in violazione del divieto di commettere fatti illeciti o addirittura [...] acquisite commettendo un reato».

³¹ L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 65.

³² L.P. COMOGLIO, *ibidem*; conf. L. ARIOLA, *Le prove atipiche nel processo civile*, cit., 126, 127.

³³ L.P. COMOGLIO, *ibidem*; conf. L. ARIOLA, *op. loc. ult. cit.* Analogamente, nella dottrina processualpenalistica, G. SPANGHER, «*E pur si muove*»: *dal male captum bene retentum alle exclusionary rules*, in *Giur. cost.*, 2001, III, 2827 ss., per il quale «il riferimento al “giusto processo” (regolato dalla legge) finisce

Da altra angolatura si è osservato come la tesi dell'inutilizzabilità delle prove illecite possa addirittura fare a meno del dato costituzionale ed essere ricostruita unicamente sulla base dei «principi su cui si fonda qualsiasi ordinamento civile rispettoso dei diritti e della dignità dell'uomo, che sia organizzato come Stato di diritto³⁴». In particolare, uno degli indici rivelatori di un libero sistema di governo è rappresentato dalla vigenza, nei rapporti tra i consociati, del principio fondamentale del *divieto penale della tutela arbitraria delle proprie ragioni*³⁵. Negli Stati di diritto vi è alternatività tra la possibilità di ricorrere all'autorità giurisdizionale e la ragion fattasi, così come attestano gli artt. 392 e 393 c.p.

per integrare di ulteriori contenuti – in relazione alle modalità di captazione e formazione della prova – le garanzie già presenti nelle riferite previsioni costituzionali a tutela dei diritti fondamentali dei cittadini».

³⁴ A. PACE, *Commento all'art. 15*, in G. AMATO, A. PACE, F. FINOCCHIARO, *Rapporti civili*, cit., 110, 111; ID., *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale. Introduzione allo studio dei diritti costituzionali*, cit., 292. A sostegno di questa tesi, l'A. ricorda come già prima dell'entrata in vigore della Costituzione, nella celebre controversia *Vigo c. Formenti* (si tratta di App. Milano 5 aprile 1934 confermata poi da Cass. 8 febbraio 1935, entrambe leggibili in F. ANGELONI, *Le prove illecite*, cit., 18 ss.), la giurisprudenza avesse sancito l'inutilizzabilità del documento sottratto alla controparte e prodotto in giudizio per provare il proprio credito. Conf. A. GRAZIOSI, *Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile*, cit., 703; ID., *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, cit., 113.

³⁵ L'osservazione è di I. JENNINGS, *The Law and the Constitution*, London, 1964, 61, riportata sia negli studi di A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale. Introduzione allo studio dei diritti costituzionali*, cit., 293, che di C. MAINARDIS, *L'inutilizzabilità processuale delle prove incostituzionali*, cit., 393.

che sanzionano l'esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza sulle cose o sulle persone³⁶. Orbene, sarebbe incongruente concedere al privato di ottenere giustizia grazie agli illeciti commessi in dispregio dei valori sostanziali recepiti dall'ordinamento³⁷.

Un ultimo argomento di non poco momento, connesso al discorso appena svolto, è relativo alla presenza nell'architettura processualciviltica di un congegno come l'ordine di esibizione, volto (ma con limiti non indifferenti, soprattutto sul terreno dell'effettività) ad ottenere la materiale acquisizione al processo del documento o della cosa³⁸.

³⁶ Sul tema sia sufficiente il rinvio ai lavori monografici di S. KOSTORIS, *L'esercizio arbitrario delle proprie ragioni*, Napoli, 1965; S. ARDIZZONE, *I delitti di esercizio arbitrario delle proprie ragioni*, Milano, 1975; A. REGINA, *L'esercizio arbitrario delle proprie ragioni*, Padova, 1979.

³⁷ A. PACE, *Commento all'art. 15*, in G. AMATO, A. PACE, F. FINOCCHIARO, *Rapporti civili*, cit., 112, 113, secondo cui in conclusione qualunque «sia l'autorità inquirente o il soggetto che concretamente abbia acquisito illecitamente la prova; e quali che siano la consistenza e la tutela giuridica riconosciute alla situazione soggettiva pregiudicata dall'attività illecita (diritto soggettivo o interesse legittimo, situazione costituzionalmente garantita o no, diritto qualificato come inviolabile o meno ...) sempre e comunque la prova illecita dovrebbe ritenersi, in via di principio, giudizialmente inutilizzabile».

³⁸ A. GRAZIOSI, *Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile*, cit., 704; ID., *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, cit., 113, 114; conf. S. LEUZZI, *I mezzi di prova nel processo civile*, Milano, 2013, 463. Si è inoltre osservato – L. ARIOLA, *Le prove atipiche nel processo civile*, cit., 134 – che la disciplina dettata per l'ordine di esibizione, insuscettibile di esecuzione coattiva, porterebbe ad «escludere che le parti del processo vantino un diritto assoluto al conseguimento della prova, tale da giustificare anche il ricorso a strumenti illeciti di

2. ... segue: La prova incostituzionale e le questioni relative alla sua utilizzabilità.

È utile a questo punto tornare al testo costituzionale, sulla base del quale è possibile elaborare un concetto più circoscritto di prova illecita, il cui perimetro viene ristretto alle sole prove «incostituzionali». Preliminarmente, è il caso di segnalare che la locuzione «prova incostituzionale» è tutt'altro che scevra da ambiguità interpretative³⁹. Ciononostante possono certamente qualificarsi prove incostituzionali «quelle prove, i cui mezzi o metodi di formazione, di acquisizione e/o di assunzione si siano fondati su di una chiara violazione dei diritti di libertà

acquisizione». In altri termini, poiché alla parte non è garantita l'acquisizione del documento per vie processuali, a maggior ragione essa non può utilizzare il documento reperito illecitamente. Questa argomentazione non sembra del tutto condivisibile, dal momento che i profili relativi, da un lato, alle modalità illecite di conseguimento del documento e, dall'altro, all'ordine di esibizione vanno mantenuti su due piani distinti. Anzi, all'inverso, può dirsi che tanto più un ordinamento garantisce alla parte l'ottenimento del documento attraverso gli strumenti processuali, tanto più ingiustificato appare l'illecito posto in essere fuori dal processo per reperire il documento da produrre in giudizio.

³⁹ Sottolinea, in modo del tutto condivisibile, questo aspetto C. CONTI, voce *Inutilizzabilità (dir. proc. pen.)*, cit., 8; EAD., *Il metodo probatorio*, cit., 105: «ogni diritto fondamentale individua una sfera di interessi che, specialmente nella attuale evoluzione dei rapporti sociali e delle tecnologie, si è ispessita, complicata e articolata ed appare suscettibile di lesioni più o meno intense». Per tale ragione, il problema non consiste tanto nello stabilire se una prova incostituzionale è utilizzabile, quanto nel valutare se una prova è incostituzionale. A tal fine è necessario «stabilire la natura e il rango dell'interesse violato, oltre al grado di lesione che la tipologia di acquisizione *de qua* comporta in astratto».

individuale, attinenti alla persona, al domicilio od alla segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione interpersonale, garantiti come “diritti inviolabili dell’uomo” dagli artt. 2, 13, 14, 15 Cost., nonché, in via integrativa, dall’art. 8, 1°-2° comma, della Convenzione europea del 1950⁴⁰». Si tratta di libertà che la nostra Costituzione qualifica espressamente come *inviolabili*, aggettivo che, sia detto incidentalmente, impedisce una loro modifica persino attraverso il procedimento di revisione costituzionale⁴¹, tanto che si discorre di principi supercostituzionali.

Nel nostro ordinamento è assente una disposizione che sancisca in modo trasversale l’inammissibilità delle prove illecite, similmente a quanto è riscontrabile nelle Carte fondamentali⁴² ovvero nelle norme ordinarie di altri

⁴⁰ L.P. COMOGLIO, *L’inutilizzabilità «assoluta» delle prove «incostituzionali»*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 30.

⁴¹ Cfr. per tutti P. GRASSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972, 73 ss.; ID., voce *Inviolabilità dei diritti*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 712 ss.; ID., *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*, Padova, 2008, 9.

⁴² Si v. il chiaro enunciato dell’art. 5, LVI della Costituzione della Repubblica Federale del Brasile del 1988: «*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*». Nell’ambito delle garanzie riguardanti il processo penale si v. l’art. 32, 8° comma, della Costituzione portoghese del 1975, che sancisce la nullità di tutte le prove ottenute mediante tortura, coazione, offesa dell’integrità fisica o morale della persona, intromissione abusiva nella vita privata, nel domicilio, nella corrispondenza e nelle telecomunicazioni; l’art. 38 della Costituzione giapponese del 1946, per il quale le «*confessioni rese sotto pressioni, tortura o minaccia, o successivamente ad arresto o detenzione prolungate non saranno ammesse come prove*». Per questi e ulteriori richiami cfr. L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 69, 70, nt. 222. Cfr.

Paesi⁴³. In mancanza di una norma esplicita dal carattere generale, la regola dell'inutilizzabilità della prova

inoltre ID., *I modelli di garanzia costituzionale nel processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 673 ss. e spec. 701, per il rilievo della frequente costituzionalizzazione nelle democrazie di *civil law*, tra le garanzie processuali fondamentali, del «diritto alla dichiarazione di inammissibilità e/o esclusione delle prove estorte od illegalmente ottenute».

⁴³ Cfr. specialmente l'art. 11 della *Ley Orgánica del Poder Judicial*, in virtù del quale «*No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales*». Si tratta di una norma che se da un lato sancisce l'inutilizzabilità delle prove acquisite in violazione di diritti o libertà fondamentali, dall'altro circoscrive la sanzione processuale alle predette violazioni. Nell'ordinamento spagnolo, dunque, il concetto di prova illecita è inteso in senso stringente. Per prova illecita si intende, infatti, esclusivamente la prova ottenuta, direttamente o indirettamente, violando diritti fondamentali. Si sostiene che non è corretto sanzionare con l'inutilizzabilità ogni prova ottenuta in dispregio di qualsivoglia norma di legge, considerato che la Costituzione, all'art. 24.2, garantisce altresì il diritto «*a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa*» (in questo senso M.A. PÉREZ CEBADERA, *La prueba ilícita en el proceso civil*, in *www.elderecho.com*). Se l'ottenimento di una fonte o di un mezzo di prova consegue alla lesione di un diritto non fondamentale, l'elemento probatorio può essere acquisito al processo, ferma in ogni caso la responsabilità civile e penale dell'autore della condotta. Cfr. al riguardo R. BELLIDO PENADÉS, *La prueba ilícita y su control en el proceso civil*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2010, 79; M.A. PÉREZ CEBADERA, *La prueba ilícita en el proceso civil*, cit., ove è altresì riportata la sentenza n. 459/2009 della *Audiencia Provincial de Madrid*, per la quale «*el derecho a utilizar los medios probatorios pertinentes para la defensa obliga a mantener un concepto de prueba ilícita lo más restrictivo posible al objeto de permitir que el mencionado derecho despliegue su mayor eficacia y virtualidad. Ello comporta limitar el alcance de la prueba ilícita*

incostituzionale è stata ricavata direttamente dall'importanza che la Carta fondamentale attribuisce alla costellazione dei diritti inviolabili⁴⁴, i quali, in virtù della loro posizione sovraordinata, producono effetti tanto sul piano sostanziale, quanto sul piano processuale. In particolare, sul piano processuale, i precetti costituzionali formulano autentici, seppur impliciti, divieti probatori, i quali tuttavia non operano per le violazioni delle norme sostanziali ordinarie. Così ragionando, tali divieti probatori, ricavabili direttamente dalle norme costituzionali poste a presidio dei diritti inviolabili dell'uomo, spiegano la loro efficacia vincolante anche nel processo civile, e dunque in una sede diversa da quella

a la obtenida o practicada con infracción de derechos fundamentales. En este sentido, se ha destacado con acierto que el rango constitucional del derecho a la prueba permite, en principio, pronunciarse en favor de la admisibilidad de las pruebas aun cuando se hayan obtenido con vulneración de algún derecho o normas de carácter o rango inferior al constitucional. Esto es, los límites del derecho a la prueba, consagrado en la constitución, determinan que únicamente puedan reputarse ilícitos y no admisibles en el proceso aquellos medios de prueba en cuya obtención se violen derechos fundamentales de rango equivalente o mayor que el derecho a la prueba».

⁴⁴ In questo senso L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2010, 64 ss.; ID., *L'inutilizzabilità «assoluta» delle prove «incostituzionali»*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 30 ss., spec. 43; ID., *Commento all'art. 116*, in L.P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, II, Torino, 2012, 425; N. TROCKER, *Processo civile e costituzione*, cit., 605; V. DENTI, voce *Prova documentale (dir. proc. civ.)*, cit., 720; ID., *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, 417; A. GRAZIOSI, *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, cit., 111, 112; ID., *Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo*, cit., 695.

penale ove vige una disposizione (in realtà assai controversa) come l'art. 191 c.p.p.⁴⁵.

In armonia con questo indirizzo, gli studi comparatistici⁴⁶ hanno mostrato che altri ordinamenti, come quello nordamericano, hanno ricavato implicitamente – senza il filtro di una norma processuale ordinaria che sancisca espliciti divieti probatori – *constitutional sanctions* direttamente dalla violazione dei diritti inviolabili dell'uomo⁴⁷. Sulla scorta di queste indagini è stata pertanto autorevolmente criticata l'incapacità di «intravedere, al di là della contrapposizione tra *substance* e *procedure*, la possibilità di configurare nell'autonoma categoria della “contrarietà a norme costituzionali” la sintesi fra la qualificazione “sostanziale” di illiceità e la valutazione “processuale” di inammissibilità della prova *illegally obtained*⁴⁸».

⁴⁵ Così L.P. COMOGLIO, *L'inutilizzabilità «assoluta» delle prove «incostituzionali»*, cit., 43.

⁴⁶ Si tratta in particolare degli approfondimenti di L.P. COMOGLIO, *Il problema delle prove illecite nell'esperienza nordamericana e germanica*, in *Pubblicazioni dell'Università di Pavia, Studi nelle Scienze giuridiche e sociali*, XXXIX, Pavia, 1967, 259-372 e N. TROCKER, *Processo civile e costituzione*, cit., 563 ss.

⁴⁷ L.P. COMOGLIO, *L'inutilizzabilità «assoluta» delle prove «incostituzionali»*, cit., 43; ID., *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova, 1970, 295: «senza la mediazione del concetto di *unconstitutionality*, non sarebbe possibile superare l'intuitiva frattura tra la valutazione *sostanziale* di un'illiceità commessa *extra iudicium* e la qualificazione *processuale* delle sue ripercussioni *intra iudicium* (*sub specie* di inammissibilità o di esclusione delle prove illecitamente reperite».

⁴⁸ L.P. COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, cit., 296, 297, per il quale occorrerebbe, in definitiva, attribuire alla norma costituzionale una posizione di estraneità e preminenza rispetto alla contrapposizione tra diritto

Invero, alcune conferme in merito all'effettiva sussistenza, anche nel nostro ordinamento, di un principio di inutilizzabilità delle prove incostituzionali, sembrano poter essere rintracciate anche *intra moenia*. Anzitutto, è possibile osservare che la Corte costituzionale ha ritenuto sussistente un principio generale in forza del quale «attività compiute in dispregio dei fondamentali diritti del cittadino non possono essere assunte di per sé a giustificazione ed a fondamento di atti processuali a carico di chi quelle attività costituzionalmente illegittime abbia subito⁴⁹». Anche in assenza di una norma *ad hoc*, il

sostanziale e processuale. Per una approfondita analisi di questa elaborazione teorica e giurisprudenziale nell'ordinamento tedesco, con ampi richiami bibliografici, cfr. N. TROCKER, *op. cit.*, 597: «il *Grundgesetz* diventa la base normativa unitaria, dalla quale si può trarre l'unità di misura di ogni comportamento, processuale o sostanziale che sia». In tal modo, «si supera chiaramente la tradizionale impostazione goldschmidtiana, secondo cui un concetto di “contrarietà al diritto” sarebbe estraneo al diritto processuale e, in particolare, la inammissibilità di un atto processuale non potrebbe discendere giuridicamente dall'azione illecita (sostanziale)». In sintonia con questo assunto, la Corte federale ha avuto modo di stabilire che le «annotazioni fatte in forma di diario che si trovino in stretto rapporto con la sfera personale dell'autore, tanto che questi non voleva portarle a conoscenza di terzi, non possono essere utilizzate, contro la sua volontà, come mezzi di prova, perché ciò costituirebbe una violazione dei valori garantiti dalla Costituzione» (ivi, 580, 581). Per un diverso e non condivisibile arresto nella giurisprudenza italiana cfr. Pret. Trapani 20 marzo 1993, in *Foro it.*, 1994, I, 2575, secondo cui la produzione di un diario personale in sede giudiziaria non costituisce illecita divulgazione del suo contenuto, e pertanto non lede i diritti di riservatezza e dignità personale del suo autore.

⁴⁹ Così Corte cost. 6 aprile 1973, n. 34. Per arresti simili, sempre nella giurisprudenza costituzionale, cfr. Corte cost. 11 marzo 1993, n. 81, in *Foro it.*, 1993, I, 2132 ss., secondo cui pur in assenza di

«specifiche norme processuali» l'acquisizione di prove «non può non avvenire nel più rigoroso rispetto delle regole che la stessa Costituzione pone direttamente, con norme precettive, a garanzia della libertà e della segretezza di ogni forma di comunicazione». Si v. anche Corte cost. 19 giugno 1998, n. 229, che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 103, 6° comma, c.p.p., per il quale «Sono vietati il sequestro e ogni forma di controllo della corrispondenza tra l'imputato e il proprio difensore in quanto riconoscibile dalle prescritte indicazioni, salvo che l'autorità giudiziaria abbia fondato motivo di ritenere che si tratti di corpo del reato». Nel caso specifico, il giudice *a quo* dubitava della legittimità costituzionale della norma, «nella parte in cui non prevede il divieto di sottoporre a sequestro gli scritti formati dall'imputato (e dall'indagato) appositamente ed esclusivamente come appunto per facilitare la difesa negli interrogatori». Il giudice di merito, ritenendo che in assenza di una esplicita regola di esclusione il sequestro di tali scritti fosse legittimo, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale della norma per violazione degli artt. 3 e 24 Cost. (invero, come precisato dalla Corte costituzionale, ad essere chiamato in causa sembrerebbe anche il 2° comma dell'art. 103 c.p.p., nella parte in cui prevede che presso i difensori e i consulenti tecnici, e non, quindi, anche presso l'imputato, non si può procedere a sequestro di carte o documenti relativi all'oggetto della difesa, salvo che costituiscano corpo di reato). Il Giudice delle leggi non ha condiviso la lettura effettuata dal giudice remittente e ha evidenziato che «ci si trova qui in presenza non di una lacuna normativa da colmare con una sentenza additiva della Corte, bensì di un provvedimento del tutto contrario alle regole del processo e direttamente lesivo di principi costituzionali. Invero il fatto che il provvedimento qualifichi la perquisizione come funzionale alla apprensione degli appunti e, quindi, alla verifica della corrispondenza dei documenti sequestrati al contenuto dell'interrogatorio, si risolve in una palese diretta violazione dei diritti inviolabili della persona prima ancora che del diritto all'autodifesa». In conclusione, come si legge nella sentenza, il giudice *a quo* avrebbe dovuto interpretare le norme del codice di rito penale *secundum Constitutionem*.

processo non può divenire pertanto il luogo ove le libertà, la dignità dell'uomo e i principi stessi dello Stato di diritto vengono mortificati⁵⁰.

Se ne riceve ulteriore conferma anche guardando alla dottrina processualpenalistica, ove – seppur con ampiezza di consensi si respinga l'esistenza di un principio di inutilizzabilità delle prove ottenute in violazione delle norme penali⁵¹ – riceve cospicue adesioni la tesi

In Spagna una tappa fondamentale per il riconoscimento dell'inutilizzabilità della prova formata o reperita in violazione dei diritti e delle libertà fondamentali è rappresentata da una sentenza del *Tribunal Constitucional* (la sentenza 114/1984), la quale, nel denunciare criticamente l'assenza di una norma processuale che sancisse l'inutilizzabilità delle prove acquisite in violazione dei diritti fondamentali, ravvisò la stessa richiamando il ruolo fondamentale che i diritti inviolabili, e nello specifico quelli contemplati dalla sezione prima (*De los derechos fundamentales y de las libertades públicas*) del capo secondo del titolo I della Costituzione spagnola, ricoprono nell'ordinamento. In seguito a questa pronuncia il legislatore intervenne con il già citato art. 11 *LOPJ* del 1985.

⁵⁰ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale. Introduzione allo studio dei diritti costituzionali*, cit., 291.

⁵¹ Come detto, si tende ad escludere che il termine «legge» presente nell'art. 191 c.p.p. possa ricomprendere le norme penali sostanziali. Cfr. F. CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, cit., 149; F.M. GRIFANTINI, voce *Inutilizzabilità*, cit., 249; G. ILLUMINATI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 524; A. SCILLA, voce *Inutilizzabilità della prova (dir. proc. pen.)*, cit., 490; P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 210; D. CHINNICI, *L'inutilizzabilità della prova, tra punti fermi e profili controversi*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 893. In argomento, spesso si propone l'esempio del reato di rivelazione senza giusta causa del segreto professionale ex art. 622 c.p. La spontanea rivelazione del segreto ad opera del professionista

dell'inutilizzabilità delle prove incostituzionali⁵². Così argomentando, se la violazione di norme penali non è motivo di inutilizzabilità della prova a meno che non sussista un'espressa sanzione in tal senso, per l'inutilizzabilità della prova incostituzionale non occorrerebbe alcun divieto esplicito.

Infine, questa linea di pensiero – volta ad escludere l'utilizzabilità delle prove *contra Constitutionem* – è adottata dalla giurisprudenza tributaria con riferimento alle prove acquisite in violazione dei diritti di libertà personale e domiciliare. Nonostante l'impostazione iniziale abbracciata dalle sezioni unite della Suprema Corte, volta ad escludere dal materiale istruttorio utilizzabile tutte le

qualificato non rende inutilizzabile la deposizione: l'inutilizzabilità consegue soltanto all'ipotesi in cui il teste fosse obbligato a deporre nonostante il divieto sancito dall'art. 200 c.p.p. (cfr. per tutti C. CONTI, voce *Inutilizzabilità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XVII, Roma, 2005, 8).

⁵² F.M. GRIFANTINI, voce *Inutilizzabilità*, cit., 249, 250; D. CHINNICI, *op. cit.*, 894; L.P. COMOGLIO, *Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata delle prove acquisite con il susseguente sequestro*, in *Cass. pen.*, 1996, 1548; ID., *L'inutilizzabilità «assoluta» delle prove «incostituzionali»*, cit., 30 ss.; L. FILIPPI, *L'home watching: documento, prova atipica o prova incostituzionale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 1395; A. CAMON, *Le riprese visive come mezzo di indagine: spunti per una riflessione sulle prove incostituzionali*, in *Cass. pen.*, 1999, 1211; C. CONTI, *Il metodo probatorio*, cit., 105, per la quale l'inutilizzabilità della prova incostituzionale è ricavabile da una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 189 c.p.p. e non dell'art. 191 c.p.p. Sovente, si ricorda che è lo stesso preambolo della legge delega per il nuovo codice di procedura penale a disporre che il primo parametro di legittimità è rappresentato dai precetti costituzionali.

prove irritalmente acquisite⁵³, sia stata successivamente ridimensionata nella prospettiva di un contemperamento (in tesi) effettivo con l'esigenza di ricerca della prova, la prassi rimane comunque assolutamente ferma nel dichiarare l'inservibilità delle prove «incostituzionali». In questa prospettiva, il giudice è sempre chiamato a verificare che la pretesa fiscale non si fondi su prove ottenute in violazione di diritti inviolabili⁵⁴; residua insomma, a prescindere dagli orientamenti in tema di

⁵³ Cfr. in particolare Cass. sez. un. 21 novembre 2002, n. 16424, in *Rass. trib.*, 2003, 2088, con nota di M. CAPOLUPO, *Potere di accesso e tutela del domicilio del contribuente*; in *Riv. dir. trib.*, 2002, II, 786, con nota di E. FORTUNA, *Se l'autorizzazione è invalida non sono utilizzabili le prove acquisite in occasione dell'accesso*, per la quale l'inutilizzabilità deriva dalla mancanza di un presupposto del procedimento amministrativo che inficia tutti gli atti compiuti successivamente (così ragionando non v'è necessità di richiamare il principio di inutilizzabilità del processo penale). La pronuncia si fonda pertanto sulla c.d. teoria dell'*invalidità derivata*, per la quale l'avviso di accertamento emesso grazie a dati acquisiti violando una disposizione di legge (ad esempio la previsione che richiede l'autorizzazione del giudice per effettuare la perquisizione) è illegittimo. Così ragionando non è necessaria una esplicita disposizione normativa che sancisca l'inutilizzabilità della prova, potendo quest'ultima essere *de plano* ricavata dal principio generale in forza del quale la mancanza di uno dei presupposti del procedimento amministrativo vizia tutti gli atti del procedimento stesso.

