

*L'attività istruttoria
e l'assunzione delle prove*

Daniele Vecchi

Milano, 25 giugno 2019

L'onere della prova

Articolo 2697 cod. civ.

Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento

Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda.

Principio parzialmente attenuato dalla nuova versione dell'**art. 115 c.p.c.** –
Disponibilità delle prove:

*Salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero, **nonché i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita.***

Il giudice può tuttavia, senza bisogno di prova, porre a fondamento della decisione le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza.

I fatti non contestati

La tradizionale giurisprudenza riteneva che i fatti allegati potessero essere considerati pacifici, e quindi «acquisiti» senza la necessità di prova, solo in tre casi, e cioè allorquando la controparte:

1. li avesse esplicitamente ammessi;
2. avesse impostato la propria difesa su argomenti logicamente incompatibili con il disconoscimento degli stessi;
3. si fosse limitata a contestare esplicitamente e specificamente alcune circostanze, con ciò implicitamente riconoscendo le altre.

Mutando orientamento, Cass. Sez. Un. n. 761/2002, richiamata poi da Cass. Sez. Un. n. 11353/2004, anticipando la (ennesima) riforma, afferma invece l'esistenza di un generale onere di contestazione nel processo civile.

La contestazione è possibile fino al verificarsi delle preclusioni relative alla *mutatio libelli*. La contestazione non può avvenire in fase istruttoria (Cass. n. 12636/2005; Cass. nn. 1540/2007, 23638/2007, 25269/2007, 5191/2008, 7697/2008, 13078/2008, 27596/2008, 5356/2009, 22837/2010).

La non contestazione:

- se generica è inefficace e viene assimilata alla non contestazione (Cass. n. 8933/2009, Cass. n. 5356/2009, Cass. n. 18202/2008, Cass. n. 13079/2008, Cass. n. 12231/2007, Cass. n. 10182/2007).
- deve riguardare fatti storici, non già la ricostruzione giuridica degli stessi o l'applicazione di norme giuridiche, in relazione alle quali non maturano preclusioni processuali e comunque che spettano sempre al Giudice (Cass. n. 11108/2007) (ma attenzione all'onere di allegazione);
- è direttamente collegata alla completa esplicitazione dei dati fattuali ad opera della controparte, e non riguarda anche i fatti che, pur configurandosi come presupposti o elementi costitutivi del diritto, non sono esposti in modo specifico ed espresso (Cass. Sez. Un. n. 11353/2004);

La non contestazione è inapplicabile

- ai processi relativi a diritti indisponibili ed a quelli in cui interviene il PM, in ragione della loro non disponibilità;
- ai contratti per i quali è prescritta la forma scritta;
- ai processi contumaciali, perché la non contestazione deriva da un comportamento della parte costituita

Eccezione: inversione dell'onere della prova (art. 2698 cod. civ)

Le parti o la legge direttamente possono invertire - in tutto o in parte – l'onere della prova:

- Responsabilità del debitore (art. 1218 cod. civ.)
- Responsabilità per esercizio di attività pericolose (art. 2050 cod. civ.);
- Danno cagionato da cose in custodia (art. 2051 cod. civ.);
- Danno cagionato da animali (art. 2052 cod. civ.);
- Rovina di edificio (art. 2053 cod. civ.);
- Circolazione di veicoli (art. 2054 cod. civ.).

Principio della libera valutazione delle prove

Art. 116 c.p.c. co. 1:

Il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga altrimenti.

La valutazione delle prove è questione di diritto, sostanzialmente non ricorribile in Cassazione con la possibile limitata eccezione del n. 5 art. 360 c.c. («per omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione fra le parti»)

Eccezione: la prova legale, in cui è la legge a fissare i criteri di valutazione delle prove, ai quali il giudice deve attenersi (es. il giuramento)

L'attività istruttoria

Tramite l'attività istruttoria, su istanza delle parti o, dove possibile, d'ufficio, vengono acquisite in giudizio le prove necessarie a supportare la domanda o a contraddire alla stessa.

Le parti possono autonomamente introdurre – nel rispetto delle decadenze istruttorie – le prove cosiddette *precostituite* (i.e. prova documentale).

Le prove *costituende* (testimonianza, giuramento, confessione, ordine di esibizione - la CTU è una questione a parte) si formano nel processo a seguito del filtro del Giudice.

