

NICOLO' TROCKER

CORSO DI TEORIA GENERALE DEL PROCESSO

PROFILI DEL GIUSTO PROCESSO

IL PROCESSO COME GIUDIZIO

Indice-Sommario: **IL PROCESSO COME GIUDIZIO**

I. Processo e giudizio: dalla componente rituale alla componente intellettuale e conoscitiva del processo. **p. 7**

- 1 Giudizio di fatto e giudizio di diritto.
2. Le ricostruzioni teoriche del processo come giudizio: lo schema sillogistico.
3. La interrelazione dialettica tra “fatto” e “diritto”.

II. L’anatomia del giudizio di fatto (secondo il modello del processo civile): fatti e prove **p. 10**

1. Le allegazioni delle parti: la selezione dei fatti in base al criterio della rilevanza giuridica.
2. Azione (domanda) ed eccezione: l’intreccio di enunciati.
3. Fatti principali e fatti secondari.
4. Modi e momenti dell’allegazione dei fatti.
5. I fatti ed il loro controllo probatorio: i fatti notori.
6. (Segue) I fatti non contestati.
7. L’onere della prova e la tipologia dei fatti da provare.
8. Le prove e la loro funzione.
9. La specificità della prova giuridica: le regole sulla prova.
10. Regole sulla prova e modelli processuali.
11. L’iniziativa probatoria: poteri delle parti e ruolo del giudice.
12. Decisione sul fatto incerto e divieto di *non liquet*.

III. La formazione del giudizio di fatto ed i mezzi di prova tra scelte legislative e garanzie del giusto processo. **p. 29**

1. Rilievi introduttivi.

2. Giudizio di fatto e prove preformate al processo.

- 2.1. Rilievi introduttivi
- 2.2 Accertamenti tecnici stragiudiziali a carattere istruttorio e diritto alla prova. Una sentenza “storica” della Corte costituzionale.
- 2.3 Accertamenti amministrativi condotti con finalità non istruttoria e la loro rilevanza “probatoria” nel giudizio civile sui diritti.
La salvaguardia del diritto alla prova contraria.
- 2.4. (Segue:) l’efficacia non vincolante della classificazione catastale ai fini della determinazione dell’equo canone.
- 2.5. L’efficacia probatoria dei verbali rispettivi dei funzionari degli Enti di previdenza dell’Ispettorato di lavoro.

3. Giudizio di fatto e limiti probatori: la prova testimoniale tra incapacità e divieti.

p. 47

- 3.1. Rilievi introduttivi
- 3.2. Il divieto di testimoniare e l'incostituzionalità dell'art.247 c.p.c.
- 3.3. Una nota sull'art. 247 c.p.c. : l'evoluzione storica del diritto delle prove e il metodo di valutazione quantitativo
- 3.4. Limiti probatori relativi e il contemperamento di interessi.
- 3.5. Interesse in causa e incapacità a testimoniare. L'incapacità a testimoniare del coniuge in regime di comunione di beni.
- 3.5. La testimonianza dei terzi interessati e la garanzia del giusto processo tra profili storico-evolutivi ed incertezze applicative
- 3.6. La testimonianza dei terzi interessati e il diritto di difendersi provando: un monito della Corte europea dei diritti dell'uomo.

4. Il giudizio di fatto tra prove presuntive e prove scientifiche. L'accertamento nelle azioni di status di filiazione.

p. 62

- 4.1. La dichiarazione giudiziale di paternità naturale tra tassatività dell'azione e accertamento indiziari.
- 4.2. Il graduale ingresso della prova scientifica e la tensione tra attendibilità estrinseca ed attendibilità intrinseca dell'accertamento giudiziale.
- 4.3. Il valore probatorio del rifiuto di sottoporsi alle prove genetiche: un ritorno all'accertamento presuntivo?
- 4.4. Alla ricerca di un bilanciamento dei valori in gioco: il caso Miculic: le indicazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo.
- 4.5. La prova nell'azione di disconoscimento di paternità e la fattispecie dell'art. 235, n. 3 c.c.: sequenza storica degli eventi o successione logica tra prove?
- 4.6. Le implicazioni dell'orientamento dominante e la tensione tra *favor legitimitatis* e *favor veritatis*.
- 4.7. La prova scientifica come mezzo istruttorio polivalente: la parziale incostituzionalità dell'art. 235, n. 3 c.c.