⁵⁴ Recentemente si v. Cass. 27 febbraio 2015, n. 4066. Come si segnalerà nel prosieguo questo orientamento è stato confermato anche dai recenti, importanti arresti relativi all'utilizzabilità delle c.d. liste Falciani e Vaduz. Sul tema, anche per gli opportuni richiami dottrinali e giurisprudenziali, cfr. A.R. CIARCIA, *La valutazione e l'utilizzo della prova nel processo tributario*, Napoli, 2010, 132 ss.; F. D'AYALA VALVA, *Acquisizione di prove illecite. Un caso pratico: la lista Falciani*, in *Riv. dir. trib.*, 2011, II, 402 ss.

utilizzabilità delle prove irritalmente acquisite, un nucleo forte di prove comunque inutilizzabili identificabile con le prove acquisite in violazione dei precetti costituzionali a presidio dei diritti e delle libertà inviolabili⁵⁵. La casistica è ricca soprattutto in materia di accessi non autorizzati dal Procuratore della Repubblica, ovvero autorizzati ma privi dei requisiti necessari previsti *ex lege*⁵⁶. Si è infatti statuito che «attività compiute in dispregio del fondamentale diritto alla inviolabilità del domicilio, non possono essere assunte di per sé a giustificazione ed a fondamento di avvisi d'accertamento o d'irrogazione di sanzioni a carico di chi quelle attività costituzionalmente illegittime abbia subito, dato che, in mancanza dell'autorizzazione del Procuratore della Repubblica, viene meno la prevalenza dell'interesse fiscale, anch'esso costituzionalmente garantito dall'art. 53 Cost., sul diritto del contribuente all'inviolabilità del proprio domicilio⁵⁷». Anche le prove reperite nel corso di una perquisizione personale non

⁵⁵ Vi è chi – come A. MARINELLO, “*Lista Falciani*”: prove illegittime, scambio di informazioni e garanzie costituzionali, in *Dir. prat. trib. intern.*, 2015, 1335 – ritiene che il concetto di prova incostituzionale nel campo del diritto tributario non possa essere ristretto alla violazione degli artt. 13, 14 e 15 Cost., ma debba altresì dirsi comprensivo di ulteriori principi come quello di legalità, imparzialità e buona fede a cui deve essere improntata l'azione amministrativa (art. 97 Cost.).

⁵⁶ Cfr. in particolare gli artt. 33 del d.P.R. n. 600/1972 e 52 d.p.r. n. 633/1972, che dettano una tutela di diversa intensità a seconda dei luoghi in cui viene effettuato l'accesso.

⁵⁷ Così Cass. 27 luglio 1998, n. 7368, in *Dir. prat. trib.*, 1999, II, 178, con nota di A. PICCARDO, *Sulla nullità di avvisi di accertamento o di irrogazione di sanzioni fondati su prove illegittimamente acquisite*. Nella stessa direzione, Cass. 3 dicembre 2001, n. 15230, in *GT - Riv. giur. trib.*, 2002, 519; conf. Cass. 1 ottobre 2004, n. 19689, in *Foro it.*, 2005, I, 3167 ss.

autorizzata sono state dichiarate inutilizzabili, in forza del valore stesso dell'inviolabilità della libertà personale solennemente consacrato nell'art. 13 Cost.⁵⁸.

Oltre alla ricostruzione che guarda alla immediata cogenza degli articoli relativi alle libertà individuali, una giustificazione supplementare, sempre di derivazione costituzionale, è stata sviluppata argomentando dalla lettera dell'art. 13, 3° comma, Cost., per il quale «In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto». I provvedimenti provvisori sono oggetto di un controllo da

⁵⁸ Così Cass. 19 ottobre 2005, n. 20253; conf. Cass. 21 ottobre 2005, n. 20416, nella cui motivazione si legge: «a prescindere dalla verifica dell'esistenza o meno, nell'ordinamento tributario, di un principio generale di inutilizzabilità delle prove illegittimamente acquisite analogo a quello [...] fissato per il processo penale dall'art. 191 del vigente codice di rito penale o dalla possibilità di estendere, per il suo carattere di norma generale di civiltà, anche all'ordinamento fiscale questo ultimo principio, l'inutilizzabilità in discussione discende, nel caso, dal valore stesso dell'inviolabilità della libertà personale solennemente consacrato nell'art. 13 Cost.». Oltretutto, per la prima decisione citata in questa nota non assume alcun rilievo la circostanza che il perquisito non abbia sollevato alcuna contestazione, né al momento della perquisizione, né successivamente: la mancata opposizione, infatti, non equivale a consenso alla perquisizione personale, né rende legittima una perquisizione operata al di fuori delle previsioni legislative. In senso contrario su quest'ultimo punto cfr. Cass. 26 gennaio 2004, n. 1286, per la quale il contribuente che assista senza nulla obiettare allo svolgimento delle operazioni non potrà poi contestare i dati raccolti neppure in giudizio.

parte dell'autorità giurisdizionale diretto a verificare l'esattezza dell'operato dei pubblici funzionari e dunque la validità dei provvedimenti stessi. L'espressione «privi di ogni effetto» suggerisce che ogni conseguenza potenzialmente derivante dal comportamento illegittimo della polizia giudiziaria vada caducato e conseguentemente che anche le prove così ottenute siano inutilizzabili⁵⁹. In altri termini, la *littera legis* non sembra autorizzare interpretazioni ristrettive e pertanto il divieto va letto anche in chiave processuale, quale divieto di utilizzare gli elementi di prova ottenuti in modo difforme dal formante legislativo⁶⁰.

Orbene, una parte della dottrina ha limitato questa considerazione alle ipotesi in cui l'illecito sia stato commesso dall'autorità pubblica: se l'illecito è perpetrato dall'autorità pubblica la prova è effettivamente inutilizzabile; se l'illecito viene compiuto invece da un privato la prova è utilizzabile, salve ovviamente le conseguenze civili e penali derivanti dalla condotta illecita⁶¹. Questa ricostruzione muove dal postulato che lo

⁵⁹ G. BASCHIERI, *Commento agli artt. 14-15*, in G. BASCHIERI, L. BIANCHI D'ESPINOSA, C. GIANNATTASIO, *La Costituzione italiana*, Firenze, 1949, 81, 82; P. BARILE, *Le libertà nella Costituzione*, Padova, 1966, 122, 123; M. NOBILI, *La prova inutilizzabile*, cit., 387; offrono la stessa lettura dell'art. 13 Cost. anche M. CAPPELLETTI-V. VIGORITI, *I diritti costituzionali delle parti nel processo civile italiano*, cit., 640 ss., che tuttavia si chiedono se l'art. 13, 3° comma, Cost. si riferisca «alle sole prove ottenute con mezzi illeciti dalla polizia o anche a quelle ottenute dai privati, e se tali prove vadano escluse, oltretutto dal processo penale, anche da quello civile e amministrativo»; C. MAINARDIS, *L'inutilizzabilità processuale delle prove incostituzionali*, cit., 380, 381.

⁶⁰ V. VIGORITI, *Prove illecite e Costituzione*, cit., 71.

⁶¹ Cfr. V. VIGORITI, *Prove illecite e Costituzione*, cit., 64; *contra* N. TROCKER, *op. cit.*, 589, per il quale tale concezione è legata «ai

scopo esclusivo degli artt. 13 e 14 Cost. è quello di tutelare la persona nei confronti dell'attività dei pubblici poteri, attività che proprio perché proveniente dall'autorità è connotata da particolare gravità. In effetti, la genesi dei diritti di libertà va rinvenuta nelle rivendicazioni dei popoli di un riconoscimento formale dei diritti in parola nei confronti dell'autorità statale, quale pretesa a una non ingerenza dello Stato nella sfera individuale e privata dei singoli consociati. È con tale riconoscimento che si assiste al passaggio dallo Stato assoluto allo Stato di diritto e alla conseguente trasformazione del suddito in cittadino.

Nondimeno, se è vero che i diritti di libertà nascono come *diritti pubblici soggettivi*, attivabili nei confronti dell'autorità pubblica, oggi non è revocabile in dubbio che essi siano da includere tra i *diritti soggettivi assoluti*, sì da risultare opponibili *erga omnes*, anche nei confronti delle indebite intrusioni dei privati⁶². La portata applicativa della

vecchi schemi della libertà intesa come pretesa ad un non fare da parte dello Stato».

⁶² Così G. GUZZETTA-F.S. MARINI, *Lineamenti di diritto pubblico italiano ed europeo*, Torino, 2014, 509 ss. e ivi il rilievo che tale conclusione può essere argomentata anche in base all'art. 2 Cost., per il quale la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo. L'A. richiama la dottrina che ha «visto in tali espressioni la conferma della doppia natura dei soggetti passivi: i pubblici poteri (verso cui i diritti sono “riconosciuti”) e i privati (nei confronti dei quali sono “garantiti”) ». *Contra* F. CUOCOLO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, 2003, 677, 678, per il quale «la libertà della persona nei confronti di soggetti privati non trova la sua tutela nel diritto costituzionale, ma nel diritto penale o in quello privato e così, per esempio, un atto che se compiuto da un potere pubblico va valutato alla stregua dell'art. 13 Cost., oltretutto, ove del caso, sotto il profilo penale, se compiuto da un soggetto privato può integrare un reato previsto e punito dal codice penale». In ordine alla libertà e segretezza della corrispondenza cfr. P.

norma non può arrestarsi dunque a una dimensione verticale, tra privato e pubblica autorità, ma si estende anche in direzione orizzontale, nei rapporti tra privati⁶³, a prescindere dalla circostanza che il riferimento costituzionale sia soltanto agli organi pubblici⁶⁴.

BARILE-E. CHELI-S. GRASSI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 2013, 497: «l'art. 15 C., come molte altre norme in tema di diritti di libertà, si dirige non soltanto ai rapporti tra Stato e cittadini, ma anche ai rapporti tra i cittadini: esso costituzionalizza infatti quei principi già presenti nel nostro codice penale (artt. 616-620), nel codice postale e nella legge sul diritto d'autore, che proteggono la libertà e la segretezza della corrispondenza e d'ogni altra forma di comunicazione da attentati da parte dei privati».

⁶³ Cfr. V. ANDRIOLI, voce *Prova in genere (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIV, Torino, 1967, 276, che rileva: «se alla libertà e alla segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione non può essere apportata limitazione se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge, non pare che la parte possa sostituirsi al motivato provvedimento del giudice nel sottrarre la corrispondenza e altre forme di comunicazione per poi produrle in giudizio, né l'attività di sottrazione della parte può essere convalidata dal posteriore provvedimento di ammissibilità e rilevanza del giudice; analogo risultato pare da raggiungere nel caso in cui prove o documenti provengano dal compimento di attività lesive della garanzia giurisdizionale che assiste gli inviolabili diritti di libertà personale e di domicilio»; conf. A. GRAZIOSI, *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, cit., 112.

⁶⁴ N. TROCKER, *op. cit.*, 585 ss. osserva che con l'entrata in vigore della Legge fondamentale (*Grundgesetz*) della Repubblica federale tedesca, si è presto giunti ad affermare che i diritti fondamentali sanciti agli artt. 1 e 2 rappresentano valori insopprimibili e irrinunciabili che devono essere rispettati non solo dallo Stato e in generale dalle autorità pubbliche ma altresì dai cittadini privati (e ciò nonostante l'art. 1 faccia esclusivo riferimento al potere statale).

Ricavata dal terzo comma dell'art. 13 Cost. una regola di inutilizzabilità delle prove ottenute in violazione del diritto costituzionale ivi riconosciuto che prescinde dalla natura del rapporto (autorità-privato ovvero privato-privato), la stessa è stata ritenuta applicabile a tutti i diritti qualificati come inviolabili dalla Carta costituzionale, e segnatamente all'art. 14 (in modo abbastanza agevole, visto che la norma contiene un espresso richiamo alle «garanzie prescritte per la tutela della libertà personale») e all'art. 15 Cost. Il ragionamento per giungere a questo risultato è il seguente: la tutela giurisdizionale è certamente una garanzia ineludibile affinché i diritti di libertà in discussione possano dirsi effettivamente e pienamente tutelati. Orbene, l'inutilizzabilità delle prove illecite non può che rappresentare un corollario di tale effettività della tutela giurisdizionale. In definitiva, se la tutela dei diritti in parola deve essere piena ed effettiva, non può che ritenersi sussistente una regola di inutilizzabilità delle prove ottenute illecitamente⁶⁵.

In conclusione dell'analisi sinora effettuata, può senz'altro esprimersi preferenza per le argomentazioni a sostegno della tesi che esclude l'utilizzabilità delle prove illecite nel processo civile, a prescindere dalla circostanza che la nozione di prova illecita si identifichi con quella di prova incostituzionale ovvero possa abbracciare un raggio più esteso. Quest'ultima questione è delicata e complessa, considerata l'indeterminatezza del concetto di prova incostituzionale, qui circoscritto alla prova ottenuta in violazione dei diritti inviolabili, e il rischio effettivo che simile concetto possa essere forgiato a seconda delle propensioni dell'interprete. Tuttavia, come si dirà nel

⁶⁵ C. MAINARDIS, *op. cit.*, 385.

prosiegua, non è detto che la questione non possa essere in qualche misura ridimensionata.

Ad ogni modo, sancita la regola dell'inutilizzabilità della prova illecita, un ulteriore interrogativo di estrema rilevanza si profila all'orizzonte. Occorre stabilire se una simile sanzione sia di carattere assoluto, e dunque operi automaticamente in forza della riscontrata violazione, ovvero relativo e dunque assoggettata a una valutazione nel caso concreto degli interessi contrapposti, conflitto che il giudice è chiamato a risolvere sulla scorta dei criteri di ragionevolezza e proporzionalità⁶⁶.

Per giustificare questa impostazione e al fine di comprendere i meccanismi e le logiche che possono influenzare le discussioni sulla prova illecita, è utile a questo punto guardare all'esperienza maturata in quei

⁶⁶ Per questa impostazione del problema cfr. ancora una volta la lucida analisi di L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 66, ss. L'A. osserva inoltre come attualmente, nell'ordinamento tedesco, nonostante la regola d'inutilizzabilità della prova ottenuta in dispregio dei diritti fondamentali della persona, ricavata in passato implicitamente dalle norme costituzionali poste a presidio di tali diritti, non venga posta in discussione, essa risulti tuttavia sovente circoscritta nelle applicazioni giurisprudenziali. In particolare l'incostituzionalità della prova non viene più sancita in via assoluta ed automatica, bensì soltanto in seguito a una valutazione del giudice nel caso concreto, attraverso una verifica atta a stabilire se il prezzo da pagare per sancire l'inutilizzabilità della prova sia eccessivamente elevato nel raffronto con la gravità della lesione inferta ai diritti individuali. Per una regola flessibile e non già assoluta di inutilizzabilità della prova si v. sin d'ora G. RESTA, *Privacy e processo civile: il problema della litigation «anonima»*, in *Dir. inf.*, 2005, 691 ss.; C. PIOVANO, *Sull'utilizzabilità dei documenti illecitamente ottenuti*, in *Giur. it.*, 2014, 2481 ss.; C. BESSO, *Illiceità della prova, segreto bancario e giusto processo*, in *Giur. it.*, 2015, 1617 ss.

settori dell'ordinamento dove il tema in esame ha goduto di maggiori applicazioni pratiche.

3. Tentativi di contemperamento tra valori e interessi contrapposti nella valutazione circa l'utilizzabilità della prova illecita. I controlli a distanza dell'attività dei lavoratori nell'evoluzione giurisprudenziale e nel riformato art. 4 Stat. lav.

Come detto, non esiste una norma generale, né costituzionale, né ordinaria, che sancisca l'inutilizzabilità delle prove illecite, a prescindere dalla portata che a questo concetto si voglia assegnare. Nella maggior parte dei casi, la legge non disciplina neanche in via particolare le questioni relative all'utilizzabilità delle prove ottenute violando una specifica disposizione sostanziale. Non è tuttavia escluso che in settori determinati, soprattutto allorché il conflitto tra due interessi sia costante e particolarmente avvertito, il legislatore decida di dettare una regola di inutilizzabilità della prova ottenuta in dispregio di norme specifiche.

È il caso di ripercorrere, nei limiti della presente trattazione, la storia normativa e giurisprudenziale dell'art. 4 Stat. lav.⁶⁷, il quale, oltre a rappresentare una norma

⁶⁷ Sull'art. 4 Stat. lav. e sul tema dei controlli a distanza la letteratura è sterminata. Senza pretesa di completezza cfr. A. LEVI, *Il controllo informatico sull'attività del lavoratore*, Torino, 2013; M.L. VALLAURI, *È davvero incontenibile la forza espansiva dell'art. 4 dello statuto dei lavoratori?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, 718; V. FERRANTE, *Controllo sui lavoratori, difesa della loro dignità e potere disciplinare, a quarant'anni dallo statuto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, 1 ss.; M. MISCIONE, *I controlli intenzionali, preterintenzionali e difensivi sui lavoratori in contenzioso*

chiave nella prassi in materia di prove illecite (è bene precisare che la violazione della norma integra anche un illecito penale⁶⁸), testimonia chiaramente l'esigenza di giungere a un punto di equilibrio tra interessi contrastanti, punto di equilibrio che si ripercuote inevitabilmente anche sulla disciplina processuale e che risulta condizionato dal periodo storico e sociale in cui il legislatore o l'interprete sono chiamati ad operare il contemperamento tra istanze

continuo, in *Lav. giur.*, 2013, 761; A. MINERVINI, *I controlli sul lavoratore e la tutela dell'azienda*, in *Lav. giur.*, 2014, 314 ss.; P. LAMBERTUCCI, *Potere di controllo del datore di lavoro e tutela della riservatezza del lavoratore: i controlli a «distanza» tra attualità della disciplina statutaria, promozione della contrattazione di prossimità e legge delega del 2014 (c.d. Jobs act)*, in *CSDLE*, n. 255/2015; G. SPINELLI, *La legittimità dei controlli datoriali cd. "difensivi": certezze apparenti in una categoria dubbia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, 113 ss.; A. TROISI, *Il diritto del lavoratore nella protezione dei dati personali*, Torino, 2013; S. PASSERINI, *Ancora sul controllo in incognito della prestazione lavorativa*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, 873 ss.; P. TULLINI, *Videosorveglianza a scopi difensivi e utilizzo delle prove di reato commesso dal dipendente*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, 86 ss.; A. BELLAVISTA, *La Cassazione e i controlli a distanza sui lavoratori*, in *Riv. giur. lav.*, 2010, II, 462; T. ERBOLI, *Legittimità dei controlli difensivi e regime di utilizzabilità delle prove*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 139 ss.; S. PISELLI, *Videosorveglianza e privacy dei lavoratori*, in *Dir. prat. lav.*, 2014, 263 ss.; F. FINUCCI, *Ancora sulla legittimità dei controlli a distanza ex art. 4 della legge n. 300/1970 diretti a verificare condotte dei dipendenti lesive di beni estranei al rapporto di lavoro*, in *Giur. it.*, 2013, 402.

⁶⁸ Nella formulazione attuale l'art. 171 cod. *privacy* dispone che «la violazione delle disposizioni di cui agli articoli 113, comma 1, e all'articolo 4, primo e secondo comma, della legge 20 maggio 1970, n. 300, è punita con le sanzioni di cui all'articolo 38 della legge 20 maggio 1970, n. 300». La situazione non era nella sostanza diversa prima dell'intervento del d.lgs. 151/2015.

contrapposte. Per ciò che attiene al tema ora indagato, l'esigenza di bilanciamento è già palese nella Carta costituzionale, ove si menziona da un lato la libertà di iniziativa economica del datore di lavoro (art. 41, 1° comma), e dall'altro il diritto del lavoratore alla dignità e riservatezza (art. 41, 2° comma).

La *ratio* ispiratrice dell'art. 4 Stat. lav. è nota e risponde al dichiarato intento, espresso nella stessa Relazione ministeriale, di garantire che la vigilanza sull'attività dei lavoratori⁶⁹, ancorché necessaria nell'organizzazione produttiva, si mantenga entro «una dimensione umana, e cioè non esasperata dall'uso di tecnologie che possono rendere la vigilanza stessa continua e anelastica, eliminando ogni zona di riservatezza e di autonomia nello svolgimento del lavoro⁷⁰».

Proprio al fine di evitare controlli vessatori eccessivamente limitanti per il lavoratore, il primo comma dell'art. 4 Stat. lav. disciplinava un divieto assoluto di effettuare i c.d. controlli intenzionali, *id est* il divieto di utilizzare impianti audiovisivi e altre apparecchiature per finalità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori.

⁶⁹ L'«attività dei lavoratori» di cui discorre l'art. 4 Stat. lav. è un concetto interpretato in modo estensivo rispetto all'«attività lavorativa» oggetto di controllo *ex art.* 3 Stat. lav. da parte del personale addetto alla vigilanza, ricomprendente non soltanto il profilo comportamentale strettamente inerente al rapporto di lavoro, bensì anche le condotte estranee alla prestazione lavorativa. Anche il termine «distanza» è inteso in senso onnicomprensivo, così da inglobare sia la distanza spaziale che quella temporale: pertanto, sono controlli a distanza sia quelli effettuati grazie a strumenti che consentono di visualizzare l'attività in un luogo diverso da quello in cui la stessa si svolge, sia quelli che consentono di effettuare il controllo servendosi della registrazione in un momento successivo.

⁷⁰ Lo ricorda, tra le tante, Cass. 17 luglio 2007 n. 15982.

A parziale contemperamento di questo divieto generale, il secondo comma della norma in esame sanciva la possibilità di installare gli «impianti e le apparecchiature di controllo che siano richiesti da esigenze organizzative e produttive ovvero dalla sicurezza del lavoro⁷¹». Tuttavia, quando tali apparecchiature consentissero al contempo di monitorare a distanza l'attività lavorativa (per questa ragione si parla di controlli preterintenzionali), la loro installazione era condizionata al previo accordo con le rappresentanze sindacali aziendali, oppure, in difetto di accordo, ad un provvedimento dell'Ispettorato del lavoro, emesso su istanza del datore di lavoro e avente ad oggetto le modalità per l'uso degli impianti. Questo controlimito era evidentemente funzionale ad evitare che le paventate esigenze organizzative, produttive o di sicurezza potessero divenire il pretesto per controllare a distanza l'attività dei lavoratori, in violazione del divieto sancito dal primo comma.

Nella previgente formulazione della norma in esame, l'esigenza di arginare gli eventuali illeciti commessi dai lavoratori ha fatto in modo che tra i controlli a distanza, oltre a quelli intenzionali e preterintenzionali, sorgesse una diversa e ulteriore categoria di controlli, quella dei controlli difensivi, diretti appunto ad accertare le condotte illecite dei lavoratori, sia di natura penale che extracontrattuale, a danno del patrimonio aziendale.

In un primo momento la giurisprudenza ha legittimato pienamente i controlli difensivi, escludendone la riconducibilità ai divieti e limiti sanciti dall'art. 4 Stat.

⁷¹ Si pensi ad es. alla telecamera diretta a verificare il corretto funzionamento di un macchinario.

lav.⁷². A differenza dei controlli vertenti sull'attività dei lavoratori, espressamente vietati dal primo comma, e dei controlli preterintenzionali, consentiti dal secondo comma soltanto previa attivazione della procedura autorizzativa, i controlli difensivi, in ragione della loro finalità, sarebbero sempre ammissibili.