La procedura per l'ammissione delle prove

- All'udienza di prima comparizione, ex art. 183 c.p.c. il Giudice su richiesta delle parti, assegna termini per l'attività istruttoria:
 - un primo termine di 30 giorni per la precisazione o modificazione delle domande, delle eccezioni e delle conclusioni già proposte;
 - un secondo termine di 30 giorni per replicare alle domande ed eccezioni nuove o modificate dall'altra parte, per proporre le eccezioni che sono conseguenza delle domande ed eccezioni medesime e per l'indicazione dei mezzi di prova e produzioni documentali;
 - un terzo termine di 20 giorni per le sole indicazioni di prova contraria.
- Il primo termine costituisce – a tutti gli effetti – il termine finale per le allegazioni in fatto.
- Il Giudice poi provvede sulle richieste istruttorie con ordinanza fissando **l'udienza ex art. 184 c.p.c. per l'ammissione dei mezzi di prova.**

L'ammissione delle prova testimoniale

Il Giudice ammette le prove che sono ammissibili e rilevanti e può ridurre le liste sovrabbondanti. Controversa la questione della valutazione dell'attendibilità del teste in sede di ammissione.

E' onere delle parti intimare ai testi di comparire all'udienza, con un preavviso di almeno 7 giorni (art. 103 disp. att. c.p.c.). Se il testimone regolarmente intimato non si presenta senza giustificato motivo, il giudice istruttore può ordinare una nuova intimazione oppure disporre l'accompagnamento forzato e condannarlo ad una pena pecuniaria (art. 255 c.p.c.).

Valgono le disposizioni degli articoli 200, 201 e 202 del c.p.p. relative alla facoltà d'astensione dei testimoni.

Se il testimone si trova nell'impossibilità di presentarsi o ne è esentato dalla legge o dalle convenzioni internazionali, ovvero la prova debba essere assunta fuori dalla circoscrizione, il giudice può disporre la prova delegata.

L'espletamento della prova testimoniale

Non possono testimoniare i soggetti che hanno nella causa un interesse che potrebbe legittimare la loro partecipazione al giudizio (a maggior ragione non può partecipare la parte o il legale rappresentante) (art. 246 c.p.c.).

Il teste viene identificato, «presta giuramento», viene invitato a dichiarare se ha interessi nella causa o rapporti con le parti, poi viene interrogato **dal Giudice**. ***Le parti non possono interrogare direttamente i testi.***

Dell'assunzione della prova si redige processo verbale “*sotto la direzione del Giudice*”.

L'assunzione della prova “in contraddittorio” non è prevista dal codice.

Il rifiuto di deporre o la falsità nella testimonianza sono sanzionati penalmente (ma l'arresto in udienza è venuto meno).

Se il teste si riferisce, per la conoscenza dei fatti, ad altre persone, il Giudice può disporre **d'ufficio** che siano chiamate a deporre.

Una possibile rivoluzione....

L. 18.6.09, n. 69 introduce l'**Art. 257bis c.p.c. – Testimonianza scritta.**

Il giudice, su accordo delle parti, tenuto conto della natura della causa e di ogni altra circostanza, può disporre di assumere la deposizione chiedendo al testimone, anche nelle ipotesi di cui all'articolo 203 (prova delegata), di fornire, per iscritto e nel termine fissato, le risposte ai quesiti sui quali deve essere interrogato.

Il giudice, con il provvedimento di cui al primo comma, dispone che la parte che ha richiesto l'assunzione predisponga il modello di testimonianza in conformità agli articoli ammessi e lo faccia notificare al testimone.

Il testimone rende la deposizione compilando il modello di testimonianza in ogni sua parte, con risposta separata a ciascuno dei quesiti, e precisa quali sono quelli cui non è in grado di rispondere, indicandone la ragione.

.... Sostanzialmente mancata

Il testimone sottoscrive la deposizione apponendo la propria firma autenticata su ciascuna delle facciate del foglio di testimonianza, che spedisce in busta chiusa con plico raccomandato o consegna alla cancelleria del giudice.

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 deduzione dei capitoli di prova

Art. 244 c.p.c. - Modo di deduzione

“La prova per testimoni deve essere dedotta mediante indicazione specifica delle persone da interrogare e dei fatti, formulati in articoli separati, sui quali ciascuna di esse deve essere interrogata”.