5. Giudizio di fatto e ipotesi normative di prova vincolata.

p. 79

- 5.1 La prova della traslazione nell'indebito tributario: le indicazioni della Corte di giustizia.
- 5.2. (Segue:) I ripensamenti della Corte costituzionale.
- 5.3. La prova vincolata del rapporto di lavoro nella costituzione

della rendita vitalizia: dal confronto al dialogo.

6. Giudizio di fatto e accesso alle prove documentali.

p. 89

- 6.1. L'esibizione documentale tra diritto sulla *res* e potere di acquisirne il contenuto. Uno strumento istruttorio in cerca di effettività.
- 6.2. Esibizione documentale e accertamento della situazione patrimoniale dei coniugi nel giudizio di separazione e di divorzio
- 6.3. Oltre i vincoli del *nemo tenetur*: l'obbligo di collaborazione delle parti.
- 6.4. L'esibizione di documenti nella prospettiva sostanziale: fondamento e funzione
- 6.5. Il diritto di accesso ai documenti amministrativi: l'acquisizione di materiale probatorio prima del processo.
- 6.6. Il diritto alla documentazione bancaria: un'esibizione *ad explorandum*?
- 6.7. L'esibizione documentale in materia di proprietà intellettuale: uno strumento "importato" dall'Europa.

7. Giudizio di fatto e prove illecite.

p. 113

- 7.1. Prove e valori costituzionalmente protetti: il silenzio del codice di rito civile
- 7.2. Le prove acquisite in violazione di prerogative proprietarie
- 7.3. Le norme costituzionali come fonte di divieti probatori: il caso delle intercettazioni telefoniche.
- 7.4. *Male captum, bene retentum*? I motivi di illiceità preprocessuale (o sostanziale) non contaminano la funzione processuale della prova?
- 7.5. Prove "incostituzionali" e la sanzione processuale di inutilizzabilità.
- 7.6. I frutti dell'albero velenoso: nesso teleologico-funzionale o sequenza puramente cronologica? Le ambiguità della giurisprudenza penale.

8. Prove illecite e contenzioso del lavoro: l'acquisizione di materiale probatorio mediante impianti audiovisivi e sistemi informatici.

p.131

- 8.1. L'art. 4 Statuto dei lavoratori: l'installazione di impianti di sorveglianza tra tutela dei diritti di libertà dei lavoratori ed esigenze organizzative dell'impresa
- 8.2. Il monitoraggio degli accessi ad Internet e l'utilizzabilità in sede processuale dei dati acquisiti in seguito a controlli illeciti.
- 8.3. *Male captum bene retentum*: prove utilizzabili in mancanza di una specifica regola di esclusione?

9. Giudizio di fatto e allocazione dell'onere probatorio

p.141

- 9.1. Il parametro costituzionale della “ragionevolezza” come limite delle scelte legislative.
- 9.2. Il criterio generale dell’art.2697 c.c e la tipologia dei fatti da provare. La categoria mobile dei “fatti impeditivi” ed il principio della “vicinanza alla prova”.
- 9.3. La vicinanza alla prova nell’accertamento dei requisiti dimensionali dell’impresa e l’azione *ex art. 28* Statuto lav.

IV. Il processo come luogo e strumento di formazione del giudizio di fatto: i diritti processuali delle parti nella dinamica del procedimento probatorio.

p.150

1. La “specificità” della cognizione giudiziale del fatto e la disciplina giuridica del processo.
2. I vincoli di ordine temporale all’acquisizione delle prove: termini preclusioni e decadenze. Il parametro della “ragionevolezza”.
3. Il diritto di difendersi provando e la selezione dei mezzi probatori attraverso il criterio della “rilevanza”: il divieto di anticipazione della valutazione probatoria come limite del potere discrezionale del giudice.
4. L’esclusione dei mezzi di prova sulla base della “superfluità” o per “i risultati già raggiunti”: il problema del “pre-giudizio” sulla forza persuasiva di altri elementi di prova.
5. Il diritto di difendersi provando nei rapporti tra le parti: i requisiti di conoscenza e di parità processuale.
6. Il contraddittorio come garanzia e come limite nella formazione del giudizio di fatto.
7. La regola del contraddittorio nell’assunzione dei mezzi di prova che si formano nel processo.
8. La regola del contraddittorio nell’acquisizione di prove preformate al processo.
9. Poteri istruttori del giudice e garanzia del contraddittorio.
10. Il dialogo processuale nelle prove per induzione: Presunzioni semplici e argomenti di prova. Il divieto della “terza via” vale anche nel giudizio di fatto.
11. La valutazione delle prove e il principio del libero convincimento. Il diritto alla corretta elaborazione probatoria.
12. La formazione del giudizio di fatto e l’obbligo di motivazione.