Tuttavia, la sottrazione dei controlli difensivi all'egida applicativa dell'art. 4 Stat. lav. è parsa ad alcuni insostenibile. Si è osservato che la categoria dei controlli difensivi stava progressivamente erodendo l'area dei controlli a distanza vietati (in dottrina si è parlato di *fuga dall'art. 4 Stat. lav.*), fino a ricomprendere i controlli sull'attività lavorativa e dunque sui semplici inadempimenti delle obbligazioni contrattuali. In effetti è arduo concepire un controllo a distanza – si pensi anzitutto alle videocamere e ai programmi che consentono al datore di lavoro di monitorare le modalità di utilizzo del pc da parte del lavoratore – avente ad oggetto soltanto le condotte illecite dei lavoratori. Nella maggioranza dei casi

⁷² Il punto d'approdo di questo indirizzo è identificato con Cass. 3 aprile 2002, n. 4746, per la quale «ai fini dell'operatività del divieto di utilizzo di apparecchiature per il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori previsti dall'art. 4 l. n. 300 del 1970, è necessario che il controllo riguardi (direttamente o indirettamente) l'attività lavorativa, mentre devono ritenersi certamente fuori dall'ambito di applicazione della norma sopra citata i controlli diretti ad accertare condotte illecite del lavoratore (c.d. controlli difensivi), quali, ad esempio, i sistemi di controllo dell'accesso ad aule riservate o, come, nella specie, gli apparecchi di rilevazione di telefonate ingiustificate»; conf. Trib. Torino 9 gennaio 2004; Trib. Milano 5 luglio 2006. Per commenti alla decisione di legittimità cfr. C. TACCONE, *Controlli a distanza e nuove tecnologie informatiche*, in *Arg. dir. lav.*, 2004, 419; M. BERTOCCHI, *L'utilizzo indebito del telefono aziendale quale giustificato motivo di licenziamento dal lavoratore*, in *Mass. giur. lav.*, 2002, 644.

si registra una ineliminabile interferenza tra il controllo volto all'accertamento dell'illecito e l'adempimento della prestazione lavorativa, con la conseguenza che il controllo sull'illecito si trasforma in un accertamento sulla prestazione lavorativa. Così ragionando, il controllo difensivo diviene legittimo *ex post*, nel momento in cui si accerta che vi è stata la commissione di un illecito da parte del dipendente⁷³.

Stimando prevalente l'interesse del lavoratore alla riservatezza piuttosto che quello del datore di lavoro a scongiurare gli illeciti dei dipendenti, la giurisprudenza di merito ha accolto il rovesciamento di prospettiva – in forza del quale ciò che rileva per la (il)legittimità del controllo è l'oggetto e non già la finalità del controllo – e ricondotto i controlli difensivi che consentono la supervisione delle attività lavorative all'art. 4 Stat. lav.⁷⁴.

In seguito anche la giurisprudenza di legittimità, rivalutando il precedente indirizzo, ha evidenziato come l'insopprimibile esigenza di evitare condotte illecite da parte dei dipendenti non possa giustificare un sostanziale annullamento di ogni forma di garanzia della dignità e riservatezza del lavoratore. Non è pertanto consentito «espungere dalla fattispecie astratta i casi dei c.d. controlli difensivi ossia di quei controlli diretti ad accertare

⁷³ Per questi rilievi cfr. ad es. A. BELLAVISTA, *La Cassazione e i controlli a distanza sui lavoratori*, cit., 462; M. MISCIONE, *I controlli intenzionali, preterintenzionali e difensivi sui lavoratori in contenzioso continuo*, cit., 769; A. RICCI, *Il controllo informatico a distanza sul lavoratore fra giurisprudenza e Jobs Act. La web-sorveglianza nella modernità liquida*, in *Studium Iuris*, 2016, 309; P. TULLINI, *Videosorveglianza a scopi difensivi e utilizzo delle prove di reato commesso dal dipendente*, cit., 86 ss.

⁷⁴ Cfr. ad es. App. Milano 30 settembre 2005; Trib. Milano 11 aprile 2005; Trib. Roma 4 giugno 2005.

comportamenti illeciti dei lavoratori, quando tali comportamenti riguardino l'esatto adempimento delle obbligazioni discendenti dal rapporto di lavoro e non la tutela di beni estranei al rapporto stesso⁷⁵». Pur

⁷⁵ Così Cass. 17 luglio 2007, n. 15892. Nella fattispecie si è statuito che la rilevazione dei dati di entrata ed uscita dall'azienda mediante un'apparecchiatura di controllo predisposta dal datore di lavoro per il vantaggio dei dipendenti (si trattava di un dispositivo di sicurezza installato nel garage ove i dipendenti posteggiavano le autovetture durante l'orario di lavoro, attivabile mediante un tesserino personale assegnato a ciascun dipendente), ma utilizzabile anche in funzione di controllo dell'osservanza dei doveri di diligenza nel rispetto dell'orario di lavoro, si risolve in un accertamento sul *quantum* della prestazione, assoggettato alla procedura di cui all'art. 4, 2° comma, Stat. l.; né l'esigenza di evitare condotte illecite da parte dei dipendenti può assumere portata tale da giustificare un sostanziale annullamento di ogni forma di garanzia della dignità e riservatezza del lavoratore. Anche questo approccio interpretativo non appariva del tutto soddisfacente, considerato che la ragione ispiratrice del divieto dei controlli a distanza concerne lo svolgimento delle mansioni lavorative e la condotta tenuta durante l'orario di lavoro, «ma non la verifica del rispetto di questo orario e della mera sua presenza nel luogo di lavoro, la quale, pur concernendo anch'essa in linea di principio il corretto svolgimento della prestazione dovuta, non implica un controllo (assiduo, occhiuto, anelastico e intrusivo) del comportamento della persona» (così M.L. VALLAURI, *È davvero incontenibile la forza espansiva dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, 718 ss.).

In quest'ottica, a prescindere dalla loro finalità, i controlli informatici non possono che rappresentare strumenti idonei a controllare in via continuativa la correttezza e la diligenza nella prestazione lavorativa, in dispregio della *ratio* che ispira l'art. 4 Stat. lav. Cfr. Cass. 23 febbraio 2010, n. 4375, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, 564 ss., con nota di R. GALARDI, *Il controllo sugli accessi ad internet al vaglio della Cassazione*, per la quale i «programmi informatici che consentono il monitoraggio della posta elettronica e

ridimensionata, a ben vedere la categoria dei controlli difensivi non veniva tuttavia accantonata dai giudici di legittimità, come attesta la precisazione in ordine alla legittimità dei controlli difensivi vertenti sui *beni estranei al rapporto di lavoro* (*id est* il patrimonio e l'immagine aziendale), la cui tutela rimaneva così svincolata dai limiti e dalle garanzie procedurali di cui all'art. 4 dello Statuto⁷⁶. In aggiunta, sempre allo scopo di ritagliare un'area di legittimità ai controlli difensivi (e dunque sanzionare le

degli accessi ad internet sono necessariamente apparecchiature di controllo nel momento in cui, in ragione delle loro caratteristiche, consentono al datore di lavoro di controllare a distanza ed in via continuativa l'attività lavorativa». Ne deriva che i dati acquisiti mediante l'ausilio di detti programmi sono inutilizzabili dal datore di lavoro se reperiti senza il rispetto della procedura autorizzativa. Conf. Cass. 1 ottobre 2012, n. 16622, in *Lav. giur.*, 2013, 383, con nota di E. BARRACO-A. SITZIA, *Un de profundis per i "controlli difensivi" del datore di lavoro?*

⁷⁶ In questo senso anche Cass. 23 febbraio 2012, n. 2722, in *Giur. it.*, 2013, 400 nota di F. FINUCCI, *Ancora sulla legittimità dei controlli a distanza ex art. 4 della legge n. 300/1970 diretti a verificare condotte dei dipendenti lesive di beni estranei al rapporto di lavoro*. Nella fattispecie è stata ritenuta legittima la verifica del contenuto della casella di posta elettronica aziendale in uso al dipendente successivamente alla commissione del fatto contestato (divulgazione ad estranei, attraverso messaggi di posta elettronica, di notizie riservate riguardanti un cliente dell'istituto bancario presso cui il soggetto prestava la propria attività) e all'emersione di alcuni indizi giustificativi dell'avvio di un'indagine retrospettiva. La Suprema Corte ha ritenuto che tale indagine si risolvesse soltanto in un'attività volta all'accertamento di un comportamento lesivo del patrimonio e dell'immagine aziendale, pienamente rientrante nell'esercizio dei poteri spettanti al datore di lavoro in ragione della sua posizione di supremazia nella struttura aziendale, e non già in un'attività di sorveglianza dell'esatto adempimento della prestazione lavorativa.

condotte manifestamente illecite del lavoratore), la prassi ha legittimato i c.d. controlli difensivi successivi, ossia quei controlli occasionati da indizi gravi e fondati in ordine ai comportamenti illeciti del lavoratore. Allorché il datore di lavoro fosse in possesso di precise e gravi circostanze indizianti in ordine ad illeciti già commessi o in prossimità di essere commessi veniva fatta salva la legittimità del controllo difensivo⁷⁷.

⁷⁷ Oltre alla sopra citata Cass. 23 febbraio 2012, n. 2722, cfr. Cass. 27 maggio 2015, n. 10955. Nella fattispecie un lavoratore era stato licenziato per giusta causa in seguito all'utilizzo del telefono cellulare durante l'orario di lavoro. In particolare il responsabile del personale, autorizzato dai vertici aziendali, aveva creato un falso profilo femminile sulla piattaforma *Facebook* al fine di verificare la presenza del lavoratore sul *social network* durante l'orario di lavoro e confermare i comportamenti illeciti già manifestati. Come si evince dalla motivazione, la provocazione architettata dal lavoratore era giustificata e sollecitata da episodi già occorsi, e in particolare da un precedente comportamento negligente del lavoratore, il quale allontanandosi dal posto di lavoro per rispondere ad una telefonata aveva provocato il blocco di un macchinario a cui era addetto. Secondo la Suprema Corte, il comportamento del datore di lavoro non integra nella fattispecie alcuna «violazione dei principi di buona fede e correttezza nell'esecuzione del rapporto di lavoro, attenendo ad una mera modalità di accertamento dell'illecito commesso dal lavoratore, non invasiva né induttiva all'infrazione avendo funzionato come mera occasione o sollecitazione cui il lavoratore ha prontamente e consapevolmente aderito. Per alcuni commenti alla decisione cfr. V. AMATO, *Legittimità del controllo difensivo occulto attraverso i social networks*, in *Lav. giur.*, 2015, 896 ss.; P.J. NATALI, *Datore di lavoro e profilo falso su Facebook per controllare i dipendenti*, in *Dir. & Prat. Lav.*, 2015, 2597 ss.; F. OLIVELLI, *Lo "stratagemma" di facebook come controllo difensivo occulto: provocazione o tutela del patrimonio aziendale?*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 1307 ss. Per una panoramica generale sulla questione cfr. P. SALAZAR,

In ulteriori occasioni, si è fatto leva sulla necessità di ricorrere a strumenti di controllo invasivi per l'accertamento dell'illecito e dunque sulla non surrogabilità con forme di controllo meno aggressive. Nel tentativo di pervenire a un compromesso si è detto, ad esempio, che il controllo difensivo diviene legittimo se le ulteriori forme di vigilanza si sono rivelate inefficaci⁷⁸.

L'idea di fondo rinvenibile nei menzionati orientamenti era quella per cui se per un verso non si poteva giustificare a valle la legittimità del controllo difensivo, per altro verso non era del pari possibile eliminare del tutto la categoria, anche se indirettamente idonea a controllare l'attività dei lavoratori.

A quanto sinora rilevato si aggiunga che l'interrogativo relativo alla legittimità dei controlli difensivi si poneva in termini problematici anche in sede penale, allorché il comportamento posto in essere dal dipendente integrasse una fattispecie di reato. In più occasioni è giunto al vaglio dei giudici di legittimità il caso del prelievo da parte del dipendente di somme di denaro dalla cassa, azione delittuosa ripresa da una telecamera installata sul luogo di lavoro senza la procedura concertativa. La Cassazione ha costantemente rigettato le prevedibili argomentazioni difensive avanzate dai dipendenti, relative all'inutilizzabilità della prova formata in dispregio dell'art. 4 Stat. lav., tesi che nel processo penale può essere puntellata dall'art. 191 c.p.p. Il *refrain* con il quale la Cassazione ha risposto all'eccezione è tuttavia altrettanto

Facebook e rapporto di lavoro: a che punto siamo, in *Lav. giur.*, 2016, 201 ss.; F. IAQUINTA-A. INGRAO, *La privacy e i dati sensibili del lavoratore legati all'utilizzo di social networks. Quando prevenire è meglio che curare*, in *Dir. rel. ind.*, 2014, 1027 ss.

⁷⁸ S. PASSERINI, *Ancora sul controllo in incognito della prestazione lavorativa*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, 873 ss.

prevedibile (e si pone talvolta in disarmonia con i risultati a cui è pervenuta la sezione lavoro) e muove dal malcelato obiettivo di preservare l'interesse pubblico alla repressione dei reati: le prove di reato acquisite nei confronti di un dipendente, mediante videoriprese effettuate con telecamere installate sul luogo di lavoro, sono utilizzabili nel procedimento penale, non trattandosi di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori, vietato in assenza di autorizzazione sindacale o amministrativa, bensì di controlli difensivi, legittimi in quanto finalizzati alla tutela del patrimonio aziendale da condotte illecite⁷⁹. Non v'è chi

⁷⁹ Cass. pen. 1 giugno 2010, n. 20722, in *Foro it.*, 2010, 439. Per alcuni commenti alla decisione cfr. E. BARRACO-A. SITZIA, *Il problema dei «controlli difensivi» del datore di lavoro: estne saepe ius summum malitia?*, in *Lav. giur.*, 2010, 991; F. VALERINI, *Smascherata dalla telecamera nascosta installata dal datore di lavoro: legittima la condanna penale della cassiera infedele*, in *Dir. & giust.*, 2010, 316 ss.; P. TULLINI, *Videosorveglianza a scopi difensivi e utilizzo delle prove di reato commesso dal dipendente*, cit., 86 ss. Nello stesso senso Cass. pen. 25 novembre 2009, n. 47429, per la quale deve ritenersi prevalente, «sul diritto alla riservatezza e all'autonomia del lavoratore, la esigenza di ordine pubblico relativa alla prevenzione dei reati, ove vi siano concreti ed effettivi sospetti di attività illecite poste in essere all'interno dei luoghi di lavoro»; Cass. pen. 22 gennaio 2015, n. 2890 (per un commento critico alla decisione si v. F.G. PASQUARELLI, *Grande fratello sul luogo di lavoro: il contrasto fra sezione penale e sezione civile della Corte di Cassazione*, in www.questionegiustizia.it, il quale ritiene che gli indirizzi della sezione lavoro e della giurisprudenza penale debbano essere ricondotti ad unità e in particolare che anche la Cassazione penale debba sancire l'inutilizzabilità delle prove reperite attraverso l'utilizzo di controlli difensivi attuati in dispregio dell'art. 4 Stat. lav.). Maggiormente in sintonia con l'orientamento della sezione lavoro Cass. pen. 26 settembre 2011, n. 34842, dalla cui motivazione si evince che l'installazione delle telecamere era stata

non veda come in questi casi il controllo verta inevitabilmente anche sull'attività lavorativa e come lo stesso venga in fin dei conti ritenuto legittimo *ex post*, alla luce della commissione del reato. Del resto, come si è detto, era stata proprio questa contraddizione logica a spingere la sezione lavoro alla ricerca di espedienti che legittimassero se non altro taluni controlli difensivi.

In conclusione di questa ricognizione sullo *status quo ante* riforma, può rilevarsi come il giudizio relativo alla legittimità dei controlli difensivi sia stato fortemente condizionato dall'esigenza di utilizzare o meno la prova nel processo. La sensazione di fondo è che tanto più rilevante fosse l'interesse leso dalla condotta illecita del lavoratore, tanto più si tendesse a giustificare il controllo del datore di lavoro, dilatando il perimetro di legittimità dei controlli difensivi⁸⁰. In assenza di una previsione normativa chiara ed esplicita, si è giunti più o meno consapevolmente per adattare il concetto di controllo difensivo alle esigenze concretamente emerse, operando una sorta di bilanciamento delle istanze sottese. In buona sostanza, se al giudicante pareva inopportuno escludere l'elemento probatorio, adottava un concetto lato di controllo difensivo legittimo; se per converso al giudicante

indotta dalla segnalazione di un cliente che aveva denunciato la sottrazione di denaro dalla cassa.

⁸⁰ Cfr. L. D'ANDREA-E. MORICONI, *Controlli a distanza: la disciplina prima e dopo la riforma*, in *Dir. prat. lav.*, 2016, 572, che così sintetizzano la *ratio* dei non sempre uniformi orientamenti giurisprudenziali: «per la liceità [...] del controllo “difensivo” non autorizzato, anche occulto, occorre che esso tenda a confermare gravi fatti illeciti, già emersi o denunciati, che configurino giusta causa di licenziamento in relazione alla violazione di norme che compongono il c.d. “minimo etico” che si pretende in un certo ambiente lavorativo».

pareva eccessiva l'intrusione nella sfera di riservatezza del lavoratore rispetto al bene giuridico aggredito riteneva il controllo vietato.

La formale equazione tra prova illecita (ovvero formata in violazione dell'art. 4 Stat. lav.) e prova inutilizzabile non deve pertanto ingannare, in quanto la giurisprudenza finiva per realizzare un bilanciamento surrettizio, plasmando la nozione e la legittimità del controllo difensivo sulla base delle contrapposte esigenze, con inevitabili ricadute, oltre che sul piano della certezza del diritto, sull'utilizzabilità processuale delle prove raccolte.

In questo plesso tematico è intervenuto l'art. 23 d.lgs. 14 settembre 2015, n. 151 che – in attuazione della legge delega 10 dicembre 2014, n. 183, in materia di «razionalizzazione e semplificazione delle procedure e degli adempimenti a carico di cittadini e imprese» – ha modificato l'art. 4 dello Statuto dei lavoratori⁸¹.

⁸¹ Sono già numerosi i commenti alla norma riformata. Cfr. ad es. P. RAUSEI, *La nuova disciplina dei controlli a distanza fra luci e ombre*, in *Dir. prat. lav.*, 2015, 2149; L. CAIRO, *Il controllo a distanza dei lavoratori: precedenti nella giurisprudenza di ieri decisi con le norme di oggi*, in *Labour & Law Issues*, 2015, 63 ss.; L. D'ANDREA-E. MORICONI, *Controlli a distanza: la disciplina prima e dopo la riforma*, in *Dir. prat. lav.*, 2016, 567 ss.; I. ALVINO, *I nuovi limiti al controllo a distanza dell'attività dei lavoratori nell'intersezione fra le regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del Codice della privacy*, in *Labour & Law Issues*, 2015, 3; C. GAMBA, *Il controllo a distanza delle attività dei lavoratori e l'utilizzabilità delle prove*, in *Labour & Law Issues*, 2016, 122 ss.; P. POLLIANI, *Il controllo a distanza nell'era del "Jobs Act"*, in *Cooperative e Enti non profit*, 2016, n. 5, 44 ss.; A. RICCI, *Il controllo informatico a distanza sul lavoratore fra giurisprudenza e Jobs Act. La web-sorveglianza nella modernità liquida*, in *Studium Iuris*, 2016, 306 ss.; F. SANTONI, *Controlli difensivi e tutela della privacy dei lavoratori*, in *Giur. it.*, 2016,

Il primo comma non riproduce il divieto generale dei controlli intenzionali sull'attività dei lavoratori, ma lo stesso può ad ogni modo dirsi tuttora vigente⁸².

Viene confermata, e anzi ampliata, la categoria dei controlli preterintenzionali. Accanto alle apparecchiature che offrono la possibilità di acquisire informazioni per tutelare l'organizzazione, la produzione e la sicurezza si affiancano oggi anche quelle indirizzate alla tutela del patrimonio aziendale. La riforma, dunque, ha consacrato *per tabulas* la categoria dei controlli difensivi, condizionandoli ai limiti imposti dall'art. 4 Stat. lav. Allo stato, ogni strumento idoneo a far emergere dati rilevanti in ordine alla prestazione lavorativa, anche se finalizzato alla tutela del patrimonio aziendale, sarà soggetto alla procedura concertativa o amministrativa. La riforma toglie inevitabilmente valore alle distinzioni compiute dalla giurisprudenza tra controlli difensivi che necessitano e che non necessitano di autorizzazione.

Le condizioni essenziali perché gli impianti audiovisivi e gli altri strumenti dai quali derivi la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori possano essere *installati* sono: a) la destinazione degli stessi ad esigenze organizzative, produttive, per la sicurezza del lavoro o la tutela del patrimonio aziendale; b) l'accordo stipulato dalla rappresentanza sindacale unitaria o dalle rappresentanze sindacali aziendali ovvero l'autorizzazione della Direzione territoriale del lavoro. Si tratta di condizioni perché gli impianti possano essere installati, ma è evidente che il loro

145 ss.; A. DEL NINNO, *La riforma dell'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori e i controlli a distanza alla luce delle nuove disposizioni di attuazione del Jobs Act: quali rischi per la privacy dei lavoratori*, in www.dirittoegiustizia.it.

⁸² I. ALVINO, *op. cit.*, 16.

mancato rispetto comporta l'inutilizzabilità delle informazioni ciononostante ottenute.

Nel nuovo assetto normativo l'aspetto più discusso è quello inerente all'enunciato di cui al secondo comma, in forza del quale la procedura concertativa o autorizzativa prevista al primo comma «non si applica agli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa e agli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze». Quanto agli strumenti di registrazione delle presenze, essi non possono dirsi realmente lesivi della dignità e riservatezza del lavoratore, essendo soltanto diretti a verificare il momento di entrata e uscita dal luogo di lavoro e non già i contenuti e le modalità dell'attività lavorativa⁸³. Più dubbia potrebbe rivelarsi l'esegesi del concetto di strumenti di registrazione degli accessi, residuando il dubbio se tale espressione possa dirsi comprensiva degli strumenti volti a registrare il passaggio, ad esempio, da un ufficio ad un altro. In tale ipotesi, infatti, l'apparecchiatura non ha lo scopo di monitorare il lavoratore all'inizio o alla fine dell'attività, bensì quello di controllare la presenza del lavoratore in un preciso momento, consentendo in definitiva al datore di lavoro di monitorare l'attività lavorativa⁸⁴.

La disposizione, tuttavia, è stata fortemente criticata nella misura in cui sottrae alla procedura autorizzativa gli «strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa». Al fine di tranquillizzare le agitazioni sindacali, il Ministero del Lavoro, con un

⁸³ I. ALVINO, *op. cit.*, 21.

⁸⁴ Chi si è posto il quesito – I. ALVINO, *op. cit.*, 22 – ha ritenuto che anche l'installazione di simili apparecchi non richieda oggi l'autorizzazione di cui al novellato primo comma dell'art. 4 Stat. lav., interpretando dunque gli «accessi» e le «presenze» significati nel 2° comma come concetti autonomi e distinti.

comunicato del 18 giugno 2015, ha precisato che la norma non liberalizza i controlli, ma chiarisce semplicemente le modalità di utilizzo degli strumenti tecnologici impiegati per la prestazione lavorativa ed i limiti di utilizzabilità dei dati raccolti attraverso questi strumenti, in linea con le indicazioni che il Garante della *Privacy* ha fornito negli ultimi anni e, in particolare, con le Linee guida del 2007 sull'utilizzo della posta elettronica e di internet⁸⁵. Nel dettaglio, con il comunicato si è specificato che l'«espressione “per rendere la prestazione lavorativa” comporta che l'accordo o l'autorizzazione non servono se, e nella misura in cui, lo strumento viene considerato quale mezzo che “serve” al lavoratore per adempiere la prestazione: ciò significa che, nel momento in cui tale

⁸⁵ Si tratta delle Linee-guida del Garante per posta elettronica e internet, delibera 1° maggio 2007, n. 13. In argomento cfr. P. TULLINI, *Comunicazione elettronica, potere di controllo e tutela del lavoratore*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, I, 485; M. DEL CONTE, *Internet, posta elettronica e oltre: il Garante della privacy rimodula i poteri del datore di lavoro*, in *Dir. informaz.*, 2007, 497; A. MINERVINI, *I controlli sul lavoratore e la tutela dell'azienda*, cit., 317 ss.; F. SANTONI, *La privacy nel rapporto di lavoro: dal diritto alla riservatezza alla tutela dei dati personali*, in P. TULLINI (a cura di), *Tecnologie della comunicazione e riservatezza nel rapporto di lavoro*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, LVIII, Padova, 2010, 25, 44 ss.; M.P. AIMO, *Tutela della riservatezza e protezione dei dati personali*, in M. MARAZZA (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, in M. PERSIANI, F. CARINCI, (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, IV, 2, Padova, 2012, 1803 ss.; I. ALVINO, *L'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori alla prova di internet e della posta elettronica*, in *Dir. relaz. industr.*, 2014, 1017 ss.; A. RICCI, *Il controllo informatico a distanza sul lavoratore fra giurisprudenza e Jobs Act. La web-sorveglianza nella modernità liquida*, cit., 311.

strumento viene modificato (ad esempio, con l'aggiunta di appositi software di localizzazione o filtraggio) per controllare il lavoratore, si fuoriesce dall'ambito della disposizione: in tal caso, infatti, da strumento che "serve" al lavoratore per rendere la prestazione il pc, il tablet o il cellulare divengono strumenti che servono al datore per controllarne la prestazione». Ne deriva che ogni apparecchio non essenziale alla prestazione lavorativa è da considerarsi bisognoso di esplicita autorizzazione⁸⁶.