La richiesta di prova testimoniale deve quindi avvenire in relazione a fatti circostanziati e specifici (capitoli), di regola già introdotti nel processo e in relazione ai quali il teste è chiamato a conferma. La formula normalmente utilizzata per redigere un capitolo di prova è la seguente:

“Vero che Lei il giorno 12 gennaio 2008, alle ore 10:30 circa, si trovava all’angolo tra via San Paolo e Corso Vittorio Emanuele di Milano”.

La formulazione tipicamente consente una risposta nei termini “sì”, “no”, “non lo so”. Eventuali chiarimenti possono essere forniti dal teste spontaneamente o su richiesta del Giudice ex art. 252 c.p.c.

La deduzione dei capitoli di prova (segue)

La giurisprudenza, decidendo sull'ammissibilità dei capitoli di prova, ha via via posto una serie di limitazioni nella formulazione degli stessi, così che la formulazione dei capitoli di prova risulta un passaggio fondamentale e delicato dell'attività istruttoria

In particolare i capitoli di norma **non devono essere:**

- **interrogativi:** diversamente dal sistema anglo-sassone, i capitoli devono contenere fatti da confermare e non domande esplorative. Sarebbe inammissibile un capitolo che lasciasse al teste la possibilità di una risposta "a tema libero". Tutt'al più il Giudice può, anche su istanza di parte, rivolgere le domande che ritiene utili a chiarire i fatti sui quali il teste è chiamato a testimoniare (c.d. domande a chiarimento)

La deduzione dei capitoli di prova (segue)

- **negativi:** le circostanze su cui verte la prova devono/dovrebbero essere espresse di norma in modo affermativo ed in ogni caso il capitolo non dovrebbe avere ad oggetto una circostanza “negativa”. Sarebbe pertanto (probabilmente) inammissibile (e certamente sconsigliato) il capitolo “*E’ vero che Tizio il giorno 12 gennaio 2008 **non** attraversava l’intersezione tra Via San Paolo e Corso Vittorio Emanuele di Milano*”.

Il teste non può categoricamente escludere un fatto, in quanto semplicemente potrebbe non aver visto Tizio perché ad es. distratto o perché la vista poteva essere ostacolata da mezzi e altri passeggeri che attraversavano l’incrocio nello stesso momento, etc....

La deduzione dei capitoli di prova (segue)

- **generici:** i capitoli non specifici non sono ammissibili e spesso neppure rilevanti, o al *contrario*
- **troppo complessi:** un capitolo: “*Vero che Tizio, il giorno 12 gennaio 2008, alle ore 10:30 circa, mentre attraversava l’intersezione tra Via San Paolo e Corso Vittorio Emanuele di Milano, incontrava Caio, al quale consegnava una lettera che quest’ultimo il giorno dopo, alle ore 12:30, recapitava a Sempronio in via Europa a Padova*” è certamente sconsigliato

E soprattutto

- **valutativi:** *la prove devono avere ad oggetto fatti e non opinioni o giudizi sui fatti*. Il capitolo “*Vero che Tizio, poteva frenare con facilità il proprio mezzo, in prossimità dell’intersezione*” non è ammissibile. I giudizi sono prerogativa del Giudice; qualora occorranza competenze tecniche, il Giudice le acquisisce tramite CTU. In Italia non esiste il *technical witness*.

Non fate affidamento sul salvataggio da parte del Giudice.

Gli ulteriori strumenti di prova

(in ordine di effettiva rilevanza)

- Consulenza Tecnica d'Ufficio (artt. 191 ss. c.p.c.);
- Ordine di esibizione (artt. 210-213 c.p.c.);
- Interrogatorio formale (artt. 228-232 c.p.c.);
- Confessione (artt. 228-232 c.p.c.);
- Giuramento (artt. 233-243 c.p.c.);
- Ispezioni, riproduzioni meccaniche ed esperimenti (artt. 258-260 c.p.c.);
- Rendimento dei conti (artt. 263-266 c.p.c.).