Ciò precisato, sia gli strumenti che necessitano della procedura concertativa, sia quelli che non necessitano di tale procedura soggiacciono agli stessi limiti di utilizzabilità sanciti dal terzo comma, in forza del quale «le informazioni raccolte ai sensi dei commi 1 e 2 sono utilizzabili a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro a condizione che sia data al lavoratore adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti di effettuazione dei controlli e nel rispetto di quanto previsto dal d.lgs. 196/2003». Non è revocabile in dubbio che tra «tutti i fini connessi al rapporto di lavoro» rientri anche l'utilizzabilità a fini processuali⁸⁷.

La possibilità di utilizzare i dati registrati è pertanto sempre assoggettata al rispetto del terzo comma dell'art. 4 Stat. lav. Alcuni strumenti, in aggiunta, sono assoggettati a condizioni di installazione, il cui mancato rispetto si ripercuote sull'utilizzabilità dei dati registrati. Il combinato

⁸⁶ Sul punto cfr. ancora una volta, in chiave problematica, I. ALVINO, *op. cit.*, 25 e ivi l'esempio di come uno stesso dispositivo, il gps, possa, a seconda delle circostanze, atteggiarsi a strumento di lavoro (se adoperato per capire quale sia il veicolo più vicino rispetto a un punto di ritiro di un pacco) ovvero a strumento di tutela del patrimonio aziendale (se adoperato per evitare il furto delle automobili di proprietà dell'impresa).

⁸⁷ Si v. C. GAMBA, *op. cit.*, 123.

disposto del secondo e del terzo comma dell'art. 4 Stat. lav. opera quindi una netta distinzione tra la possibilità di *installare* gli strumenti di controllo e la possibilità di *utilizzare* i dati raccolti da tali strumenti. Si tratta tuttavia di condizioni che concorrono unitamente a sancire l'utilizzabilità delle informazioni, di talché per un verso la prova potrebbe, nonostante l'installazione sia avvenuta legittimamente, risultare inutilizzabile perché formata in violazione delle condizioni fissate dal terzo comma; per altro verso, il rispetto delle condizioni del terzo comma non è sufficiente per l'utilizzo dei dati se l'installazione degli strumenti di controllo necessita della procedura autorizzativa stabilita nel primo comma⁸⁸.

Le due condizioni concorrenti richieste affinché il datore di lavoro possa servirsi dei dati emersi dagli strumenti regolarmente installati sono: a) l'«adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli»; b) il «rispetto di quanto disposto dal d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196».

Quanto all'*informazione* da fornire ai lavoratori, la norma prescrive la sua *adeguatezza*. In argomento, le sopra citate Linee guida predisposte dal Garante per la protezione dei dati personali richiedono al datore di lavoro di indicare «chiaramente e in modo particolareggiato, quali siano le modalità di utilizzo degli strumenti messi a disposizione ritenute corrette e se, in che misura e con quali modalità vengano effettuati controlli». Come precisato dal comunicato del Ministero del Lavoro è indispensabile «che al lavoratore venga data adeguata informazione circa l'esistenza e le modalità d'uso delle apparecchiature di controllo (anche quelle, dunque, installate con l'accordo sindacale o l'autorizzazione della DTL o del Ministero); e,

⁸⁸ In questo senso C. GAMBA, *op. cit.*, 141.

per quanto più specificamente riguarda gli strumenti di lavoro, che venga data al lavoratore adeguata informazione circa le modalità di effettuazione dei controlli, che, comunque, non potranno mai avvenire in contrasto con quanto previsto dal Codice *privacy*. Qualora il lavoratore non sia adeguatamente informato dell'esistenza e delle modalità d'uso delle apparecchiature di controllo e delle modalità di effettuazione dei controlli dal nuovo articolo 4 discende che i dati raccolti non sono utilizzabili a nessun fine».

In secondo luogo, e più in generale, la norma condiziona l'interrogazione dei dati al rispetto del codice *privacy*, che è stato richiamato integralmente. Tra i principi da considerare è opportuno menzionare il *principio di necessità*, in forza del quale «I sistemi informativi e i programmi informatici sono configurati riducendo al minimo l'utilizzazione dei dati personali e di dati identificativi, in modo da escluderne il trattamento quando le finalità perseguite nei singoli casi possono essere realizzate mediante, rispettivamente, dati anonimi od opportune modalità che permettano di identificare l'interessato solo in caso di necessità» (art. 3 cod. *privacy*). Il datore di lavoro deve pertanto ridurre allo stretto indispensabile il controllo sui dati dei lavoratori e in via preventiva adottare le cautele necessarie per evitare di procedere successivamente a controlli invasivi. In quest'ultimo senso operano ad esempio i filtri di navigazione, il trattamento dei dati in forma anonima o aggregata (il controllo individuale deve infatti rappresentare l'*extrema ratio*). In secondo luogo, e conseguentemente, è indispensabile il rispetto dei *principi di pertinenza e non eccedenza*, che instaurano un legame

stretto tra l'oggetto del controllo e l'anomalia individuata⁸⁹ e vietano i controlli prolungati e costanti.

Alla luce della ricostruzione effettuata, può svolgersi una considerazione finale. Prima della recente riforma non esisteva una norma di inutilizzabilità processuale dei dati raccolti in violazione dell'art. 4 Stat. lav., con la conseguenza che la categoria dei controlli difensivi, lontana dal possedere confini applicativi ben circoscritti e determinati, ha rappresentato un concetto elastico, manipolato in base alle esigenze e agli interessi sottesi al processo, idoneo a determinare l'utilizzabilità dei dati raccolti. Con la riforma la regola di inutilizzabilità delle prove formate in violazione dell'art. 4 Stat. lav. è stata espressamente sancita. Il legislatore ha indicato con maggiore precisione i margini di liceità del controllo a distanza e conseguentemente di utilizzabilità dei dati raccolti, realizzando in via astratta il bilanciamento tra valori antitetici. In altri termini, se in precedenza l'equazione tra illiceità (del controllo) e inutilizzabilità (dei dati raccolti) appariva artefatta, a causa dell'indeterminatezza del confine tra controlli difensivi

⁸⁹ Cfr. Garante *privacy* 2 febbraio 2006 che ha sancito l'illegittimità del controllo effettuato sul *contenuto* dei siti visitati dal lavoratore. Nell'occasione il Garante ha sottolineato come il lavoratore non avesse bisogno di accedere ad internet per svolgere le proprie prestazioni lavorative, di talché il datore di lavoro ben avrebbe potuto «dimostrare l'illiceità del suo comportamento in rapporto al corretto uso degli strumenti affidati sul luogo di lavoro limitandosi a provare in altro modo l'esistenza di accessi indebiti alla rete e i relativi tempi di collegamento. La società ha invece operato un trattamento diffuso di numerose altre informazioni indicative anche degli specifici "contenuti" degli accessi dei singoli siti web visitati nel corso delle varie navigazioni, operando – in modo peraltro non trasparente – un trattamento di dati eccedente rispetto alle finalità perseguite».

leciti e illeciti, la situazione attuale dovrebbe giovare di una minore incertezza interpretativa.

In linea generale è d'uopo rilevare che l'intervento del legislatore sembra quanto mai opportuno allorché il conflitto tra istanze opposte sia per così dire standardizzato e particolarmente acuito, come nel caso analizzato. In questo modo, difatti, si sottrae al giudice, anche sul terreno processuale, un eccessivo spazio interpretativo, che nuoce alla certezza del diritto e al principio di uguaglianza.

4. ... segue: Le ordinanze gemelle relative all'utilizzabilità dei dati ricavati dalla c.d. lista Falciani. Orientamenti della Corte EDU e della giurisprudenza italiana in materia penale.

È utile a questo punto focalizzare l'attenzione su ulteriori settori dell'ordinamento ove pure è affiorata, nella valutazione relativa all'utilizzabilità delle prove illecite, la necessità di procedere ad un bilanciamento tra valori contrapposti. Ciò peraltro nella consapevolezza delle diverse istanze presenti *aliunde* e segnatamente in campo tributario e penale, dove occorre considerare le pretese pubblicistiche rispettivamente fiscali e punitive.

È interessante, anzitutto, volgere lo sguardo agli orientamenti recentemente emersi in tema di prove illecite nella giurisprudenza tributaria, e in particolare all'*iter* motivazionale seguito dalle ordinanze gemelle nn. 8605 e 8606 del 2015, con le quali è stata sancita l'utilizzabilità dei dati ricavati dalla c.d. lista Falciani⁹⁰. La vicenda da

⁹⁰ Le ordinanze sono simili ed enunciano lo stesso principio di diritto. Nel prosieguo, i passaggi riportati nel testo si riferiscono tuttavia all'ordinanza n. 8605/2015. Per alcuni commenti a queste

cui traggono origine le due ordinanze è la seguente. Un (ex) dipendente di un istituto di credito svizzero – Hervé Falciani – si introduce nel sistema informatico della banca e acquisisce illegittimamente i dati dei correntisti e i relativi movimenti bancari (le fattispecie di reato ipotizzabili in virtù del nostro codice penale sono quelle di appropriazione indebita *ex art. 646 c.p.* e di introduzione abusiva in un sistema informatico *ex art. 615-ter c.p.*). In un secondo momento il supporto informatico su cui erano stati salvati i dati viene sequestrato dall'Amministrazione finanziaria francese. Infine i dati – in virtù dello scambio di informazioni previsto dalla direttiva n. 77/799/CEE del 1977 – entrano in possesso dell'Autorità italiana, che per mezzo dell'Agenzia delle entrate notifica avvisi di accertamento a numerosi contribuenti italiani, titolari presso la banca di depositi produttivi di reddito imponibile non dichiarato in Italia. Avverso le richieste del fisco, la difesa dei contribuenti è affidata al principio di inutilizzabilità delle prove illecite, argomento peraltro

ordinanze cfr. C. BESSO, *Illiceità della prova, segreto bancario e giusto processo*, in *Giur. it.*, 2015, 1617 ss.; N. LANCELOTTI, *Sull'utilizzabilità, in sede tributaria, di elementi di prova illegittimamente acquisiti all'estero*, in *Dir. prat. trib. intern.*, 2015, 471 ss.; A. MARINELLO, *"Lista Falciani": prove illegittime, scambio di informazioni e garanzie costituzionali*, cit., 1317 ss.; N. RAGGI, *Lista Falciani: la Cassazione le ha messo le ali?*, in *GT – Riv. giur. trib.*, 2015, 564 ss.; I. SCAFATI, *Lista Falciani: l'interesse fiscale prevale sul diritto alla riservatezza del contribuente?*, in *Il fisco*, 2015, 1515 ss.; A. TURCHI, *Legittimi gli accertamenti fiscali basati sulla lista Falciani*, in *Giur. it.*, 2015, 1614 ss.; S. VINCIGUERRA, *Sull'utilizzo nell'accertamento tributario della lista di cittadini italiani titolari di depositi in banca estera trafugata dalla banca depositaria*, cit., 1126 ss.

speso (con alterne fortune) anche nei coevi procedimenti penali avviati per i relativi delitti di evasione fiscale⁹¹.

A prescindere dalla condivisibilità nel merito del risultato a cui giungono le ordinanze in parola, il percorso motivazionale, improntato al bilanciamento dei diversi valori in gioco, appare idoneo ad offrire spunti utili anche

⁹¹ In sede penale si pone ovviamente la questione relativa alla possibilità di utilizzare simili informazioni per l'accertamento di eventuali reati tributari. Alcuni giudici per le indagini preliminari hanno, nel disporre l'archiviazione del procedimento penale instaurato sulla base degli elementi conoscitivi emergenti dalla lista, sancito l'inutilizzabilità – argomentando *ex artt.* 191 e 240 c.p.p. – dei documenti, in quanto frutto di attività illecite. In questo senso cfr. Trib. Pinerolo 4 ottobre 2011, in *Corr. merito*, 2012, I, 61, con nota di A. BASSI, *Inutilizzabilità processuale e distruzione dei documenti frutto di accesso abusivo a sistema informatico*; Trib. Avellino 8 agosto 2012; conf. Cass. pen. 26 settembre 2012, n. 38753. Tuttavia, successivamente, con sentenza del 10 luglio 2013, n. 29433, la Cassazione penale ha sviato la problematica relativa all'utilizzabilità della lista Falciani, asserendo che le informazioni contenute nella lista possano valere come fonti di indagine: in particolare, «l'inutilizzabilità degli atti illegalmente formati a mente del comma 2 dell'art. 240 c.p.p. nella attuale formulazione non preclude che gli stessi possano valere come spunto di indagine, così come accade per gli scritti anonimi». Nel solco di questa decisione cfr. nella giurisprudenza di merito Trib. Novara 8 giugno 2015, che richiama oltretutto la natura soltanto processuale del divieto di cui all'art. 191 c.p.p. Tale ultimo orientamento, che attribuisce valore indiziario alle informazioni reperite mediante la commissione di un illecito, è stato ripreso e confermato dalle ordinanze gemelle, le quali hanno accolto il ricorso proposto dall'Amministrazione finanziaria avverso due sentenze della Commissione tributaria regionale di Milano (si tratta di Comm. trib. reg. Milano 11 dicembre 2013, n. 168 e 28 gennaio 2013, n. 11), che avevano per contro sancito l'illegittimità degli avvisi di accertamento fondati sulle informazioni reperite nella lista Falciani.

al dibattito relativo all'utilizzabilità della prova illecita nel processo civile⁹².

Per giungere alla soluzione anzidetta⁹³, il Supremo Collegio afferma in primo luogo l'indipendenza tra

⁹² Si condivide pertanto l'osservazione di C. BESSO, *Illiceità della prova, segreto bancario e giusto processo*, cit., 1619, 1620, per la quale il «bilanciamento operato dalla Corte di cassazione tra i diritti e gli interessi coinvolti [...] ha una valenza che supera la delicata e complessa vicenda della lista Falciani ed è idoneo a valere quale strumento per la decisione circa l'utilizzabilità della prova illecita non solo nel procedimento e nel processo tributario, ma anche nel rito civile». Sembra infatti, prosegue l'A., che la prospettiva sviluppata dalla Corte di cassazione «nel suo essere attenta agli interessi sottesi all'utilizzo della prova rilevante consenta di superare la rigida alternativa, oggi sostenuta in dottrina, tra la soluzione che vuole la prova illecita sempre esclusa e quella che, all'opposto, la vuole sempre ammessa».

⁹³ Non è un caso che la varietà delle questioni abbia dato luogo, prima delle ordinanze in discussione, ad orientamenti divergenti. Per l'utilizzabilità cfr. Comm. trib. prov. Lucca 18 luglio 2012, n. 103; Comm. trib. prov. Treviso 28 giugno 2012, n. 59 e Id. 5 giugno 2012, n. 64, entrambe in *Corr. trib.*, 2012, 3258 ss.; Comm. trib. prov. Genova 5 giugno 2012, n. 193, in *GT – Riv. giur. trib.*, 2012, 710 ss.; Comm. trib. prov. Verbania 21 febbraio 2013, n. 15, in *Riv. dir. trib.*, 2013, II, 172 ss., che fa leva in particolare su due circostanze: a) in primo luogo, «non esiste un divieto a che uno Stato, che sia entrato in possesso, in violazione di eventuali norme interne, di dati relativi ad un cittadino di altro Stato, comunichi allo Stato cui appartiene il cittadino verificato gli elementi acquisiti illegittimamente»; b) in secondo luogo, «nel bilanciamento tra gli interessi [...] aventi un rango assimilabile a quello di beni primari costituzionalmente tutelati, e il "diritto" dei singoli alla riservatezza di notizie non tutelate di per sé, in quanto riflettenti dati sensibili o personalissimi, ma perché attestanti la semplice detenzione ad opera di terzi di denaro o di altre risorse finanziarie, oltretutto sottratte ad una legittima imposizione, non v'è chi non veda come non possano non essere privilegiati i primi». Per l'inutilizzabilità si

processo penale e tributario, di talché in tale ultima sede non è plausibile il richiamo, neanche *ad adiuvandum*, delle disposizioni di cui agli artt. 191 e 240 c.p.p., che nel processo penale sono idonei, se interpretati in senso lato, a reggere la sanzione di inutilizzabilità della prova.

In secondo luogo si sottolinea la circostanza che l'illecito, *id est* il trafugamento di dati bancari, non sia stato commesso dall'Amministrazione finanziaria italiana e tantomeno da quella francese, ma da un privato⁹⁴. Il fatto

v. invece Comm. trib. prov. Varese 25 febbraio 2013, n. 29; Comm. trib. prov. Como 15 novembre 2011, n. 188.

⁹⁴ In senso contrario non rileva che in Francia si sia giunti all'accertamento dell'illecito commesso da Falciani (cfr. *Cour de Cassation* 31 gennaio 2012, n. 11-13.097, che ha confermato la decisione della *Cour d'Appel de Paris* 8 febbraio 2011, n. 25) e alla dichiarazione di inutilizzabilità delle informazioni ricavate dalla lista Falciani: «la reciproca indipendenza degli ordinamenti nazionali determina l'irrelevanza delle pronunce di giudici stranieri che abbiano eventualmente dichiarato inutilizzabile la lista». Per A. MARCHESELLI, «*Lista Falciani*»: *le prove illecite sono utilizzabili nell'accertamento tributario?*, in *Corr. trib.*, 2011, 3912, è preferibile ritenere che la sanzione dell'inutilizzabilità operi a prescindere da chi sia l'autore dell'illecito, in quanto i valori fondamentali sanciti nella Costituzione sono dotati di valenza assoluta. In particolare, «le norme che stabiliscono i diritti fondamentali (anche come limite all'agire pubblico) non si limitano a vietare che il pubblico potere commetta violazioni dirette, ma vietano anche che il potere pubblico profitti di esse»; conf. A. VOZZA, *Valenza solo indiziaria della «lista Falciani» nel processo tributario*, in *Corr. trib.*, 2013, 889. Come evidenziato da A. TURCHI, *Legittimi gli accertamenti fiscali basati sulla lista Falciani*, cit., 1616, questa tesi si fonda su un presupposto non condiviso dalle ordinanze in discussione, «ossia sull'idea per cui anche il diritto alla riservatezza dei dati bancari rientri tra i diritti fondamentali costituzionalmente garantiti, al pari del diritto alla libertà personale o all'inviolabilità del domicilio».

che l'Amministrazione finanziaria italiana non abbia nemmeno contribuito alla commissione dell'illecito – perpetrato da un privato in alcun modo legato all'autorità pubblica, che si è soltanto avvantaggiata dei frutti del reato – priva le modalità di acquisizione della prova dei propri caratteri di gravità⁹⁵.

In terzo luogo si pone l'accento sul fatto che i dati siano stati acquisiti in seguito a formale e regolare procedura di collaborazione tra gli Stati⁹⁶. Trattandosi di informazioni reperite dall'Amministrazione finanziaria italiana mediante i canali di cooperazione comunitaria, gli eventuali illeciti commessi dall'Amministrazione francese o, ancora più a monte, da un privato non rilevano in alcun modo.

Un altro è tuttavia il passaggio dove la Corte dimostra con chiarezza di voler operare un bilanciamento, nella specie tra il diritto del contribuente alla riservatezza dei dati bancari e quello dello Stato all'accertamento fiscale. Dopo aver ricordato l'abrogazione del segreto bancario⁹⁷, la Suprema Corte richiama e valorizza a più riprese il

⁹⁵ Così C. BESSO, *Illiceità della prova, segreto bancario e giusto processo*, cit., 1619, 1620.

⁹⁶ In senso contrario A. MARCHESELLI, *op. cit.*, 3912 ss., per il quale la circostanza che «i contenuti della lista Falciani siano stati acquisiti con procedure di collaborazione Stato-Stato dotate di tutti i crismi della regolarità non sposta in alcun modo la soluzione della questione. Sarebbe come affermare che è conforme ai diritti fondamentali l'acquisizione di una confessione resa sotto tortura o sotto l'azione di strumenti chimici, solo perché trasmessa a seguito di regolare richiesta inoltrata dall'autorità italiana. La regolarità (formale) della procedura di trasmissione non elide l'illegittimità sostanziale»; conf. A. VOZZA, *op. cit.*, 889.

⁹⁷ Cfr. l'art. 18 della l. n. 413/1991 e, in giurisprudenza, Cass. 21 luglio 2009, n. 16874.

pensiero della Corte costituzionale⁹⁸ in forza del quale il «dovere di riserbo cui sono tradizionalmente tenute le imprese bancarie in relazione alle operazioni, ai conti e alle posizioni concernenti gli utenti dei servizi da esse erogati [...] non corrisponde nei singoli clienti delle banche una posizione giuridica soggettiva costituzionalmente protetta», di talché «alla riservatezza cui le banche sono tenute nei confronti delle operazioni dei propri clienti non si può applicare il paradigma di garanzia proprio dei diritti di libertà personale, poiché alla base del segreto bancario non ci sono valori della persona umana da tutelare», bensì, più semplicemente, «istituzioni economiche e interessi patrimoniali». Ne deriva che «i valori collegati al diritto alla riservatezza e al dovere di riserbo sui dati bancari sono sicuramente recessivi di fronte a quelli riferibili al dovere inderogabile imposto ad ogni contribuente dall'art. 53 Cost.». In conclusione, per il Supremo Collegio l'esigenza primaria espressa in quest'ultima norma costituzionale, «che si sostanzia nei doveri inderogabili di solidarietà, primo fra tutti quello di concorrere alle spese pubbliche in ragione della propria capacità contributiva, alla quale si associa in modo altrettanto cogente l'obiettivo di realizzare una decisa lotta ai paradisi fiscali illecitamente costituiti all'estero, giustifica l'utilizzabilità delle prove acquisite dall'Amministrazione».

La necessità di un adeguato *balance of interests* appare ancora più evidente se si pensa che la Corte non perde l'occasione per riaffermare a chiare lettere il già ricordato principio relativo all'inutilizzabilità delle prove acquisite dall'Amministrazione finanziaria in violazione di un

⁹⁸ Corte cost. 18 febbraio 1992, n. 51.

diritto fondamentale del contribuente⁹⁹. Ricorda infatti la Suprema Corte che «non qualsiasi irritalità

⁹⁹ Analogo principio è stato recentemente sancito dalla nostra giurisprudenza circa l'utilizzo della c.d. lista Vaduz. La vicenda è del tutto analoga a quella della lista Falciani, con la (non trascurabile) variante determinata dall'attiva collaborazione dell'Amministrazione finanziaria tedesca nella commissione dell'illecito. E infatti i servizi segreti tedeschi si accordavano, dietro cospicuo corrispettivo e garanzia di copertura e nuova identità, con Heinrich Kieber, (ex) dipendente di una banca con sede presso Vaduz (Liechtenstein), al fine di ottenere, grazie all'attività illecita dello stesso Kieber, un dvd contenente i dati bancari dei clienti di diverse nazionalità della banca. L'Amministrazione finanziaria tedesca grazie alle informazioni così ottenute svolgeva numerosi accertamenti e vendeva altresì il dvd alle autorità fiscali inglesi, che a loro volta trasmettevano le informazioni alle Amministrazioni finanziarie interessate, compresa quella italiana. Il problema che si pone è dunque nuovamente relativo alla possibilità di fondare un accertamento fiscale grazie alla documentazione bancaria ottenuta in seguito al trafugamento di dati da parte del dipendente di una banca estera. Cass. 19 agosto 2015, n. 16950 (in *Dir. prat. trib.*, 2015, 1120 ss.) ha espresso un principio di diritto del tutto analogo a quello delle ordinanze gemelle: «L'Amministrazione finanziaria, nell'attività di contrasto e accertamento dell'evasione fiscale può, in linea di principio, avvalersi di qualsiasi elemento con valore indiziario, anche unico, con esclusione di quelli la cui inutilizzabilità discenda da una specifica disposizione della legge tributaria o dal fatto di essere stati acquisiti in violazione dei diritti fondamentali di rango costituzionale. Sono perciò utilizzabili nell'accertamento e nel contenzioso con il contribuente, i dati bancari acquisiti dal dipendente di una banca residente all'estero e ottenuti dal fisco italiano mediante gli strumenti di cooperazione comunitaria, senza che assuma rilievo l'eventuale illecito commesso dal dipendente stesso e la violazione dei doveri di fedeltà verso l'istituto datore di lavoro e di riservatezza dei dati bancari, che non godono di

nell'acquisizione di elementi rilevanti ai fini dell'accertamento fiscale comporta, di per sé, la inutilizzabilità degli stessi, in mancanza di una specifica previsione in tal senso ed esclusi, ovviamente, i casi in cui viene in discussione la tutela dei diritti fondamentali di rango costituzionale (quali l'inviolabilità della libertà personale, del domicilio, ecc.)». Orbene, non sembra casuale che nel campo della giustizia tributaria la questione abbia trovato soluzione diversa con riguardo agli accessi o alle perquisizioni non autorizzati, allorché il bilanciamento si svolga non già tra diritto alla riservatezza dei dati bancari e interesse fiscale a che i contribuenti adempiano ai doveri di solidarietà tributaria in conformità al canone della capacità contributiva, bensì tra quest'ultimo e i diritti di libertà personale e domiciliare¹⁰⁰. In definitiva, la lente che consente di mettere esattamente a fuoco la *ratio* delle ordinanze è quella che individua nel bilanciamento degli interessi in gioco il punto nevralgico per la risoluzione delle questioni affrontate. Nella fattispecie, come osservato in dottrina¹⁰¹, i parametri di riferimento sembrano essere: a) la gravità dell'illecito commesso (in proposito, si deve considerare anche il soggetto che ha commesso l'illecito); b) la posizione giuridica violata con l'azione delittuosa; c) l'interesse perseguito nel processo in cui si intende utilizzare la prova illecita; d) il rispetto del canone del giusto processo.

copertura costituzionale e di tutela legale nei confronti del fisco medesimo».

¹⁰⁰ In ordine alla prevalenza dei diritti inviolabili sulle esigenze di accertamento fiscale cfr. M. MISCALI, *Documentazione illecitamente acquisita e tutela giurisdizionale nel processo tributario*, in *Riv. dir. trib.*, 2012, 759.

¹⁰¹ C. BESSO, *op. ult. cit.*, 1620.

Quanto a quest'ultimo punto, è significativo che la Corte di cassazione richiami l'indirizzo della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in materia penale, in forza del quale non è necessariamente da qualificarsi iniquo il processo in cui sia stata utilizzata una prova ottenuta in dispregio di una norma della Convenzione¹⁰². Più specificamente, per la Corte Europea il rispetto del diritto ad un equo processo va calibrato e relazionato con il procedimento nella sua interezza, e non rintracciando nella Convenzione, e segnatamente nell'art. 6 CEDU, un implicito ma cogente divieto di ammissibilità e utilizzabilità delle prove illecite¹⁰³. Per un verso la questione dell'utilizzabilità delle prove illecite va risolta sul piano del diritto interno; per altro verso la valorizzazione di una prova illecita non si traduce automaticamente nella violazione del diritto ad un equo processo. Allo scopo di vagliare la *fairness* processuale, la Corte è chiamata ad effettuare una valutazione complessiva¹⁰⁴, sulla quale incide – anche se quasi mai in

¹⁰² In senso contrario N. RAGGI, *op. cit.*, 571, per il quale non può definirsi giusto il processo fondato esclusivamente su prove irrituali.

¹⁰³ L'art. 6 CEDU, infatti, non disciplina espressamente le questioni relative all'ammissibilità delle prove, questioni che sono demandate alla legge nazionale.

¹⁰⁴ Cfr. ad es. Corte EDU 7 agosto 1996, *Ferrantelli e Santangelo c. Italia*: «*the admissibility of evidence is primarily a matter for regulation by national law and, as a rule, it is for the national courts to assess the evidence before them. The Court's task is to ascertain whether the proceedings considered as a whole, including the way in which the evidence was taken, were fair*»; Id. 12 maggio 2000, *Khan c. Regno Unito*: «*It is not the role of the Court to determine, as a matter of principle, whether particular types of evidence – for example, unlawfully obtained evidence – may be admissible or, indeed, whether the applicant was guilty or*

modo determinante – il modo attraverso cui è stata reperita o formata la prova.

L'analisi della giurisprudenza della Corte Europea mostra infine la necessità di selezionare indici prestabiliti, in virtù dei quali attuare un corretto bilanciamento tra gli opposti interessi in gioco. In particolare, assumono valore in questo contesto la natura e gravità della violazione commessa in danno dell'indagato o imputato¹⁰⁵ e la proporzionalità della condotta rispetto al fine perseguito¹⁰⁶; l'importanza della prova acquisita illecitamente nel raffronto con gli ulteriori elementi posti a fondamento della decisione; la possibilità per l'interessato di contestare le modalità illecite di formazione o reperimento della prova; la possibilità per l'interessato di difendersi e discutere l'autenticità degli elementi di prova, opponendosi alla loro utilizzazione¹⁰⁷; l'interesse pubblico

not. The question which must be answered is whether the proceeding as a whole, including the way in which the evidence was obtained, were fair». Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali cfr. M. MISCALI, *Documentazione illecitamente acquisita e tutela giurisdizionale nel processo tributario*, cit., 783, nt. 55.

¹⁰⁵ Cfr., ad es., Corte EDU 26 settembre 2006, *Göçmen c. Turchia*, la quale, pur confermando che non è compito della Corte sindacare la disciplina nazionale sull'ammissibilità delle prove, ha sancito che l'utilizzo delle confessioni estorte al ricorrente (nella specie attraverso maltrattamenti fisici nel periodo di detenzione) costituisce già di per sé violazione ad un processo equo.

¹⁰⁶ Cfr. Corte EDU 11 luglio 2006, *Jalloh c. Germania*.

¹⁰⁷ Su questi ultimi profili cfr. Corte EDU 5 novembre 2002, *Allan c. Regno Unito*; Id. 25 settembre 2001, *P.G. e J.H. c. Regno Unito*, in *Cass. pen.*, 2002, 1826, con nota di A. TAMIETTI, *L'utilizzazione di prove assunte in violazione di un diritto garantito dalla Convenzione non viola l'equo processo: riflessioni sul ruolo della Corte europea e sulla natura del sindacato da essa operato in margine alla sentenza P.G. e J.H. contro Regno Unito*.

all'accertamento e alla repressione del reato perseguito nel procedimento penale¹⁰⁸.

Guardando infine al processo penale, pur non essendo stata compiutamente articolata come in altri ordinamenti una teoria del bilanciamento solida da un punto di vista sistematico, che consenta di soppesare la gravità della lesione al diritto soggettivo e l'utilità dell'elemento probatorio, allo scopo di utilizzare le prove vietate persino contro l'imputato, non mancano sia in dottrina che nella prassi applicativa espedienti argomentativi tesi ad aggirare

¹⁰⁸ Corte EDU 9 luglio 2007, *Heglas c. Repubblica Ceca*, ove si legge: «*pour déterminer si la procédure dans son ensemble a été équitable, le poids de l'intérêt public à la poursuite de l'infraction particulière en question et à la sanction de son auteur peut être pris en considération et mis en balance avec l'intérêt de l'individu à ce que les preuves à charge soient recueillies légalement*». Per l'analisi del tema si v. L. DE MATTEIS, *La Corte di Strasburgo in materia di liceità nell'acquisizione della prova*, in www.europeanrights.eu, a cui si deve il reperimento di alcune decisioni citate nelle note precedenti. Cfr. anche M. MISCALI, *op. loc. ult. cit.*, secondo cui dalla lettura delle decisioni della Corte EDU si desume che le condizioni affinché la prova illecita non determini l'iniquità del processo sono sostanzialmente due: «la prima consiste nel fatto che le prove “illecitamente” acquisite o utilizzate non abbiano determinato in via esclusiva o decisiva il giudizio di condanna; la seconda consiste nel fatto che la persona accusata non abbia sollevato contestazioni tempestive in ordine all'utilizzazione delle prove stesse nel procedimento a suo carico». Pertanto, conclude l'A., potrebbe ritenersi «*a contrario* che l'utilizzazione “illecita” di materiale probatorio, a cui l'accusato si sia opposto tempestivamente, e che abbia avuto come effetto di determinare in modo decisivo la condanna di questi, rientri tra le ipotesi in cui, secondo la Corte europea, potrebbe sussistere un carattere non equo del processo considerato nel suo insieme».

l'inutilizzabilità e giustificare le acquisizioni probatorie illecite, a fronte dell'estrema utilità del dato probatorio¹⁰⁹.

Per esempio, in assenza di una norma derogatoria, si delinea un concetto di *inutilizzabilità relativa* allorché l'elemento probatorio acquisito in violazione della legge contribuisca ad accertare l'innocenza dell'imputato. Prendendo le mosse dal risultato a cui potrebbe condurre l'opzione ermeneutica opposta, si è difatti giustamente portati a sancire l'utilizzabilità della prova illecita *pro reo*¹¹⁰.

Anche in tema di *inutilizzabilità derivata*¹¹¹ – espressione con la quale si rinvia alla problematica, non regolata dal codice di rito penale, relativa all'estensione dell'illiceità di una prova ad un'altra prova la cui acquisizione sia stata occasionata dalla prima – le giustificazioni teoriche a sostegno dell'utilizzabilità istruttoria scontano talvolta non poche incertezze e ambiguità argomentative. La difficoltà di conciliare le enunciazioni teoriche e le esigenze pratiche

¹⁰⁹ Per questi aspetti C. CONTI, voce *Inutilizzabilità (dir. proc. pen.)*, cit., 12, 13, e ivi anche alcuni riferimenti alla dottrina straniera.

¹¹⁰ In questo senso si v. F. CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, cit., 144; L. FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, Milano, 1997, 240; G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2014, 194, 195.

¹¹¹ Sulla teoria dell'inutilizzabilità derivata, cfr. recentemente A. CABIALE, *L'inutilizzabilità "derivata": un mito a mezza via fra nullità ed esigenze sostanziali*, in www.penalecontemporaneo.it. Si tratta di una teoria di derivazione nordamericana, ordinamento in cui viene qualificata «*fruits of the poisonous tree*» doctrine, enunciata quasi un secolo fa nel caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States* (1920). Per ampi richiami bibliografici alla dottrina straniera sul tema cfr. P. MASTELLONE, *Tutela del contribuente nei confronti delle prove illecitamente acquisite all'estero*, in *Dir. prat. trib.*, 2013, 818, nt. 82.

è palese, ad esempio, nel *leading case* sui rapporti tra perquisizione e sequestro¹¹². Si tratta della c.d. sentenza Sala¹¹³, la quale dopo aver premesso che le prove acquisite in violazione dei diritti fondamentali costituzionalmente garantiti sono inutilizzabili, ritiene tuttavia legittimo il sequestro del corpo del reato o delle cose pertinenti al reato, effettuato all'esito di una perquisizione eseguita senza l'autorizzazione del giudice e al di fuori dei limiti previsti dalla legge (art. 247 c.p.p.). In particolare, la legittimità del sequestro e l'irrelevanza del modo con cui si perviene allo stesso si devono alla circostanza che esso rappresenta un atto dovuto, la cui omissione esporrebbe i

¹¹² Un ulteriore esempio, spesso proposto in dottrina, è quello dell'intercettazione inutilizzabile che abbia tuttavia occasionato un successivo atto di investigazione.

¹¹³ Si tratta di Cass. sez. un. 27 marzo 1996, n. 5021. In dottrina ritengono utilizzabile la prova ottenuta con il sequestro susseguente a perquisizione illegittima, rifacendosi all'assenza di un nesso giuridico-funzionale tra le due prove e di una norma in materia di inutilizzabilità analoga all'art. 185, 1° comma, c.p.p. (riguardante la nullità derivata), F. CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, cit., 159; G.M. BACCARI, *Perquisizioni alla ricerca della notizia di reato: il problema della validità del conseguente sequestro*, in *Cass. pen.*, 1996, 893; *contra* L.P. COMOGLIO, *Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità delle prove acquisite con il susseguente sequestro*, cit., 1547 ss.; L. FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, cit., 226; T. BENE, *L'art. 191 e i vizi del procedimento probatorio*, in *Cass. pen.*, 1994, 117 ss.; F.M. MOLINARI, *Invalidità del decreto di perquisizione ed illegittimità del sequestro*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1130 ss.). Si v. poi A. ZAPPULLA, *Le indagini per la formazione della notizia criminis: il caso della perquisizione seguita da sequestro*, in *Cass. pen.*, 1996, 1882 ss., secondo cui l'inutilizzabilità derivata del sequestro scatta soltanto allorché la perquisizione sia *ab origine* preordinata al rinvenimento della *res* oggetto di successivo sequestro).

responsabili a sanzioni penali¹¹⁴. Anche in questo campo, quindi, sembra cogliere nel segno l'osservazione per la quale «nel nostro ordinamento (e non solo) il tema “classico” della inutilizzabilità derivata è diventato uno dei luoghi sistematici nei quali si scarica il bilanciamento tra esigenze di accertamento ed istanze di legalità della prova¹¹⁵».

¹¹⁴ Il problema si pone in termini analoghi nel campo del diritto tributario. Per Cass. 15 dicembre 2010, n. 25335, l'inutilizzabilità delle prove acquisite per mezzo di un accesso domiciliare illegittimo concerne soltanto le prove e/o le fonti di prova per le quali l'accesso rappresenti una condizione necessaria e non le prove che trovano nell'accesso una mera occasione. In questa prospettiva, sono utilizzabili le informazioni di terzi e le dichiarazioni del contribuente raccolte nell'ambito di un accesso non autorizzato, in quanto le stesse sono collegate all'accesso da un rapporto di *mera occasionalità*, potendo essere ugualmente acquisite «sull'uscio dell'abitazione, per strada o negli uffici dell'organo deputato all'indagine». In senso critico verso questo arresto F. D'AYALA VALVA, *Acquisizione di prove illecite. Un caso pratico: la lista Falciani*, cit., 413, per il quale così ragionando si finisce per avallare la violabilità del domicilio anche in assenza di autorizzazione. Per l'A., la discriminante del nesso di mera occasionalità rappresenta una variabile fonte di «soggettivismi interpretativi incontrollabili».

¹¹⁵ C. CONTI, voce *Inutilizzabilità (dir. proc. pen.)*, cit., 14. È il caso di osservare che la stessa «*fruits of the poisonous tree*» doctrine ormai annovera nello stesso ordinamento nordamericano innumerevoli eccezioni, che minano alla radice l'effettiva validità di una regola generale di inutilizzabilità derivata della prova. Tra questi temperamenti la dottrina (cfr. in particolare, anche per gli opportuni estremi dottrinali e giurisprudenziali, L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 67 ss.; C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007, 353 ss.; EAD., voce *Inutilizzabilità (dir. proc. pen.)*, cit. 14; P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 215, nt. 68) ricorda la teoria della fonte indipendente (*independent source doctrine*), la teoria della scoperta

5. Utilità, nel processo civile, dell'adozione di una regola temperata di inutilizzabilità della prova illecita. Spunti ricostruttivi sul regime della prova illecita inutilizzabile.

L'analisi svolta nei paragrafi precedenti ha evidenziato la diffusa ritrosia – seppur in altri settori dell'ordinamento ove affiorano logiche non proprie al processo civile – ad omologare l'esistenza di un principio assoluto e inderogabile di inutilizzabilità della prova illecita. È avvertita, per converso, la necessità di procedere a un bilanciamento che possa meglio adattarsi al caso concreto e considerare gli interessi sottesi alla vicenda giudiziale. Un ulteriore dato di non poco peso emergente dai richiami effettuati è relativo alle modalità attraverso le quali avviene un simile bilanciamento, modalità che non potranno essere commissionate alla (discrezionale) sensibilità dell'organo giudicante, ma dovranno essere affidate a parametri (questi sì) prestabiliti, sulla base dei quali è auspicabile che si riesca a pervenire alla soluzione più confacente al caso *sub iudice*.

Anche nel processo civile è opportuno che la valutazione circa l'utilizzabilità della prova illecita – in assenza di norme specifiche, che risolvano a monte il conflitto tra valori, come si è visto per l'art. 4 Stat. lav., che con la riforma ha dichiarato in via effettiva l'equivalenza tra

inevitabile (*inevitable discovery doctrine*: è utilizzabile la prova ottenuta illecitamente se la stessa poteva comunque essere acquisita al processo agendo *secundum ius*) e la teoria della buona fede (*good faith exception*: la prova è utilizzabile se la polizia, pur agendo sulla base di un mandato successivamente dichiarato invalido, ha fatto ragionevole affidamento sulla legittimità delle operazioni condotte).

prova illecita e prova inutilizzabile – sia affidata al giudice nel caso concreto. Del resto, nella giurisprudenza di merito si è saltuariamente fatta strada l'idea che, in carenza di una norma espressa, la valutazione in merito all'utilizzabilità delle prove documentali illecite ottenute dal produttore violando specifiche norme di legge possa essere demandata al singolo giudice, chiamato a compiere un giudizio di bilanciamento tra tutti i diritti e gli interessi emersi nel caso concreto¹¹⁶.

Quanto agli indici idonei ad influenzare il giudizio di (in)utilizzabilità della prova illecita, possono senz'altro essere mutuati nel processo civile la natura dell'illecito commesso (e dunque, corrispondentemente, il bene giuridico violato) e la gravità della violazione, da un lato, e, dall'altro, il diritto fatto valere in sede giudiziaria e/o gli ulteriori interessi che possono emergere e trovare tutela nel processo. Va precisato, oltretutto, che l'opzione interpretativa prescelta ridimensiona la problematica relativa alla latitudine del concetto di prova illecita, e ciò perché la natura della norma violata rappresenterà non già il *discrimen* decisivo per stabilire l'illiceità (e dunque l'inutilizzabilità) della prova, bensì soltanto un parametro, per quanto importante, da considerare nel giudizio di utilizzabilità della prova illecita.

A questi indici va senz'altro aggiunta nel processo civile la possibilità per la parte privata di ottenere la prova lecitamente, *id est* attraverso gli strumenti processuali legalmente previsti. E così, ad esempio, la circostanza che la parte avrebbe potuto conseguire il documento attraverso la richiesta di un ordine di esibizione accentua

¹¹⁶ Così, pressoché testualmente, Trib. Torino 8 maggio 2013, in *Giur. it.*, 2014, 2480 ss., con nota di C. PIOVANO, *Sull'utilizzabilità dei documenti illecitamente ottenuti*.

l'arbitrarietà della ragion fattasi e rende difficilmente giustificabile l'utilizzabilità in giudizio del documento trafugato¹¹⁷.

¹¹⁷ Nonostante la condivisibilità delle premesse, non è pienamente soddisfacente la soluzione offerta dal sopra citato Trib. Torino 8 maggio 2013. Nella fattispecie, una delle parti era venuta illecitamente in possesso di messaggi ed e-mail, producendoli poi in copia nel giudizio di separazione con domanda di addebito al fine di provare la relazione extraconiugale del coniuge. Nello specifico, il marito non aveva disconosciuto la documentazione prodotta, in ossequio a quanto previsto dall'art. 2719 c.c., ma aveva semplicemente contestato le modalità illecite di reperimento della prova da parte della moglie, denunciando la violazione dell'art. 616 c.p. e delle norme in materia di *privacy*. Come si è detto, la decisione è condivisibile e per certi versi innovativa nell'enunciazione di principio. Si sottolinea, infatti, la necessità, nella valutazione circa l'utilizzabilità del documento, di effettuare un bilanciamento che tenga in considerazione i diritti rilevanti nel caso concreto. E infatti i giudici di merito, preso atto dell'assenza nel codice di procedura civile e nel codice *privacy* di una norma che sancisca l'inutilizzabilità delle prove illecite, non ricavano un principio di utilizzabilità delle stesse (così invece Trib. Bari 16 febbraio 2007, citato in senso critico da M. STELLA, *Il legislatore processuale del 1940 tutela la privacy delle parti (senza saperlo?)*, in *Corr. giur.*, 2011, 951, nt. 24); Trib. Bari 8 novembre 2007; Trib. Torino 28 settembre 2007), ma compiono un passo ulteriore, ritenendo che la soluzione possa essere rintracciata nel contemperamento dei diritti emersi. Nel caso specifico tra diritto alla riservatezza e diritto alla difesa si è tuttavia ritenuto prevalente quest'ultimo. Nel commentare la pronuncia (C. PIOVANO, *Sull'utilizzabilità dei documenti illecitamente ottenuti*, cit., 2483) è stato in modo condivisibile denunciato il mancato richiamo nell'operazione di bilanciamento all'art. 15 Cost. e alla corrispettiva norma attuativa di natura penale (art. 616 c.p.). È possibile che il mancato richiamo a tale ultima norma penale sia dovuto all'influenza esercitata da Cass. pen. 10 luglio 1997, n. 8838, in *Cass. pen.*, 1998, 1378, con nota di E. GALLUCCI, *Giusta*

*causa della rilevazione del contenuto della corrispondenza del coniuge in un giudizio civile di separazione; ibidem, 2361, con nota di S. LARIZZA, La «giusta causa» quale limite alla libertà e segretezza della corrispondenza, che ha ritenuto sussistente la giusta causa relativamente alla rivelazione del contenuto della corrispondenza (bancaria) del coniuge in un giudizio civile di separazione. Nella motivazione della decisione si legge che in materia di violazione, sottrazione e soppressione di corrispondenza, «la nozione di giusta causa, alla cui assenza l'art. 616 comma 2 c.p. subordina la punibilità della rivelazione del contenuto della corrispondenza, non è fornita dal legislatore ed è dunque affidata al concetto generico di giustizia, che la locuzione stessa presuppone, e che il giudice deve determinare di volta in volta con riguardo alla liceità – sotto il profilo etico e sociale – dei motivi che determinarono il soggetto ad un certo atto o comportamento». In proposito, tuttavia, deve registrarsi un chiaro *revirement* ad opera di Cass. pen. 29 settembre 2011, n. 35383, in *Cass. pen.*, 2012, 460, con nota di E. MENGONI, *Rivelazione in giudizio di corrispondenza altrui e giusta causa: la condotta è scriminata solo se inevitabile* e in *Fam. dir.*, 2012, con nota di I. MARCHINI, *Sottrazione di corrispondenza dell'altro coniuge e violazione della privacy*. Nella fattispecie un uomo aveva sottratto abusivamente una lettera chiusa diretta alla moglie (si trattava di documentazione bancaria attestante la sua condizione economica) e, in seguito, l'aveva prodotta come prova nel giudizio civile di separazione al fine di dimostrare le reali condizioni economiche della moglie. La Cassazione ritiene che l'esimente di cui all'art. 616, 2° comma, c.p. possa trovare applicazione soltanto allorché la rivelazione della corrispondenza sia inevitabile, circostanza insussistente allorché la parte possa richiedere al giudice di ordinare all'altra parte o ad un terzo l'esibizione di documenti di cui ritenga necessaria l'acquisizione al processo. Nel caso di specie, dunque, non sussiste la giusta causa di cui all'art. 616, 2° comma, c.p., la quale presuppone che la produzione in giudizio della documentazione bancaria sia l'unico mezzo a disposizione per contestare le richieste del coniuge-controparte.*

Non può tuttavia tacersi che nel processo civile la *rule of exclusion* delle prove illecite è difficilmente derogabile e suscettibile di disapplicazione, proprio in ragione della natura degli interessi in gioco, sovente disponibili e a carattere patrimoniale. Pertanto, nella quasi totalità delle ipotesi, il bilanciamento tra i diversi interessi e valori in gioco orienterà l'interprete a sancire l'inutilizzabilità della prova acquisita illecitamente. Non è tuttavia escluso che la prassi sarà in grado di evidenziare anche nella *sedes materiae* oggetto di attenzione casi limite in cui la presenza di una regola inderogabile di inutilizzabilità può rivelarsi eccessiva e *ictu oculi* irragionevole. Si faccia il caso di un coniuge che nel giudizio di separazione proponga una prova reperita illecitamente (ad esempio violando la segretezza delle comunicazioni dell'altro coniuge) ma al contempo dotata di una spiccata efficacia persuasiva in ordine all'assoluta inidoneità dell'altro coniuge all'affidamento del figlio minore. Non v'è chi non veda come in questa ipotesi, stante il preponderante interesse del minore, sarebbe oltremodo inopportuno decretare l'inutilizzabilità della prova in ragione di un generale principio di inutilizzabilità della prova illecita. Si immagini, ancora, nel giudizio civile di impugnazione avverso il diniego della Commissione territoriale competente, la prova funzionale al riconoscimento dello *status* di rifugiato, e conseguentemente all'ottenimento di un permesso di soggiorno, che il migrante abbia per avventura reperito in modo illecito.

Di regola, tuttavia, il suesposto bilanciamento condurrà nel processo civile all'applicazione della sanzione dell'inutilizzabilità. Per tale ragione è forse utile tratteggiare il possibile regime della prova illecita inutilizzabile.

Anzitutto, proprio perché l'inutilizzabilità della prova rappresenta una *sanzione processuale*, essa deve essere diretta nei confronti di una parte del processo civile. Ciò significa che l'autore (anche se per interposta persona) della condotta illecita, nei confronti del quale la sanzione è applicata, deve essere una parte del processo. Sul versante opposto, tuttavia, non può replicarsi lo stesso ragionamento, sicché la condotta illecita che comporta l'inutilizzabilità della prova non deve necessariamente essere diretta nei confronti di una parte del processo, ma può essere altresì indirizzata nei confronti di un terzo (ad esempio il testimone ovvero colui che detiene documenti rilevanti).