La Consulenza Tecnica d'Ufficio

Il CTU è un ausiliario del Giudice;

Viene nominato con ordinanza dal Giudice in tutti i casi in cui questi ritenga opportuno farsi assistere da persona di specifiche competenze tecniche, per il compimento di singoli atti o per l'intero processo;

Al termine delle indagini, il CTU esprime il proprio parere e deposita una relazione scritta;

E' assicurata la partecipazione delle parti mediante i propri CTP e il rispetto del principio del contraddittorio;

Il Giudice non è in alcun modo vincolato alle risultanze della CTU.

La Consulenza Tecnica d'Ufficio non è un mezzo di prova

Serve ad offrire al giudice l'ausilio di cognizioni tecniche che questi normalmente non possiede

*Cfr. da ultimo Cass. n. 4743/2007 (oltre a Cass. n. 3191/2006 e Cass. n. 7097/2005): La consulenza tecnica d'ufficio non può essere disposta al fine di esonerare la parte dal fornire la prova di quanto assume ed è, quindi, **legittimamente negata dal giudice, qualora la parte tenda con essa a supplire alla deficienza delle proprie allegazioni od offerte di prova, ovvero a compiere una indagine esplorativa alla ricerca di elementi, fatti o circostanze non provati. Essa, infatti, non è mezzo istruttorio in senso proprio e spetta al giudice del merito lo stabilire se essa è necessaria od opportuna, fermo restando l'onere probatorio delle parti, e la relativa valutazione, se adeguatamente motivata in relazione al punto di merito da decidere, non può essere sindacata in sede di legittimità. In particolare legittimamente non è disposta una indagine esplorativa sulla esistenza di circostanze il cui l'onere di allegazione è a carico delle parti.***

Come capita spesso, talvolta la realtà un po' diversa (consulente deducente v. consulente percepente) e **attività istruttoria delegata al CTU.**

L'ordine di esibizione ex art. 210 ss. c.p.c.

Su istanza di parte, il giudice ha il potere di ordinare alla parte o ad un terzo di esibire in giudizio un documento o altra cosa di cui ritenga necessaria l'acquisizione

Ciò deve avvenire senza arrecare grave danno alla parte o al terzo e senza costringere gli stessi a violare il segreto d'ufficio o professionale

In caso di rifiuto ad esibire, il giudice può trarre da tale rifiuto argomenti di prova

Ordine di esibizione *ex officio* nei confronti della P.A.

L'ordine di ispezione ex art. 258 ss. c.p.c.

Ordine di ispezioni di persone e/o cose mobili/immobili

Il Giudice fissa tempo, luogo e il modo e vi procede *personalmente* anche se fuori dalla circoscrizione del Tribunale

Il Giudice può disporre riproduzioni, calchi o l'esperimento fotografico, facendosi anche assistere da un CT se sono necessarie particolari cognizioni tecniche.

Rendimento dei conti ex art. 263 ss. c.p.c.

Se il Giudice ordina la presentazione di un conto consuntivo, questo deve essere depositato in cancelleria, con i documenti giustificativi, almeno 5 gg. prima dell'udienza fissata per la discussione.

A seguito della presentazione

- se il conto è accettato, il Giudice ordina il pagamento delle somme con ordinanza che costituisce titolo esecutivo;
- se il conto è impugnato, la parte che lo impugna deve specificare le partite che intende contestare.

Confessione ex art. 228 ss. c.p.c.

La confessione è la dichiarazione di una parte sulla verità di fatti a sé sfavorevoli e favorevoli alla controparte

Deve provenire da persona capace di disporre del diritto a cui i fatti si riferiscono

Può essere spontanea o provocata dall'interrogatorio formale e fa piena prova contro colui che l'ha fatta

L'interrogatorio formale e libero

- **Interrogatorio formale** (artt. 128-232 c.p.c.):
 - finalizzato a provocare la confessione della parte (giudiziale), che forma piena prova contro colui che l'ha fatta, purché si verta su fatti relativi a diritti indisponibili;
 - la parte che intende far interrogare l'avversario deve proporre le domande, deducendo articoli separati e specifici;
 - non possono essere fatte domande su fatti diversi da quelli formulati nei capitoli, ad eccezione delle domande sulle quali concordano le parti. Il Giudice può sempre chiedere chiarimenti;
 - la parte deve rispondere personalmente (il legale rappresentante)
 - se non si presenta a rispondere o rifiuta di rispondere senza giustificato motivo, il collegio potrà, valutato ogni altro elemento di prova, ritenere come ammessi i fatti dedotti nell'interrogatorio.