Sempre muovendo dalla natura sanzionatoria dell'inutilizzabilità, deve poi necessariamente ritenersi impraticabile il recupero *ex post* delle vie legali, pena la frustrazione dell'effettività della sanzione stessa¹¹⁸. Così, la parte che dovesse rubare o indebitamente appropriarsi di una copia del documento non potrà in un secondo momento, nel processo, chiedere al giudice di disporre un ordine di esibizione dell'originale.

Coerentemente con i risultati conseguiti, è poi necessario affermare l'esistenza di un giudizio di ammissibilità, funzionale all'esclusione delle prove illecite. Se si tratta di prove costituenti, e l'illiceità viene censurata e provata prima che si proceda alla loro ammissione o assunzione, esse non andranno ammesse o assunte, in sintonia con la funzione di economia e ottimizzazione dell'attività processuale propria del giudizio (di diritto) di ammissibilità della prova. Tuttavia, considerato che il problema delle prove illecite attiene per lo più alle prove

¹¹⁸ In questo senso A. GRAZIOSI, *Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile*, cit., 705.

precostituite, che non impegnano il giudice e le parti in alcuna attività assuntiva, e che non è certo possibile impedire alle parti la loro produzione in giudizio¹¹⁹, è necessario approvare la necessità di un vaglio anche per le prove documentali precostituite, un vaglio che inevitabilmente, considerate le modalità di acquisizione dei documenti, sarà postergato rispetto all'atto di produzione, ma non per questo potrà dirsi assente¹²⁰.

¹¹⁹ Fatte salve alcune eccezioni – cfr. ad es. l'art. 698 c.p.c. in materia di istruzione preventiva – i documenti nel nostro ordinamento sono sottratti ad un vaglio *preventivo* di ammissibilità.

¹²⁰ Sottolineano l'importanza di un giudizio di ammissibilità delle prove precostituite, anche se per lo più successivo alla loro produzione, E. ALLORIO, *Efficacia di prove ammesse ed esperite in contrasto con un divieto di legge?*, in *Giur. it.*, 1960, I, 2, 867 ss.; G. TARZIA, *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 638: «per ciò che concerne le prove precostituite, i documenti – nella loro accezione processuale, che si ritiene più ampia della tipologia del codice civile – è certo tuttavia che non basti il fatto materiale, l'“operazione” della loro produzione in giudizio, per considerarli senz'altro acquisiti al processo, al di fuori di un vaglio di ammissibilità e rilevanza»; M.C. VANZ, *La circolazione della prova nei processi civili*, cit., 62 ss., che osserva: «dire che un documento, solo perché tale, è sottratto al preventivo vaglio di ammissibilità, è lecito se ed in quanto con quell'espressione si vuole sottolineare la modalità d'accesso della prova documentale nel processo: se, viceversa, con quell'espressione si vuole intendere che la mancanza di una selezione preventiva rende per ciò stesso legittimo l'uso di qualsiasi prova che abbia un supporto documentale si va troppo oltre»; F. FERRARI, *La sanzione dell'inutilizzabilità nel codice della privacy e nel processo civile*, cit., 368; P. LEANZA, *Trattazione e istruzione*, in ID., *Le prove civili*, cit., 41; D. VOLPINO, *Produzione ed acquisizione di documenti nel processo civile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, 675, 676; G. RUFFINI, *Produzione ed esibizione dei documenti*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 447. Cfr. infine

Non si nega che il giudizio (definitivo) di ammissibilità per le prove precostituite si svolgerà al momento della decisione e che soltanto con la sentenza verrà sancita l'inutilizzabilità del documento ai fini della decisione¹²¹. Nondimeno, deve essere richiesta già al giudice istruttore una particolare attenzione alla liceità dei documenti prodotti. Di regola sarà la parte a dolersi delle modalità illecite di acquisizione della prova. A fronte di questo rilievo il giudice deve eventualmente consentire alla parte di provare questo aspetto. Peraltro, giacché le ragioni sottese alla sanzione dell'inutilizzabilità della prova illecita sono (anche) di natura pubblicistica e che dunque non sembra in astratto precluso al giudice un rilievo officioso¹²², in quest'ultima eventualità è quanto mai

V. DENTI, voce *Prova documentale (dir. proc. civ.)*, cit., 720, che riconosce l'esistenza di un limite di carattere generale all'acquisizione delle prove documentali, ossia «quello derivante dall'illiceità della loro formazione o della loro disponibilità da parte di chi le produce».

¹²¹ Cfr. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, Torino, 2015, 305; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 757; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, *Il processo di cognizione*, Milano, 2015, 93, 94.

¹²² Si tratta peraltro della soluzione abbracciata dall'art. 287 della *Ley de Enjuiciamiento Civil* del 2000, disposizione che ha regolato il trattamento processuale della prova illecita, la cui inefficacia era già stata sancita in precedenza nell'art. 11 *LOPJ*. In senso contrario pare orientata A. PINORI, *Privacy e processo civile. I limiti di utilizzabilità nel giudizio civile di prove illecite: il difficile bilanciamento tra diritto alla protezione dei dati personali e il diritto alla difesa*, in *Contr. impresa*, 2014, 68, per la quale il giudice non deve tenere conto della prova «tutte le volte che siano state contestate tempestivamente dalla parte nella prima difesa utile le modalità illecite di acquisizione della prova prodotta in giudizio dalla controparte»; con riguardo al processo tributario M. MISCALI,

opportuno che il giudice istruttore segnali la questione alle parti e stimoli il contraddittorio sulla validità della prova¹²³.

La violazione del divieto di utilizzare la prova illecita comporta la possibilità di impugnare la sentenza, che sarà viziata da nullità e censurabile con il giudizio d'appello¹²⁴. L'eventuale ricorso per cassazione avverrà verosimilmente ai sensi dell'art. 360, n. 4, c.p.c., potendo leggersi nella violazione della regola d'inutilizzabilità della prova illecita (e determinante) una inosservanza dei principi del giusto processo regolato dalla legge sanciti dall'art. 111 Cost.¹²⁵.

Documentazione illecitamente acquisita e tutela giurisdizionale nel processo tributario, cit., 776 ritiene che la violazione dei diritti fondamentali possa essere eccepita soltanto dal soggetto leso, *id est* il contribuente.

¹²³ F. DANOVI, *Esigenze istruttorie e tutela della privacy nei processi di separazione e divorzio*, cit., 32 sottolinea l'importanza che il giudice segnali immediatamente gli eventuali profili di inammissibilità dei documenti prodotti, ferma restando la finale decisione in proposito da parte del tribunale al momento della decisione. Tale importanza è avvertita nell'ordinamento spagnolo, che all'art. 287 LEC dispone: «A tal efecto, se oirá a las partes y, en su caso, se practicarán las pruebas pertinentes y útiles que se propongan en el acto sobre el concreto extremo de la referida ilicitud». Dall'inciso normativo si desume l'impossibilità che il giudice apprezzi l'illiceità soltanto con la sentenza (così J. PICÓ I JUNOY, *La prueba ilícita en el proceso civil español*, in www.temasatuaisdeprocessocivil.com).

¹²⁴ A. GRAZIOSI, *Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile*, cit., 705; conf. A. PINORI, *op. ult. cit.*, 68; nella dottrina tributaristica M. MISCALI, *op. cit.*, 784, 785.

¹²⁵ In Spagna, il *Tribunal Constitucional* aveva, già prima dell'introduzione dell'art. 11 LOPJ, evidenziato che l'utilizzo di una prova illecita comporta la violazione del diritto a un processo con tutte le garanzie e la parità delle armi processuali. Così si era infatti espressa la già segnalata sentenza n. 114/1984: «*constatada*

Non è invece condivisibile l'idea che l'utilizzazione della prova illecita possa essere censurata con i mezzi d'impugnazione straordinaria, e segnatamente con la revocazione, allorché la condotta illecita fosse stata scoperta soltanto dopo il passaggio in giudicato della sentenza¹²⁶. La revocazione risponde come noto a «un'insopprimibile aspirazione di giustizia¹²⁷». L'ordinamento rinuncia alla scure della *res iudicata* quando la prova idonea a sovvertire il verso della decisione sia non già illecita bensì falsa. Se è la falsità – come attestano le locuzioni «prove riconosciute o comunque dichiarate false» e «documenti decisivi» significate nei nn. 2 e 3 dell'art. 395, c.p.c. – a giustificare il ricorso alla revocazione, non è possibile accedere al gravame semplicemente adducendo l'azione illecita commessa dalla controparte, salvo beninteso che l'illiceità si ripercuota sulla veridicità della prova. Si registra dunque un capovolgimento prospettico rispetto a quanto sostenuto in precedenza a proposito della

la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignorancia de las «garantías» propias al proceso (art. 24.2 de la Constitución) implicando también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad que se ha procurado en el juicio (art. 14 de la Constitución), desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales de otro». In senso difforme L. ARIOLA, *Le prove atipiche nel processo civile*, cit., 145, per il quale «la sentenza fondata sulla fonte di prova illecita costituisce un *error in iudicando*».

¹²⁶ Così invece L. ARIOLA, *Le prove atipiche nel processo civile*, cit., 145.

¹²⁷ C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, III, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, Torino, 2011, 409.

necessità di dimostrare *pendente lite* soltanto l'illiceità della condotta e non anche che la stessa abbia portato alla formazione di una prova falsa. Del resto si tratta di una differenza spiegabile se soltanto si pensa che l'inutilizzabilità è uno strumento sanzionatorio, funzionale a neutralizzare da un punto di vista processuale le conseguenze di un comportamento illecito, mentre la revocazione è uno strumento impugnatorio, funzionale al ripristino della verità in casi tassativi e determinati.

Un ultimo profilo che merita attenzione è quello riguardante l'influenza che la prova illecita esercita sul giudice, il quale indubbiamente rimane psicologicamente condizionato dagli elementi istruttori illeciti acquisiti al giudizio¹²⁸. Dinanzi alla suggestione psicologica della prova illecita le soluzioni possibili sono sostanzialmente tre.

In primo luogo è possibile accettare le conseguenze dell'influenza della prova illecita sul convincimento giudiziale accettando che lo strumento di prova sia valutato congiuntamente con gli altri elementi acquisiti al giudizio. Con tutta evidenza si tratta di una soluzione insoddisfacente, perché tradisce la premessa dell'inutilizzabilità delle prove illecite.

La seconda soluzione è molto garantista ma difficilmente percorribile sul piano pratico, nonché fonte di possibili abusi¹²⁹. Essa consta nella ricusazione del giudice che è venuto a contatto con la prova reperita o formata illecitamente. La tesi muove dalla (comprensibile) sfiducia

¹²⁸ Cfr. F. DANOVI, *Le nuove frontiere del diritto delle prove*, cit., 21; ID., *Esigenze istruttorie e tutela della privacy nei processi di separazione e divorzio*, cit., 36.

¹²⁹ Cfr. J. PICÓ I JUNOY, *La prueba ilícita en el proceso civil español*, cit.

nei confronti dell'organo giudicante e della sua capacità di impedire qualsivoglia traccia e condizionamento psicologico: per recuperare il carattere dell'imparzialità, l'unica soluzione sarebbe quella di sostituire il giudice condizionato con un altro soggetto¹³⁰.

La terza possibilità interpretativa risolve la questione affidandosi alla funzione garantista della motivazione, cui pertanto è demandata la verifica che la ricostruzione del fatto non risulti condizionata dalla prova illecita¹³¹. Pur riconoscendo in quest'ultima opzione interpretativa una soluzione valida sia dal punto di vista teorico che dal punto di vista pratico, non può essere celata la difficoltà di accertare che la prova illecita non abbia surrettiziamente suggestionato il giudice¹³². Per tale ragione è opportuno

¹³⁰ Cfr. in questo senso N. TROCKER, *op. cit.*, 633, 634, per il quale «un giudice, il quale sia venuto a conoscenza di un fatto attraverso una prova illecita, è un *iudex suspectus*. Esso avrà pertanto l'obbligo di astenersi dal giudicare e le parti avranno il diritto di ricusarlo. Il giudizio dovrà essere rinviato a nuova udienza davanti ad un organo composto diversamente». Alle prevedibili obiezioni di eccessiva dispendiosità del rimedio, l'A. replica osservando che la presenza di una prova illecita tra il materiale probatorio indurrà con maggiore frequenza le parti ad impugnare la sentenza.

¹³¹ Cfr. F. CORDERO, *Tre studi sulle prove*, cit., 120, nt. 37: «purtroppo, non è escluso che la prova inammissibile e invalidamente acquisita, una volta percepita dal giudice, lasci una traccia indelebile: il fenomeno psicologico è irreversibile; ci si deve quindi appagare della mediocre risorsa offerta dal controllo della motivazione»; J. PICÓ I JUNOY, *La prueba ilícita en el proceso civil español*, cit.

¹³² J. PICÓ I JUNOY, *La prueba ilícita en el proceso civil español*, cit. segnala l'escamotage a cui potrebbe ricorrere il giudice: «*pues lo cierto es que habrá visto u oído aquello que no podía ver u oír, y ello podrá utilizarse si bien de forma camuflada valorando excesivamente el resultado de otras pruebas que en otras circunstancias no serían suficientes para lograr su convicción*».

evidenziare il valore fondamentale che (anche) in questo contesto assume una corretta tecnica redazionale nella ricostruzione del fatto, nonché, più a monte, nel modo con cui gli elementi probatori sono valutati. In proposito, il giudice è chiamato ad effettuare non soltanto una valutazione olistica del materiale istruttorio, ma altresì una *valutazione analitica* della singola prova acquisita al processo¹³³. La precisazione è opportuna perché non sporadicamente la ricostruzione del fatto è avvalorata sulla base di un generico e acritico richiamo alle emergenze istruttorie. Per converso, soltanto attraverso una valutazione analitica delle singole prove utilizzabili è possibile comprendere se queste ultime sono idonee a fondare l'accertamento della *quaestio facti* e, dunque, se l'impianto motivazionale è realmente idoneo a reggere l'urto di eventuali impugnazioni. Così facendo, diminuirà conseguentemente il rischio che la valutazione globale del materiale istruttorio occulti l'influenza esercitata dalla prova illecita sul convincimento giudiziale.

¹³³ Sul punto cfr. M. TARUFFO, *Commento all'art. 116*, in A. CARRATTA, M. TARUFFO, *Poteri del giudice*, in S. CHIARLONI, *Commentario del codice di procedura civile*, Bologna, 2011, 529 ss.; G. TARZIA, *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, cit., 654 ss.; B. CAVALLONE, *Critica della teoria delle prove atipiche*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, 685.

Bibliografia

- AIMO M.P., *Tutela della riservatezza e protezione dei dati personali*, in M. MARAZZA (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, in M. PERSIANI, F. CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, IV, 2, Padova, 2012, 1771 ss.
- ALLORIO E., *Il giuramento della parte*, Milano, 1937.
- ALLORIO E., *Ritrattazione del giuramento e disponibilità del diritto controverso*, in *Giur. it.*, 1948, I, 2, 1 ss.
- ALLORIO E., *Giuramento-feticcio e giuramento prova-legale*, in *Giur. it.*, 1949, I, 1, 610 ss.
- ALLORIO E., *Efficacia giuridica di prove ammesse ed esperite in contrasto con un divieto di legge?*, in *Giur. it.*, 1960, I, 2, 867 ss.
- ALVINO I., *L'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori alla prova di internet e della posta elettronica*, in *Dir. relaz. industr.*, 2014, 999 ss.
- ALVINO I., *I nuovi limiti al controllo a distanza dell'attività dei lavoratori nell'intersezione fra le regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del Codice della privacy*, in *Labour & Law Issues*, 2015, 3 ss.

- AMATO V., *Legittimità del controllo difensivo occulto attraverso i social networks*, in *Lav. giur.*, 2015, 896 ss.
- AMBROSINI R., *La prova testimoniale civile. Profili processuali*, Milano, 2006.
- ANDRIOLI V., voce *Confessione (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, IV, Torino, 1959.
- ANDRIOLI V., *Commento al codice di procedura civile*, II, Napoli, 1960.
- ANDRIOLI V., voce *Giuramento (dir. civ. e dir. proc. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, VII, Torino, 1961.
- ANDRIOLI V., voce *Prova in genere (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIV, Torino, 1967.
- ANDRIOLI V., voce *Prova testimoniale (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIV, Torino, 1967.
- ANDRIOLI V., *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979.
- ANDRIOLI V., *Studi sulle prove civili*, Milano, 2008.
- ANGELONI F., *Le prove illecite*, Padova, 1992.
- ANSANELLI V., *Problemi di corretta utilizzazione della prova scientifica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 1346 ss.

- ANSANELLI V., *La consulenza tecnica nel processo civile. Problemi e funzionalità*, Milano, 2011.
- ANSANELLI V., *La consulenza tecnica*, in M. TARUFFO (a cura di), *La prova nel processo civile*, Milano, 2012, 993 ss.
- ANSANELLI V., *Commento agli artt. 191-201*, in M. TARUFFO (a cura di), *Istruzione probatoria*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, Bologna, 2014.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, II, agg. a cura di C.F. GROSSO, Milano, 2008.
- ARDIZZONE S., *I delitti di esercizio arbitrario delle proprie ragioni*, Milano, 1975.
- ARIETA G.-DE SANTIS F.-MONTESANO L., *Corso base di diritto processuale civile*, Padova, 2013.
- ARIOLA L., *Le prove atipiche nel processo civile*, Torino, 2008.
- ATTARDI A., *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 1991.
- ATTARDI A., *Diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, Padova, 1994.
- AULETTA F., *Nullità e «inesistenza» degli atti processuali civili*, Padova, 1999.

- AULETTA F., *Sulla sanatoria delle nullità relative alla prova testimoniale*, in *Giust. civ.*, 1999, I, 2067, ss.
- AULETTA F., *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulenza tecnica*, Padova, 2002.
- AULETTA F., *La prova scientifica: diritto, epistemologia, strumenti d'acquisizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 461 ss.
- BACCAGLINI L., *Anche la simulazione del prezzo risponde alla rigorosa disciplina prevista in tema di prova della simulazione fra le parti*, in *Corr. giur.*, 2005, 247 ss.
- BACCAGLINI L., *Commento agli artt. 2721-2726*, in G. CIAN (a cura di), *Commentario breve al codice civile*, Padova, 2014.
- BACCAGLINI L., *Commento agli artt. 2721-2723, 2726*, in G. BONILINI, A. CHIZZINI (a cura di), *Della tutela dei diritti*, I, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile*, Torino, 2015.
- BACCAGLINI L.-MONTANARI M., *Commento all'art. 2724*, in G. BONILINI, A. CHIZZINI (a cura di), *Della tutela dei diritti*, I, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile*, Torino, 2015.
- BACCARI G.M., *Perquisizioni alla ricerca della notizia di reato: il problema della validità del conseguente sequestro*, in *Cass. pen.*, 1996, 893 ss.

- BALBI C.E., *La dichiarazione di ignorare nel giuramento di scienza*, in *Jus*, 1975, 61 ss.
- BALBI C.E., *Omessa verbalizzazione della parola «giuro» nel giuramento decisorio*, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, 1661 ss.
- BALBI C.E., *La decadenza nel processo di cognizione*, Milano, 1983.
- BALENA G., *La rimessione della causa al primo giudice*, Napoli, 1984.
- BALENA G., voce *Ispezione giudiziale I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XVII, Roma, 1989.
- BALENA G., voce *Giuramento*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., IX, Torino, 1993.
- BALENA G., *La riforma del processo di cognizione*, Napoli, 1994.
- BALENA G., voce *Notificazioni e comunicazioni*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XII, Torino, 1995.
- BALENA G., *Le preclusioni nel processo di primo grado*, in *Giur. it.*, 1996, IV, 273 ss.
- BALENA G., *Istituzioni di diritto processuale civile, I, I principi*, Bari, 2015.

- BALENA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, *Il processo ordinario*, Bari, 2015.
- BARILE P., *Le libertà nella Costituzione*, Padova, 1966.
- BARILE P.-CHELI E.-GRASSI S., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 2013.
- BARILETTA A., *La “disponibilità” dei diritti nel processo di cognizione e nell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 979 ss.
- BARONE C.M., voce *Consulente tecnico I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988.
- BARONE C.M., voce *Informazioni presso la pubblica amministrazione (richiesta di)*, in *Enc. giur. Treccani*, XVI, Roma, 1989.
- BARRACO E.-SITZIA A., *Il problema dei «controlli difensivi» del datore di lavoro: estne saepe ius summum malitia?*, in *Lav. giur.*, 2010, 991 ss.
- BARRACO E.-SITZIA A., *Un de profundis per i “controlli difensivi” del datore di lavoro?*, in *Lav. giur.*, 2013, 383 ss.
- BASCHIERI G.-BIANCHI D'ESPINOSA L.-GIANNATTASIO C., *La Costituzione italiana*, Firenze, 1949.

- BASILICO G., *La revoca dei provvedimenti civili contenziosi*, Padova, 2001.
- BASSI A., *Inutilizzabilità processuale e distruzione dei documenti frutto di accesso abusivo a sistema informatico*, in *Corr. merito*, 2012, I, 61 ss.
- BEGHINI R., *La prova per testimoni nel rito civile*, Padova, 1997.
- BELLAVISTA A., *La Cassazione e i controlli a distanza sui lavoratori*, in *Riv. giur. lav.*, 2010, II, 462 ss.
- BELLIDO PENADÉS R., *La prueba ilícita y su control en el proceso civil*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2010, 77 ss.
- BENE T., *L'art. 191 e i vizi del procedimento probatorio*, in *Cass. pen.*, 1994, 117 ss.
- BENVENUTI F., *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953.
- BERTOLINO G., *Documento in senso forte e documento in senso debole*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011,
- BESSO C., *La prova prima del processo*, Torino, 2004.
- BESSO C., *Illiceità della prova, segreto bancario e giusto processo*, in *Giur. it.*, 2015, 1617 ss.

- BESSO C., *Il processo civile. Nozioni generali*, Torino, 2015.
- BIAVATI P., *Iniziativa delle parti e processo a preclusioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, 485 ss.
- BIAVATI P., *Argomenti di diritto processuale civile*, Bologna, 2013.
- BOVE M., *Il sapere tecnico nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1431 ss.
- BUFFONE G., *Commento all'art. 228*, in P. CENDON (a cura di), *Commentario al codice di procedura civile. Artt. 163-322*, Milano, 2012.
- BUONCRISTIANI D., *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, Torino, 2001.
- BUONCRISTIANI D., *Il nuovo art. 101, comma 2°, c.p.c. sul contraddittorio e sui rapporti tra parti e giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 399 ss.
- CABIALE A., *L'inutilizzabilità "derivata": un mito a mezza via fra nullità ed esigenze sostanziali*, in www.penalecontemporaneo.it.
- CAIRO L., *Il controllo a distanza dei lavoratori: precedenti nella giurisprudenza di ieri decisi con le norme di oggi*, in *Labour & Law Issues*, 2015, 63 ss.
- CALAMANDREI P., *Linee fondamentali del processo civile inquisitorio*, in *Studi di diritto processuale in onore di G. Chiovenda*, Padova, 1927.

- CALVETTI S., *Inammissibilità della prova testimoniale da eccepire ex ante, la nullità, invece, ex post*, in *Dir. & giust.*, 2013, 1322.
- CAMMEO E., *Lezioni di procedura civile*, Padova, 1992.
- CAMON A., *Le riprese visive come mezzo di indagine: spunti per una riflessione sulle prove incostituzionali*, in *Cass. pen.*, 1999, 1188 ss.
- CAMON A., *L'incompatibilità tra difensore e testimone*, Torino, 2004.
- CAPONI R., *La rimessione in termini del processo civile*, Milano, 1996.
- CAPPELLETTI M., *Il giuramento della parte nel processo litisconsortile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, 1170 ss.
- CAPPELLETTI M., *Il «verbale» come requisito «quoad substantiam» del procedimento probatorio*, in *Giur. it.*, 1959, I, 1, 597 ss.
- CAPPELLETTI M., *Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, 564 ss.
- CAPPELLETTI M., *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità. Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, Milano, 1962.

- CAPPELLETTI M., *La «miseria» del giuramento della parte davanti alla Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 1973, IV, 145 ss.
- CAPPELLETTI M., *La sentenza del bastone e della carota (a proposito della dichiarazione di costituzionalità/incostituzionalità degli artt. 246-247 c.p.c.)*, in *Giur. cost.*, 1974, 3586 ss.
- CAPPELLETTI M.-VIGORITI V., *I diritti costituzionali delle parti nel processo civile italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 1971, 604 ss.
- CARNELUTTI F., *Illecita produzione di documenti*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1935, II, 70 ss.
- CARNELUTTI F., *Confessione e ricognizione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1942, I, 235 ss.
- CARNELUTTI F., *Natura del giuramento*, in *Riv. dir. proc.*, 1947, I, 183 ss.
- CARNELUTTI F., *Istituzioni del processo civile italiano*, I, Roma, 1956.
- CARNELUTTI F., *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Roma, 1956.
- CARNELUTTI F., *Testimonianza e perizia*, in *Riv. dir. proc.*, 1959, 186 ss.
- CARNELUTTI F., *Ispezione giudiziale non documentata*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 131 ss.

- CARNELUTTI F., *La prova civile*, Milano, 1992.
- CARNEVALE V., *Commento all'art. 213*, in L.P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, III, 1, Torino, 2012.
- CARRATO A., *La necessaria collegialità della corte di appello e le conseguenze delle sue possibili violazioni*, in *Corr. giur.*, 2012, 235 ss.
- CARRATTA A., *“Principio della non contestazione” e limiti di applicazione nei processi su diritti indisponibili*, in *Fam. dir.*, 2010, 571 ss.
- CARRATTA A., TARUFFO M., *Poteri del giudice*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, Bologna, 2011.
- CAVALLONE B., *Critica della teoria delle prove atipiche*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, 679 ss.
- CAVALLONE B., *Oralità e disciplina delle prove nella riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 711 ss.
- CAVALLONE B., *«Coscienza deposita aedificat ad Gehennam»*, ovvero: un lodevole provvedimento di astensione, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 865 ss.
- CAVALLONE B., *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991.

- CAVALLONE B., voce *Esibizione delle prove nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., VII, Torino, 1991.
- CAVALLONE B., *Inutilizzabilità, ai fini della decisione, del documento prodotto da una parte, quando essa non abbia tempestivamente indicato lo scopo della produzione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 195 ss.
- CECCARINI A., *La prova orale nel processo civile*, Milano, 2010.
- CERINO CANOVA A., *Commento all'art. 164*, in E. ALLORIO (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, II, 1, Torino, 1980.
- CHIARLONI S., *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, 845.
- CHIARLONI S. (a cura di), *Le riforme del processo civile*, Bologna, 1992.
- CHIARLONI S., *La sentenza «della terza via» in cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?*, in *Giur. it.*, 2002, 1363 ss.
- CHIARLONI S., *Il diritto vivente di fronte alla valanga dei ricorsi per cassazione: l'inammissibilità per violazione del c.d. principio di autosufficienza*, in www.judicium.it.

- CHINNICI D., *L'inutilizzabilità della prova, tra punti fermi e profili controversi*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 889 ss.
- CHIOVENDA G., *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965.
- CHIOVENDA G., *Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, in ID., *Saggi di diritto processuale civile*, Milano, 1993, 353 ss.
- CHIZZINI A., *In tema di verbalizzazione del giuramento decisorio*, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, 1644 ss.
- CIACCIA CAVALLARI B., *La rinnovazione nel processo di cognizione*, Milano, 1981.
- CIACCIA CAVALLARI B., voce *Contumacia*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., IV, Torino, 1989.
- CIACCIA CAVALLARI B., *Le preclusioni e l'istruzione probatoria nel nuovo processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 887 ss.
- CIARCIA A.R., *La valutazione e l'utilizzo della prova nel processo tributario*, Napoli, 2010.
- COMOGLIO L.P., *Il problema delle prove illecite nell'esperienza nordamericana e germanica*, in *Pubblicazioni dell'Università di Pavia, Studi nelle Scienze giuridiche e sociali*, XXXIX, Pavia, 1967, 259-372.

- COMOGLIO L.P., *La garanzia costituzionale dell'azione nel processo civile*, Padova, 1970.
- COMOGLIO L.P., *Incapacità e divieti di testimonianza nella prospettiva costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, 41 ss.
- COMOGLIO L.P., *Il principio di economia processuale*, I, Padova, 1980.
- COMOGLIO L.P., voce *Allegazione*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., I, Torino, 1987.
- COMOGLIO L.P., voce *Confessione II) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, VIII, Roma, 1988.
- COMOGLIO L.P., voce *Giuramento II) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XV, Roma, 1989.
- COMOGLIO L.P., *I modelli di garanzia costituzionale nel processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 673 ss.
- COMOGLIO L.P., *Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata delle prove acquisite con il susseguente sequestro*, in *Cass. pen.*, 1996, 1547 ss.
- COMOGLIO L.P., *Preclusioni istruttorie e diritto alla prova*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 973 ss.

- COMOGLIO L.P., *L'utilizzazione processuale del sapere extragiuridico nella prospettiva comparatista*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 1145 ss.
- COMOGLIO L.P., «Terza via» e processo «giusto», in *Riv. dir. proc.*, 2006, 755 ss.
- COMOGLIO L.P., *Le prove civili*, Torino, 2010.
- COMOGLIO L.P., *L'inutilizzabilità «assoluta» delle prove «incostituzionali»*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 30 ss.
- COMOGLIO L.P., C. FERRI, M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile, I, Il processo ordinario di cognizione*, Bologna, 2011.
- COMOGLIO L.P., *Commento agli artt. 115, 116*, in L.P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile, II*, Torino, 2012.
- CONSO G., *Il concetto e le specie di invalidità*, Milano, 1955.
- CONSO G., *Prospettive per un inquadramento delle nullità processuali civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, 110 ss.
- CONSOLO C., «*Mutatio libelli*», *l'accettazione tacita o presunta e l'eccezione di domanda nuova, ovvero di un costrutto giurisprudenziale incoerente*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, 625 ss.

- CONSOLO C., *Le Sezioni Unite sulla causalità del vizio delle sentenze della terza via: a proposito della nullità, indubbia ma peculiare poiché sanabile allorché emerga l'assenza in concreto di scopo del contraddittorio eliso*, in *Corr. giur.*, 2010, 355 ss.
- CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile, I, Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, Torino, 2014.
- CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile, II, Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, Torino, 2015.
- CONTI C., voce *Inutilizzabilità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur. Treccani*, agg. XIII, Roma, 2005.
- CONTI C., *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007.
- CORDERO F., *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, 1955.
- CORDERO F., *Riflessioni in tema di nullità assolute*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, 238 ss.
- CORDERO F., *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, 680 ss.
- CORDERO F., *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963.
- CORDERO F., *Procedura penale*, Milano, 2012.

- CORDOPATRI F., *A proposito di «rilevanza della prova» e di «giudizio di fatto»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, 985 ss.
- CORDOPATRI F., voce *Presunzione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986.
- CORMIO B., *Degli atti in generale*, in E. ALLORIO (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, I, Torino, 1973, 1346 ss.
- COSTANTINO G., *Questioni processuali tra poteri del giudice e facoltà delle parti*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 1012 ss.
- CREVANI R., *La prova testimoniale*, in M. TARUFFO (a cura di), *La prova nel processo civile*, Milano, 2012, 273 ss.
- CREVANI R., *Commento agli artt. 244-257-bis*, in M. TARUFFO (a cura di), *Istruzione probatoria*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, Bologna, 2014.
- CUOCOLO F., *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, 2003.
- D'ANDREA L.-MORICONI E., *Controlli a distanza: la disciplina prima e dopo la riforma*, in *Dir. prat. lav.*, 2016, 567 ss.
- D'ADAMO D., *Prime riflessioni sulla nuova rimessione in termini*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 385 ss.

- D'ADAMO D., *Contributo allo studio della contumacia nel processo civile*, Milano, 2012.
- DANOVI F., *Note sulla consulenza psicologica nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 808 ss.
- DANOVI F., *La prova contraria*, Milano, 2004.
- DANOVI F., *Le nuove frontiere del diritto delle prove*, testo dell'intervento al convegno organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura, tenutosi a Milano il 23 maggio 2011.
- DANOVI F., *Esigenze istruttorie e tutela della privacy nei processi di separazione e divorzio*, in *Rivista AIAF*, 2012/1, 30 ss.
- DANOVI F., *Il processo di separazione e divorzio*, Milano, 2015.
- DANOVI R., *La testimonianza dell'avvocato nel processo*, in *Foro it.*, 1997, I, 955 ss.
- D'ASCOLA P., *L'inquietudine della Cassazione sulle preclusioni istruttorie*, in *Corr. giur.*, 2003, 443 ss.
- D'AYALA VALVA F., *Acquisizione di prove illecite. Un caso pratico: la lista Falciani*, in *Riv. dir. trib.*, 2011, II, 402 ss.
- DEL CONTE M., *Internet, posta elettronica e oltre: il Garante della privacy rimodula i poteri del datore di lavoro*, in *Dir. informaz.*, 2007, 497 ss.

- DELLA PIETRA L., *L'interrogatorio della parte: interrogatorio libero e interrogatorio formale*, in *Giur. merito*, 2002, 1107 ss.
- DELLA VEDOVA P., *Commento agli artt. 244-257-bis*, in *Commentario del codice di procedura civile*, in L.P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA (diretto da), III, 1, Torino, 2012.
- DEL GROSSO P., *Del giuramento sopra un fatto illecito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, 1195 ss.
- DEL NINNO A., *La riforma dell'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori e i controlli a distanza alla luce delle nuove disposizioni di attuazione del Jobs Act: quali rischi per la privacy dei lavoratori*, in www.dirittoegiustizia.it.
- DE MARINI C.M., voce *Ammissione (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958.
- DE MATTEIS L., *La Corte di Strasburgo in materia di liceità nell'acquisizione della prova*, in www.europeanrights.eu.
- DENTI V., *Interrogatorio formale di parte non legittimata a confessare*, in *Giur. it.*, 1960, I, 2, 863 ss.
- DENTI V., voce *Nullità degli atti processuali civili*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1965.
- DENTI V., *Perizie, nullità processuali e contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, 395 ss.

- DENTI V., *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, 414 ss.
- DENTI V., voce *Negozi processuale*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978.
- DENTI V., *Dall'azione al giudicato*, Padova, 1983.
- DENTI V., voce *Prova documentale (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988.
- DENTI V., voce *Invalidità (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, Agg., I, 1997.
- DE SANTIS F., *La rimessione in termini del processo civile*, Torino, 1997.
- DE STEFANO F., *L'istruzione della causa nel processo civile*, Padova, 1999.
- DE STEFANO F., *Gli strumenti di prova e la nuova testimonianza scritta (art. 257-bis cod. proc. civ.)*, Milano, 2009.
- DE STEFANO G., voce *Onere (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980.
- DE TILLA M., *Il consulente tecnico nell'elaborazione giurisprudenziale*, in *Giust. civ.*, 1993, II, 61.
- DE VITA F., *L'“ingiustizia” del giuramento suppletorio: nuove prospettive di incostituzionalità*

dell'istituto alla luce del riformato art. 111 della Costituzione, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 208 ss.

- DINACCI F.R., *L'inutilizzabilità nel processo penale*, Milano, 2008.
- DINACCI F.R., *Inutilizzabilità ex artt. 191 e 240 c.p.p. – La lista Falciani tra inutilizzabilità e bulimia conoscitiva*, in *Giur. it.*, 2015, 2502 ss.
- DITTRICH L., *I limiti soggettivi della prova testimoniale*, Milano, 2000.
- DITTRICH L., *La Corte Costituzionale salva nuovamente l'incapacità a testimoniare delle parti attuali e di quelle "potenziali"*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 433 ss.
- DITTRICH L., *La ricerca della verità nel processo civile: profili evolutivi in tema di prova testimoniale, consulenza tecnica e fatto notorio*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 112 ss.
- DOMINIONI O., *Il corpo del diritto delle prove. Disposizioni generali*, in AA.VV., *Procedura penale*, Torino, 2014.
- DONDI A., *L'evoluzione della «hearsay rule» nel processo civile americano*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, 97 ss.
- DONDI A., voce *Prova testimoniale nel processo civile*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XVI, Torino, 1997.

- ERBOLI T., *Legittimità dei controlli difensivi e regime di utilizzabilità delle prove*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 139 ss.
- FABIANI E., *Rilievo d'ufficio di "questioni" da parte del giudice, obbligo di sollevare il contraddittorio delle parti e nullità della sentenza*, in *Foro it.*, 2006, I, 3177 ss.
- FABIANI E., *I poteri istruttori del giudice civile I. Contributo al chiarimento del dibattito*, Napoli, 2008.
- FABIANI M., *Preclusioni istruttorie e onere della prova nelle consulenze tecniche in tema di revocatoria fallimentare*, in *Giur. it.*, 2003, 265 ss.
- FABIANI M., *Commento all'art. 208*, in C. CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile*, I, Milano, 2013.
- FABBRINI G., voce *Litisconsorzio*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974.
- FAZZALARI E., *Il giudizio civile in cassazione*, Milano, 1960.
- FAZZALARI E., *I poteri del giudice nel processo del lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 586 ss.
- FAZZALARI E., *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, 1996.

- FERRANTE V., *Controllo sui lavoratori, difesa della loro dignità e potere disciplinare, a quarant'anni dallo statuto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, 1 ss.
- FERRARI F., *La «prova migliore». Una ricerca di diritto comparato*, Milano, 2004.
- FERRARI F., *Commento all'art. 118*, in L.P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, II, Torino, 2012.
- FERRARI F., *Commento all'art. 292 c.p.c.*, in L.P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, III, 2, Torino, 2012.
- FERRARI F., *La sanzione dell'inutilizzabilità nel codice della privacy e nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 348 ss.
- FERRARIS F., *Note sulla possibilità di «apprezzamenti personali» all'interno di una dichiarazione testimoniale*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 559 ss.
- FERRER BELTRAN J., *La valutazione razionale della prova*, trad. it., Milano, 2012.
- FERRI C., *Struttura del processo e modificazione della domanda*, Padova, 1975.
- FERRI C., *Sull'effettività del contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 784 ss.

- FERRI C., voce *Interrogatorio I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XVII, Roma, 1989.
- FERRUA P., *La prova nel processo penale*, Milano, 2015.
- FICCARELLI B., *Esibizione di documenti e discovery*, Torino, 2004.
- FILIPPI L., *L'intercettazione di comunicazioni*, Milano, 1997.
- FILIPPI L., *L'home watching: documento, prova atipica o prova incostituzionale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 87 ss.
- FINOCCHIARO A., voce *Ispezione (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972.
- FINOCCHIARO G., *L'efficacia probatoria di fatti risultanti dall'atto pubblico, ma non costituenti prova legale*, in *Danno resp.*, 2005, 283 ss.
- FINOCCHIARO G., *Sul regime giuridico delle scritture provenienti da terzi*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 968 ss.
- FINUCCI F., *Ancora sulla legittimità dei controlli a distanza ex art. 4 della legge n. 300/1970 diretti a verificare condotte dei dipendenti lesive di beni estranei al rapporto di lavoro*, in *Giur. it.*, 2013, 402 ss.

- FURNACIARI M., *L'attività istruttoria nel rito civile ordinario: poteri delle parti e poteri del giudice*, in *Giur. it.*, 1999, 441 ss.
- FURNACIARI M., *La ricostruzione del fatto nel processo. Soliloqui sulla prova*, Milano, 2005.
- FURNACIARI M., *Questioni controverse in tema di prova testimoniale*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 1100 ss.
- FURNACIARI M., *A proposito di prova testimoniale "valutativa"*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 1004 ss.
- FRANCHI G., *La perizia civile*, Padova, 1959.
- FRASSINETTI A., *Rappresentanza processuale del genitore e capacità confessoria*, in *Fam. dir.*, 2007, 49 ss.
- FRASSINETTI A., *La notificazione nel processo civile*, Milano, 2012.
- FURNO C., *Irretrattabilità del giuramento*, in *Riv. dir. proc.*, 1948, I, 172 ss.
- FURNO C., *Intorno al regime dell'ordinanza ammissiva del giuramento suppletorio*, in *Giur. it.*, 1949, I, 1, 608 ss.
- FURNO C., *Nullità e rinnovazione degli atti processuali*, in *Studi in onore di E. Redenti*, I, Milano, 1951, 403 ss.

- FURNO C., voce *Confessione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur.*, VIII, Milano, 1961.
- GALANTINI N., *Inutilizzabilità della prova e diritto vivente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 64 ss.
- GALARDI R., *Il controllo sugli accessi ad internet al vaglio della Cassazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, 564 ss.
- GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, IV, Padova, 2004.
- GALLUCCI E., *Giusta causa della rilevazione del contenuto della corrispondenza del coniuge in un giudizio civile di separazione*, in *Cass. pen.*, 1998, 1380 ss.
- GAMBA C., *L'integrazione dell'art. 101 c.p.c., il contraddittorio sulle questioni rilevate d'ufficio e la «scommessa aperta» dell'ordinamento processuale*, in M. TARUFFO (diretto da), *Il processo civile riformato*, Bologna, 2010, 65 ss.
- GAMBA C., *I giuramenti*, in M. TARUFFO (a cura di), *La prova nel processo civile*, Milano, 2012, 435 ss.
- GAMBA C., *Commento agli artt. 233-243*, in M. TARUFFO, *Istruzione probatoria*, in S. CHIARLONI, *Commentario del codice di procedura civile*, Bologna, 2014.
- GAMBA C., *La consulenza tecnica nel processo civile tra principio del contraddittorio e regole*

processuali. Problemi applicativi, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, 15 ss.

- GAMBÀ C., *Il controllo a distanza delle attività dei lavoratori e l'utilizzabilità delle prove*, in *Labour & Law Issues*, 2016, 122 ss.
- GARBAGNATI E., *Assunzione di una nuova prova da parte di un giudice delegato dal collegio, in violazione dell'art. 437, 3° comma, c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 1987, 696.
- GIANA S., *Commento agli artt. 228-243*, in L.P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, III, 1, Torino, 2012.
- GIUBINO S., *La prova testimoniale nel processo civile*, Napoli 1970.
- GIORDANO R., *Commento all'art. 156*, in P. CENDON (diretto da), *Commentario al codice di procedura civile. Artt. 75-162*, Milano, 2012.
- GIOVANARDI C.A., *Sullo scopo dell'atto processuale, in relazione alla disciplina della nullità*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, 280 ss.
- GIUDICEANDREA A., voce *Consulente tecnico (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961.
- GRASSELLI G., *L'istruzione probatoria nel processo civile*, Padova, 1997.

- GRASSI P., *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972.
- GRASSI P., voce *Inviolabilità dei diritti*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972.
- GRASSI P., *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*, Padova, 2008.
- GRASSO E., *La regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e la nullità da “ultra” ed “extra” petizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, 387 ss.
- GRASSO E., *Dei poteri del giudice (art. 118)*, in E. ALLORIO (diretto da), *Commentario al codice di procedura civile*, I, 2, Torino, 1973.
- GRAZIOSI A., *Riflessioni sull’ordine di esibizione nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 1363 ss.
- GRAZIOSI A., *L’esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, Milano, 2003.
- GRAZIOSI A., *Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 693 ss.
- GRAZIOSI C., *Il giudice davanti alla consulenza come prova scientifica: peritus peritorum o servus peritorum?*, in *Resp. civ.*, 2005, 316 ss.

- GRIFANTINI F.M., *L'incompatibilità a testimoniare del difensore nel nuovo sistema processuale penale*, in *Giur. it.*, 1992, II, 756 ss.
- GRIFANTINI F.M., voce *Inutilizzabilità*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993.
- GUARNIERI G., *Principio di autosufficienza, licenziamento e (blandi) limiti soggettivi alla prova per testi*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1216 ss.
- GUZZETTA G.-MARINI F.S., *Lineamenti di diritto pubblico italiano ed europeo*, Torino, 2014.
- IAQUINTA F.-INGRAO A., *La privacy e i dati sensibili del lavoratore legati all'utilizzo di social networks. Quando prevenire è meglio che curare*, in *Dir. rel. ind.*, 2014, 1027 ss.
- ILLUMINATI G., *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 522 ss.
- KOSTORIS S., *L'esercizio arbitrario delle proprie ragioni*, Napoli, 1965.
- LA CHINA S., *L'esibizione delle prove nel processo civile*, Milano, 1960.
- LA CHINA S., voce *Esibizione delle prove*, in *Enc. giur. Treccani*, XIII, Roma, 1989.
- LA CHINA S., *Diritto processuale civile. Le disposizioni generali*, Milano, 1991.

- LAMBERTUCCI P., *Potere di controllo del datore di lavoro e tutela della riservatezza del lavoratore: i controlli a «distanza» tra attualità della disciplina statutaria, promozione della contrattazione di prossimità e legge delega del 2014 (c.d. Jobs act)*, in *CSDLE*, n. 255/2015.

- LANCELOTTI N., *Sull'utilizzabilità, in sede tributaria, di elementi di prova illegittimamente acquisiti all'estero*, in *Dir. prat. trib. intern.*, 2015, 471 ss.

- LARIZZA S., *La «giusta causa» quale limite alla libertà e segretezza della corrispondenza*, in *Cass. pen.*, 2006, 2361 ss.

- LASERRA G., *Osservazioni sul capitolato testimoniale*, in *Giur. it.*, 1959, I, 1, 46 ss.

- LASERRA G., voce *Interrogatorio (Diritto processuale civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, VIII, Torino, 1962.

- LASERRA G., voce *Istruzione (Diritto processuale civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, IX, 1963.

- LAUDISA L., *Il ritiro della dichiarazione di verità*, Padova, 1978.

- LAUDISA L., voce *Prova testimoniale I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma, 1991.

- LEANZA P., *Le prove civili*, Torino, 2012.

- LESSONA C., voce *Confessione (materia civile)*, in *Dig. it.*, VIII, 1, Torino, 1896.
- LESSONA C., *Teoria delle prove nel diritto giudiziario civile italiano*, IV, Firenze, 1904.
- LEUZZI S., *I mezzi di prova nel processo civile*, Milano, 2013.
- LEVI A., *Il controllo informatico sull'attività del lavoratore*, Torino, 2013.
- LEVONI A., *Le disposizioni di attuazione del codice di procedura civile*, Milano, 1992.
- LIEBMAN E.T., *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962.
- LIEBMAN E.T., *Manuale di diritto processuale civile*, II, Milano, 1981.
- LIEBMAN E.T., *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, agg. a cura di V. COLESANTI ed E. MERLIN, Milano, 2012.
- LOMBARDO L., *La prova giudiziale. Contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*, Milano, 1999.
- LOMBARDO L., *Prova scientifica e osservanza del contraddittorio nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 1083 ss.

- LOMBARDO L., *Profili delle prove civili atipiche*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 1447 ss.
- LOMBARDO L., *Il sindacato di legittimità della corte di cassazione*, Torino, 2015.
- LOZZI G., *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2014.
- LUGO A., *Manuale di diritto processuale civile*, a cura di C. DE ANGELIS, Milano, 2012.
- LUISA M., *È davvero incontenibile la forza espansiva dell'art. 4 dello statuto dei lavoratori?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, 718 ss.
- LUISSO F.P., voce *Richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989.
- LUISSO F.P., *Questione rilevata di ufficio e contraddittorio: una sentenza «rivoluzionaria»?*, in *Giust. civ.*, 2002, I, 1612 ss.
- LUISSO F.P., *Diritto processuale civile, I, Principi generali*, Milano, 2015.
- LUISSO F.P., *Diritto processuale civile, II, Il processo di cognizione*, Milano, 2015.
- LUPOI M.A., *Art. 2731 cod. civ. e controversia in materia di trust: al trustee non far confessare...*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2009, 395 ss.

- MAFFUCCINI M., *Questioni aperte sulle preclusioni istruttorie*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 543 ss.
- MAINARDIS C., *L'inutilizzabilità processuale delle prove incostituzionali*, in *Quad. cost.*, 2000, 371 ss.
- MANDRIOLI C., *La rappresentanza nel processo civile*, Torino, 1959.
- MANDRIOLI C., *In tema di vizi c.d. «non formali» degli atti processuali civili*, in *Jus*, 1966, 320 ss.
- MANDRIOLI C., *Sulla nozione di «irregolarità» nel processo civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, 509 ss.
- MANDRIOLI C., *Sulla sanabilità della inosservanza di forme prescritte a pena di preclusione e decadenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 447 ss.
- MANDRIOLI C.-CARRATTA A., *Diritto processuale civile, I, Nozioni introduttive e disposizioni generali*, Torino, 2015.
- MANDRIOLI C.-CARRATTA A., *Diritto processuale civile, II, Il processo ordinario di cognizione*, Torino, 2015.
- MARCHESELLI A., *«Lista Falciani»: le prove illecite sono utilizzabili nell'accertamento tributario?*, in *Corr. trib.*, 2011, 3910 ss.
- MARCHETTI C., *Ammissibilità dell'interrogatorio formale della parte in funzione liberamente probatoria*, in *Giur. it.*, 1962, I, 2, 541 ss.