L'interrogatorio formale e libero

- **Interrogatorio libero** (art. 117 c.p.c.):
 - il giudice può in qualunque stato e grado del processo ordinare la comparizione personale delle parti per interrogarle liberamente sui fatti di causa e le parti possono farsi assistere dai difensori.
 - Si tratta di uno strumento istruttorio poco utilizzato ma da non trascurare affatto

Il giuramento ex art. 233 ss. c.p.c.

Dichiarazione con cui una parte asserisce come vero un fatto nella forma solenne prevista dalla legge: comporta che il fatto si ritiene come pienamente e definitivamente provato (prova legale).

Decisorio: quello che una parte deferisce all'altra *“per farne dipendere la decisione totale o parziale della causa”*.

Suppletorio: deferito d'ufficio ad una delle parti *“al fine di decidere la causa”*.

Estimatorio: serve a stabilire il valore della cosa domandata, se non si può accertarlo altrimenti.

Il giuramento decisorio può essere deferito in qualunque stato della causa dalla parte personalmente o da un procuratore munito di mandato speciale.

La parte cui è deferito il giuramento può riferirlo all'avversario, cioè sfidare a sua volta il deferente a giurare fino a quando non abbia dichiarato di essere pronta a giurare.

Se la parte non si presenta per giurare o se, comparendo, non giura, soccombe relativamente al fatto oggetto del giuramento.

I procedimenti di istruzione preventiva ex artt. 692-699 c.p.c.

- **Assunzione preventiva di testimoni:** nel caso si abbia motivo di temere che vengano a mancare dei testi necessari ad una causa al fine di ottenerne l'audizione a futura memoria. Può essere richiesta sia anteriormente che in corso di causa
- **Accertamento tecnico preventivo ed ispezione giudiziale:** nel caso si abbia urgenza di far verificare lo stato dei luoghi o le condizioni di cose. L'urgenza può consistere nel pericolo che la cosa perisca o le condizioni mutino. Il giudice nomina il CT e fissa la data dell'inizio delle operazioni
- **Consulenza tecnica ai fini della composizione della lite:** introdotto a seguito della modifica del 2005, si tratta di un modo per tentare di comporre in via stragiudiziale e preventivamente con l'intervento di un CT liti che hanno ad oggetto determinazioni di crediti derivanti da fatto illecito o da inesatta esecuzione di una obbligazione contrattuale. Il CT prima di provvedere alla relazione tenta la conciliazione che, se riesce, acquista efficacia di titolo esecutivo.

La portata processuale di tale consulenza è tuttora dibattuta

Le prove atipiche

Cass. civ., sez. III, 26-09-2000, n. 12763.

Nell'ordinamento processuale vigente, manca una norma di chiusura sulla tassatività tipologica dei mezzi di prova; ne consegue che il giudice può legittimamente porre a base del proprio convincimento anche **prove c.d. atipiche**, purché idonee a fornire elementi di giudizio sufficienti, se ed in quanto non smentite dal raffronto critico con le altre risultanze del processo; in particolare, gli scritti provenienti da terzi, pur non avendo efficacia di prova testimoniale, non essendo stati raccolti nell'ambito del giudizio in contraddittorio delle parti, né di prova piena, sono rimessi alla libera valutazione del giudice del merito, e possono, in concomitanza con altre circostanze desumibili dalla stessa natura della controversia, fornire utili elementi di convincimento, specie ove di essi sia stata provata la veridicità formale.

Quali sono le prove atipiche?

- le registrazioni di conversazioni telefoniche o personali;
- le dichiarazioni di terzi;
- le perizie di parte;
- verbali o documenti formati in un altro processo;
- relazioni di un investigatore privato;
- le prove assunte secondo le norme di un ordinamento straniero.

Requisiti delle prove atipiche

- Inviolabilità del contraddittorio sull'ammissione di tali prove nonché sulla valutazione critica;
- Facoltà di prova contraria;
- Inutilizzabilità di prove atipiche assunte in violazione di divieti legali o costituzionali
- Necessità di una motivazione adeguata e non contraddittoria
- Valore probatorio indiziario

Questione: efficacia del documento raccolto illegalmente (in violazione della normativa sulla privacy)