- MARCHINI I., *Sottrazione di corrispondenza dell'altro coniuge e violazione della privacy*, in *Fam. dir.*, 2012, 599 ss.
- MARELLI F., *La conservazione degli atti invalidi nel processo civile*, Padova, 2000.
- MARENCO R., voce *Verbale (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993.
- MARINELLI M., *In tema di revoca della confessione ai sensi dell'art. 2732 c.c.*, in *Corr. giur.*, 2009, 1673 ss.
- MARTINETTO G., *Della nullità degli atti processuali*, in E. ALLORIO (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, I, 2, Torino, 1973, 1576 ss.
- MASSARI A., voce *Assunzione dei mezzi di prova*, in *Noviss. Dig. it.*, I, Torino, 1957.
- MASSARI A., voce *Esibizione delle prove*, in *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino, 1960.
- MASSARI A., voce *Ispezione giudiziale*, in *Noviss. Dig. it.*, IX, Torino, 1963.
- MASSARI A., voce *Processo verbale*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966.
- MASTELLONE P., *Tutela del contribuente nei confronti delle prove illecitamente acquisite all'estero*, in *Dir. prat. trib.*, 2013, 791 ss.

- MAZZARELLA F., *Note in margine alla questione di costituzionalità del giuramento d'ufficio*, in *Giur. it.*, 1972, I, 1, 490 ss.
- MENCHINI S., *Il processo litisconsortile. Struttura e poteri delle parti*, I, Milano, 1993.
- MENCHINI S., *Autoresponsabilità e principio di preclusione*, testo della relazione tenuta al XIX Convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile tenutosi a Genova, il 20-21 settembre 2013.
- MENCHINI S., *Principio di preclusione e autoresponsabilità processuale*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, 979 ss.
- MENGONI E., *Rivelazione in giudizio di corrispondenza altrui e giusta causa: la condotta è scriminata solo se inevitabile*, in *Cass. pen.*, 2012, 460 ss.
- MESSINA G., *Contributo alla dottrina della confessione*, in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1948, 1 ss.
- MICHELI G.A., *Corso di diritto processuale civile*, II, Milano, 1960.
- MINERVINI A., *I controlli sul lavoratore e la tutela dell'azienda*, in *Lav. giur.*, 2014, 314 ss.

- MINOLI E., *L'acquiescenza nel processo civile*, Milano, 1942.
- MISCIONE M., *I controlli intenzionali, preterintenzionali e difensivi sui lavoratori in contenzioso continuo*, in *Lav. giur.*, 2013, 761 ss.
- MOLINARI F.M., *Invalidità del decreto di perquisizione ed illegittimità del sequestro*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1130 ss.
- MONTANARI M., *Spunti critici in tema di giurisprudenza sui divieti legali di prova testimoniale*, in *www.unicatt.it*.
- MONTANARI M., *Tutela del contraddittorio in sede di consulenza tecnica e comunicazione d'inizio attività del perito*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, 679 ss.
- MONTANARI M., *Commento agli artt. 118, 228-266*, in C. CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile*, I, Milano, 2013.
- MONTANARI M., *Commento all'art. 2725*, in G. BONILINI, A. CHIZZINI (a cura di), *Della tutela dei diritti*, I, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile*, Torino, 2015.
- MONTANARI M., *Commento agli artt. 2736-2739*, in G. BONILINI, A. CHIZZINI (a cura di), *Della tutela dei diritti*, I, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile*, Torino, 2015.

- MONTELEONE G., *Diritto processuale civile*, Padova, 2000.
- MONTELEONE G., *Preclusione e giusto processo: due concetti incompatibili*, in *Giusto proc. civ.*, 2007, 31 ss.
- MONTELEONE G., *Manuale di diritto processuale civile*, I, Padova, 2012.
- MONTELEONE G., *Manuale di diritto processuale civile*, I, *Disposizioni generali. I processi di cognizione di primo grado. Le impugnazioni*, Padova, 2015.
- MONTESANO L., *Note sulla natura giuridica della confessione*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1948, III, 155 ss.
- MONTESANO L., *Sull'“animus confitendi” e sulla “teoria oggettiva” della confessione*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, II, 12 ss.
- MONTESANO L., *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, 196 ss.
- MONTESANO L., *Le “prove atipiche” nelle “presunzioni” e negli “argomenti” del giudice civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 233 ss.
- MONTESANO L., *Limiti dell'efficacia probatoria nel processo civile dei verbali ispettivi redatti da funzionari del ministero dell'industria nell'esercizio*

dei compiti di vigilanza sull'attività assicurativa, in *Giur. it.*, 1986, IV, 385 ss.

- MONTESANO L., *Questioni attuali su formalismo, antiformalismo e garantismo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, 1 ss.
- MONTESANO L., *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di «terza via»*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 929 ss.
- MONTESANO L., *Manuale di diritto processuale civile*, I, Padova, 2012.
- MONTESANO L.-ARIETA G., *Trattato di diritto processuale civile*, I, 1, Padova, 2001.
- MONTESANO L.-ARIETA G., *Trattato di diritto processuale civile*, I, 2, Padova, 2001.
- MORTARA L., *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, III, Milano, 1923.
- NATALI P.J., *Datore di lavoro e profilo falso su Facebook per controllare i dipendenti*, in *Dir. & Prat. Lav.*, 2015, 2597 ss.
- NICOLETTI C.A., *Il giuramento della parte nell'attualità del processo civile*, Rimini, 1982.
- OLIVELLI F., *Lo “stratagemma” di facebook come controllo difensivo occulto: provocazione o tutela del patrimonio aziendale?*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 1307 ss.

- OLIVIERI G., *La rimessione al primo giudice nell'appello civile*, Napoli, 1999.
- ONDEI E., *Utilizzazione di prove acquisite con mezzi illeciti*, in *Foro pad.*, 1972, I, 424 ss.
- ORIANI R., voce *Atti processuali I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988.
- ORIANI R., voce *Nullità degli atti processuali I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990.
- PACE A., *Commento all'art. 15*, in G. AMATO, A. PACE, F. FINOCCHIARO, *Rapporti civili*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1977.
- PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale. Introduzione allo studio dei diritti costituzionali*, Padova, 2005.
- PANUCCIO V., *La confessione stragiudiziale*, Milano, 1960.
- PANZAROLA A., *Sulla rimessioni in termini ex art. 153 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1636 ss.
- PANZAROLA A., *Le sezioni unite riducono al «minimo costituzionale» il sindacato di legittimità sulla motivazione della sentenza civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 179 ss.

- PASQUARELLI F.G., *Grande fratello sul luogo di lavoro: il contrasto fra sezione penale e sezione civile della Corte di Cassazione*, in www.questionegiustizia.it.
- PASSANANTE L., *Commento all'art. 208*, in M. TARUFFO (a cura di), *Istruzione probatoria*, Bologna, 2014.
- PASSERINI S., *Ancora sul controllo in incognito della prestazione lavorativa*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, 873 ss.
- PATTI S., *Prove*, in G. DE NOVA (a cura di), *Commentario del codice civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna, 2015.
- PÉREZ CEBADERA M.A., *La prueba ilícita en el proceso civil*, in www.elderecho.com.
- PICARDI N., *Irretroattività degli effetti dell'ipotesi di rinnovazione dell'atto processuale nullo*, in *Giur. it.*, 1961, I, 1, 389 ss.
- PICARDI N., *Manuale del processo civile*, Milano, 2013.
- PICÓ I JUNOY J., *La prueba ilícita en el proceso civil español*, in www.temasatuaisdeprocessocivil.com.
- PIFFER G., *I delitti contro l'attività giudiziaria*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (diretto da), *Trattato di*

diritto penale. Parte speciale, IV, I delitti contro l'amministrazione della giustizia, Padova, 2001.

- PINORI A., *Privacy e processo civile. I limiti di utilizzabilità nel giudizio civile di prove illecite: il difficile bilanciamento tra diritto alla protezione dei dati personali e il diritto alla difesa*, in *Contr. impresa*, 2014, 51 ss.
- PIOVANO C., *Sull'utilizzabilità dei documenti illecitamente ottenuti*, in *Giur. it.*, 2014, 2481 ss.
- PISELLI S., *Videosorveglianza e privacy dei lavoratori*, in *Dir. prat. lav.*, 2014, 263 ss.
- POLI G.G., *Sulle (nuove forme di) nullità degli atti ai tempi del processo telematico*, *Giur. it.*, 2015, 368 ss.
- POLI R., *Sulla sanabilità dei vizi degli atti processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 472 ss.
- POLI R., *Sulla sanabilità della inosservanza di forme prescritte a pena di preclusione e decadenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 470 ss.
- POLI R., *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, Torino, 2012.
- POLI R., *Commento agli artt. 156-162*, in C. CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile*, Milano, 2013.
- POLI R., *L'invalidità degli atti processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 353 ss.

- POLLIANI P., *Il controllo a distanza nell'era del "Jobs Act"*, in *Cooperative e Enti non profit*, 2016, n. 5, 44 ss.
- PORCARO G., *Profili ricostruttivi del fenomeno della (in)utilizzabilità degli elementi probatori illegittimamente raccolti. La rilevanza anche tributaria delle (sole) prove «incostituzionali»*, in *Dir. prat. trib.*, 2005, I, 15 ss.
- PORCELLI F., *Sul vizio di «omesso esame circa un fatto decisivo»*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 1594 ss.
- PROTETTÌ E.-PROTETTÌ M.T., *La consulenza tecnica nel processo civile*, Milano, 1994.
- PROTO PISANI A., *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991.
- PROTO PISANI A., *Violazione di norme processuali e sanatoria ex nunc o ex tunc e rimessione in termini*, in *Foro it.*, 1992, I, 1719 ss.
- PROTO PISANI A., *Appunti sulle prove civili*, in *Foro it.*, 1994, V, 74 ss.
- PROTO PISANI A., *Note sulle sanatorie retroattive nel processo civile*, in *Foro it.*, 2011, V, 313 ss.
- PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2014.

- PROVINCIALI R., voce *Giuramento I) Diritto processuale civile*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970.
- PUNZI C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, I, *I soggetti e gli atti*, Torino, 2010.
- PUNZI C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, II, *La fase di cognizione nella tutela dei diritti*, Torino, 2010.
- RAGGI N., *Lista Falciani: la Cassazione le ha messo le ali?*, in *GT – Riv. giur. trib.*, 2015, 564 ss.
- RANIERI E., *L'incompatibilità a testimoniare del difensore*, in M. FERRAIOLI (a cura di), *Il ruolo del difensore nel processo penale*, Milano, 2002, 101 ss.
- RAUSEI P., *La nuova disciplina dei controlli a distanza fra luci e ombre*, in *Dir. & prat. lav.*, 2015, 2149 ss.
- REALI G., *L'interrogatorio delle parti nel processo civile*, Bari, 2009.
- REALI G., *L'istruzione probatoria nel processo ordinario e in quello del lavoro*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, 401 ss.
- REALI G., *Il cumulo delle funzioni di difensore e di testimone nel processo civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, 455 ss.
- REDENTI E., voce *Atti processuali civili*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959.

- REDENTI E.-VELLANI M., *Diritto processuale civile*, Milano, 2011.
- REGINA A., *L'esercizio arbitrario delle proprie ragioni*, Padova, 1979.
- RENZI A., *Verbale di giuramento decisorio e rifiuto di sottoscriverlo da parte del giurante: un apparente dilemma interpretativo?*, in *Giust. civ.*, 2001, 3096 ss.
- RESTA G., *Privacy e processo civile: il problema della litigation «anonima»*, in *Dir. inf.*, 2005, 681 ss.
- RICCI A., *Il controllo informatico a distanza sul lavoratore fra giurisprudenza e Jobs Act. La web-sorveglianza nella modernità liquida*, in *Studium Iuris*, 2016, 306 ss.
- RICCI E.F., *Legittimazione alla testimonianza e legittimazione all'intervento*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 323 ss.
- RICCI E.F., *Il principio dispositivo come problema di diritto vigente*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 383 ss.
- RICCI E.F., *La sentenza «della terza via» e il contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 750 ss.
- RICCI E.F., *Ancora novità (non tutte importanti, non tutte pregevoli) sul processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 1361 ss.

- RICCI E.F., *Sull'autosufficienza del ricorso per cassazione: il deposito dei fascicoli come esercizio ginnico e l'avvocato cassazionista come amanuense*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 736.
- RICCI G.F., *Le prove illecite nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 34 ss.
- RICCI G.F., *Prove e argomenti di prova*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 1043 ss.
- RICCI G.F., *Le prove atipiche*, Milano, 1999.
- RICCI G.F., *Atipicità della prova, processo ordinario e rito camerale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 409 ss.
- RICCI G.F., *La riforma del processo civile. Legge 18 giugno 2009 n. 69*, Torino, 2009.
- RICCI G.F., *Il giudizio civile di cassazione*, Torino, 2013.
- RICCI G.F., *Diritto processuale civile, I, Disposizioni generali*, Torino, 2013.
- RICCI G.F., *Diritto processuale civile, II, Il processo di cognizione e le impugnazioni*, Torino, 2013.
- RICCI G.F., *Questioni controverse in tema di onere della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 321 ss.

- RONCO A., *Riflessioni sulla disciplina processuale e sull'efficacia probatoria delle scritture provenienti da terzi*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, II, 545 ss.
- RONCO A., *Testimonianza e documento unilaterale tra regole ed eccezioni*, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 235 ss.
- ROSSETTI M., *Il C.T.U. («l'occhiale del giudice»)*, Milano, 2012.
- ROTA F., *I documenti*, in M. TARUFFO (a cura di), *La prova nel processo civile*, Milano, 2012, 575 ss.
- RUFFINI G., “*Argomenti di prova*” e “*fondamento della decisione*” del giudice civile, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 1329 ss.
- RUFFINI G., *Produzione ed esibizione dei documenti*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 433 ss.
- RUOSI W.M., *Commento agli artt. 156-162*, in L.P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, II, Torino, 2012.
- RUSCIANO S., *Il contenuto del ricorso per cassazione dopo il d.leg. 40/2006 – La formulazione dei motivi: il principio di autosufficienza*, in *Corr. giur.*, 2007, 279 ss.
- RUSSO M., *Note sull'obbligo del giudice di motivare le ragioni che lo hanno indotto ad aderire alle*

conclusioni del consulente tecnico d'ufficio, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, 993 ss.

- RUSSO M., *Animus confitendi e prudente apprezzamento della dichiarazione confessoria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 997 ss.
- SALAZAR P., *Facebook e rapporto di lavoro: a che punto siamo*, in *Lav. giur.*, 2016, 201 ss.
- SALETTI A., *La dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 247 cod. proc. civ.: prospettive e problemi*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, 99 ss.
- SALVANESCHI L., *L'interesse ad impugnare*, Milano, 1990.
- SANTANGELI F., *Il principio di autosufficienza del ricorso per cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 607 ss.
- SANTONI F., *La privacy nel rapporto di lavoro: dal diritto alla riservatezza alla tutela dei dati personali*, in P. TULLINI (a cura di), *Tecnologie della comunicazione e riservatezza nel rapporto di lavoro*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, LVIII, Padova, 2010, 25 ss.
- SANTONI F., *Controlli difensivi e tutela della privacy dei lavoratori*, in *Giur. it.*, 2016, 145 ss.
- SASSANI B., *Lineamenti del processo civile italiano*, Milano, 2013.

- SATTA S., *Commentario al codice di procedura civile*, II, 1, Milano, 1959.
- SATTA S.-PUNZI C., *Diritto processuale civile*, Padova, 2000.
- SCAFATI I., *Lista Falciani: l'interesse fiscale prevale sul diritto alla riservatezza del contribuente?*, in *Il fisco*, 2015, 1515 ss.
- SCALAMOGNA M., *L'efficacia probatoria degli argomenti di prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1161 ss.
- SCARDACCIONE A., *Confessione, giuramento decisorio e litisconsorzio necessario*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, 144 ss.
- SCELLA A., voce *Inutilizzabilità della prova (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir., Annali*, II, 1, Milano, 2008.
- SEGATTI M., *La confessione*, in M. TARUFFO (a cura di), *La prova nel processo civile*, Milano, 2012, 523 ss.
- SEGATTI M., *Commento agli artt. 228-232*, in M. TARUFFO (a cura di), *Istruzione probatoria*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, Bologna, 2014.
- SILVESTRI E., voce *Confessione nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv.*, III, Torino, 1988.

- SIRACUSANO D.-GALATI A.-TRANCHINA G.-ZAPPALÀ E., *Diritto processuale penale*, I, Milano, 2011.
- SPANGHER G., «*E pur si muove*»: *dal male captum bene retentum alle exclusionary rules*, in *Giur. cost.*, 2001, III, 2827 ss.
- SPINELLI G., *La legittimità dei controlli datoriali cd. "difensivi": certezze apparenti in una categoria dubbia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, 113 ss.
- STELLA M., *Il legislatore processuale del 1940 tutela la privacy delle parti (senza saperlo?)*, in *Corr. giur.*, 2011, 946 ss.
- TAMIETTI A., *L'utilizzazione di prove assunte in violazione di un diritto garantito dalla Convenzione non viola l'equo processo: riflessioni sul ruolo della Corte europea e sulla natura del sindacato da essa operato in margine alla sentenza P.G. e J.H. contro Regno Unito*, in *Cass. pen.*, 2002, 1826 ss.
- TARUFFO M., *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970.
- TARUFFO M., *Rilevanza e specificità dei fatti nella deduzione della prova testimoniale*, in *Riv. dir. proc.*, 1970, 688 ss.
- TARUFFO M., *Prove atipiche e convincimento del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1973, 389 ss.

- TARUFFO M., *Certezze e probabilità nelle presunzioni*, in *Foro it.*, 1974, V, 107 ss.
- TARUFFO M., *Problemi e linee evolutive nel sistema delle prove civili in Italia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, 1560 ss.
- TARUFFO M., *Il diritto alla prova nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 74 ss.
- TARUFFO M., voce *Prova testimoniale (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988.
- TARUFFO M., *Le prove*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, 1086 ss.
- TARUFFO M., *Commento agli artt. 2721-2739*, in P. CENDON (diretto da), *Commentario al codice civile*, VI, Torino, 1991.
- TARUFFO M., *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano, 1992.
- TARUFFO M., voce *Interrogatorio*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., X, Torino, 1993.
- TARUFFO M., voce *Preclusioni (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, Agg., I, Milano, 1997.
- TARUFFO M., voce *Prova (in generale)*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XVI, Torino, 1997.
- TARUFFO M., *La prova scientifica nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 1108 ss.

- TARUFFO M., *La semplice verità. Il giudice e la ricostruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009.
- TARUFFO M., *Fatti e prove*, in ID. (a cura di), *La prova nel processo civile*, Milano, 2012, 3 ss.
- TARUFFO M., *L'istruzione probatoria*, in ID. (a cura di), *La prova nel processo civile*, Milano, 2012, 79 ss.
- TARUFFO M., *Le prove per induzione*, in ID., *La prova nel processo civile*, Milano, 2012, 1101 ss.
- TARZIA G., *Profili della sentenza civile impugnabile*, Milano, 1967.
- TARZIA G., *Il litisconsorzio facoltativo nel processo di primo grado*, Milano, 1972.
- TARZIA G., *Principi generali e processo di cognizione nel disegno di legge delega per il nuovo codice di procedura civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, 47 ss.
- TARZIA G., *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 654 ss.
- TARZIA G., *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 1 ss.
- TARZIA G.-DANOVI F., *Lineamenti del processo civile di cognizione*, Milano, 2014.

- TARZIA G. -DITTRICH L., *Manuale del processo del lavoro*, Milano, 2015.
- TEDOLDI A., *L'istruzione probatoria nell'appello civile*, Padova, 2000.
- TEDOLDI A., *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 76 ss.
- TESORIERE G., *Sulla illegittimità costituzionale del giuramento suppletorio*, in *Giur. merito*, 1972, 104 ss.
- TONINI P., *Manuale di procedura penale*, Milano, 2014.
- TONINI P.-CONTI C., *Il diritto delle prove penali*, Milano, 2012.
- TONOLLI N., *Il legale rappresentante di enti sarà teste ammissibile se lo esige il principio di parità delle armi*, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 153 ss.
- TRISORIO LIUZZI G., voce *Ispezione nel processo civile*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., X, Torino, 1993.
- TROCKER N., *Processo civile e Costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano*, Milano, 1974.
- TROJSI A., *Il diritto del lavoratore nella protezione dei dati personali*, Torino, 2013.

- TULLINI P., *Comunicazione elettronica, potere di controllo e tutela del lavoratore*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, I, 323 ss.
- TULLINI P., *Videosorveglianza a scopi difensivi e utilizzo delle prove di reato commesso dal dipendente*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, 86 ss.
- TURCHI A., *Legittimi gli accertamenti fiscali basati sulla lista Falciani*, in *Giur. it.*, 2015, 1614 ss.
- TURRONI D., *Il giuramento del testimone nel processo civile. Sopravvive?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, 767 ss.
- TURRONI D., *Produzione e acquisizione del documento nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 175 ss.
- UBERTIS G., voce *Prova (in generale)*, in *Dig. disc. pen.*, X, Torino, 1995.
- VACCARELLA R., voce *Interrogatorio delle parti*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972.
- VACCARELLA R., *Inattività della parti ed estinzione del processo di cognizione*, Napoli, 1975.
- VACCARELLA R., *Lezioni sul processo civile di cognizione. Il giudizio di primo grado e le impugnazioni*, Bologna, 2006.
- VALERINI F., *Smascherata dalla telecamera nascosta installata dal datore di lavoro: legittima la condanna*

penale della cassiera infedele, in *Dir. & giust.*, 2010, 316 ss.

- VALLAURI M.L., *È davvero incontenibile la forza espansiva dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, 718 ss.
- VANZ M.C., *Querela di falso e prova della falsità: un'esatta distinzione tra rigore e formalismo*, in *Giur. it.*, 2001, 2030 ss.
- VANZ M.C., *La circolazione della prova nei processi civili*, Milano, 2008.
- VANZ M.C., *Utilizzabilità della consulenza tecnica acquisita in un processo penale*, in *Lav. giur.*, 2009, 600 ss.
- VANZETTI M., *L'irrisolto problema della disciplina processuale delle scritture provenienti da terzi estranei al giudizio e della loro eventuale efficacia probatoria*, in *Corr. giur.*, 2011, 201 ss.
- VELLANI M., voce *Consulenza tecnica nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., III, Torino, 1988.
- VERDE G., *Contro il giuramento suppletorio e contro una recente pronunzia della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1972, I, 2754 ss.
- VERDE G., *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie del lavoro*, in *Studi in onore di E.T. Liebman*, III, Milano, 1979, 2175 ss.

- VERDE G., voce *Prova in generale* b) *Teoria generale del diritto e diritto processuale civile*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988.
- VERDE G., *Prove nuove*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 35 ss.
- VERDE G., *Diritto processuale civile 1. Parte generale*, agg. a cura di F. AULETTA, G.P. CALIFANO, G. DELLA PIETRA, N. RASCIO, Bologna, 2015.
- VERDE G., *Diritto processuale civile 2. Processo di cognizione*, agg. a cura di F. AULETTA, G.P. CALIFANO, G. DELLA PIETRA, N. RASCIO, Bologna, 2015.
- VINCIGUERRA S., *Sull'utilizzo nell'accertamento tributario della lista di cittadini italiani titolari di depositi in banca estera trafugata dalla banca depositaria*, in *Dir. prat. trib.*, 2015, 1120 ss.
- VOLPINO D., *Produzione ed acquisizione di documenti nel processo civile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, 673 ss.
- VOLPINO D., *L'ispezione*, in M. TARUFFO (a cura di), *La prova nel processo civile*, Milano, 2012, 881 ss.
- VOLPINO D., *L'ispezione nel processo civile*, Padova, 2012.

- VOLPINO D., *L'acquisizione dei documenti*, in M. TARUFFO (a cura di), *La prova nel processo civile*, Milano, 2012, 777 ss.
- VOLPINO D., *Commento agli artt. 210-213*, in M. TARUFFO (a cura di), *Istruzione probatoria*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, Bologna, 2014.
- VOZZA A., *Valenza solo indiziaria della «lista Falciani» nel processo tributario*, in *Corr. trib.*, 2013, 885 ss.
- VULLO E., *Le Sezioni unite si pronunciano in tema di inammissibilità della domanda nuova, rilevabilità d'ufficio del vizio e accettazione del contraddittorio*, in *Giur. it.*, 1996, I, 1 ss.
- ZACCARIA G., *La professionalità del consulente: una scelta del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 699 ss.
- ZANZUCCHI M.T., *Diritto processuale civile*, II, Milano, 1962.
- ZAPPULLA A., *Le indagini per la formazione della notitia criminis: il caso della perquisizione seguita da sequestro*, in *Cass. pen.*, 1996, 1882 ss.

*Desidero esprimere un sincero ringraziamento al
Professor Filippo Danovi per il sostegno e l'aiuto che mi
ha offerto in questi anni.*