V. Appendice giurisprudenziale

p. 179

I. Processo e giudizio: dalla componente rituale alla componente intellettuale e conoscitiva del processo.

1. Giudizio di fatto e giudizio di diritto

Lo studio del processo non può ridursi allo studio delle forme e dell'ordine legalmente prestabilito degli atti; né può esaurirsi nella spinta, pur esigente, a costruire sistematicamente i fenomeni processuali attraverso i concetti di azione – nei vari significati che il vocabolo comprende – rapporto processuale, situazione giuridica, procedimento, analizzando la struttura degli atti e il tipo degli effetti. L'indagine deve spingersi oltre e rivolgere l'attenzione alla trama delle *operazioni conoscitive* che si sviluppano nel processo. Insomma, costruito l'edificio degli atti, dei rapporti e delle vicende processuali, l'indagine deve indirizzarsi alla ricerca delle dimensioni “interiori” del processo, del fondo meno agevolmente sondabile dell'esperienza giudiziaria: *l'opera del giudicare*.

Per vedere bene il processo – scriveva *Capograssi* – non bisogna vederlo in astratto. Il processo esiste solo *in concreto*.

Esiste un episodio della vita, esiste una concreta crisi di interessi, esistono dei soggetti e delle procedure per accertare e giudicare quella crisi di interessi e quell'episodio della vita: ecco il *processo come giudizio*.

La singolarità della situazione sta in ciò che un estraneo agli interessi in contrasto deve giudicare di questi interessi; che un “assente” deve giudicare di un episodio della vita di cui non ha diretta esperienza. Il giudice, infatti, rispetto all'azione che si tratta di giudicare è un estraneo; non ha assistito a quell'azione, non sa nulla: deve, anzi, non sapere nulla. Il giudice – avverte il principio fondamentale che regge in ogni processo la formulazione del giudizio di fatto – non deve utilizzare ai fini della decisione la (eventuale) conoscenza *privata* dei fatti controversi. E così il processo non è altro che una faticosa mediazione per cui il giudice possa diventare “presente” nella situazione concreta verificatasi.

La faticosa mediazione riguarda anzitutto il *fatto passato* avvenuto in un dato momento storico, l'episodio della vita di cui non è più possibile avere un'esperienza empiricamente diretta o comunque ripetibile in chiave fenomenica che dev'essere ricostruito, superando il diaframma del tempo¹ ed i naturali ostacoli che si frappongono alla vicenda conoscitiva, sulla base dei dati preesistenti all'indagine stessa, ma che

¹ I fatti che rilevano nel processo e costituiscono oggetto di accertamento di regola si sono già verificati prima e al di fuori del processo. Ciò non toglie che, a volte, nel processo si tratti di determinare il verificarsi di fatti presenti (ad es. la presenza di un avvallamento nel fondo stradale) o addirittura di un fatto futuro come nel caso in cui occorra determinare, oltre ai danni già prodotti dall'inquinamento ambientale, anche le prevedibili conseguenze future per la salute delle persone.

forniscono gli elementi necessari alla ricostruzione. Il processo, dunque, implica anzitutto un accertamento del fatto: è anzitutto *giudizio del fatto*.

Ma, già ad un'osservazione superficiale nel processo si rivelano due tipi di giudizio: oltre a quello inteso a verificare (ed affermare) un certo avvenimento come reale, dotato di una effettiva dimensione spaziale e temporale, vi è il giudizio volto a determinare il valore giuridico di un determinato fatto appartenente al passato, sulla base di una commisurazione dello stesso ad una data norma. Il processo è anche *giudizio di diritto*.

Si noti anzi come l'opera "storiografica" da compiere nel e attraverso il processo presupponga di regola un vaglio preliminare, espresso in una valutazione normativa: occorre assodare se un fatto sul tipo di quello che si allega o che si intende sottoporre ad operazione conoscitiva sia tale da comportare una conseguenza giuridica; in caso negativo ogni ulteriore indagine apparirebbe superflua. Inquirente e giudice non devono e non possono conoscere tutto un episodio trascorso, ma soltanto le circostanze rilevanti nell'ambito della fattispecie normativa che si ritiene violata ovvero applicabile al singolo caso. Non interessa la ricostruzione di un assioma: il processo è il mezzo per la concreta applicazione della legge ad una ipotesi circoscritta, la fattispecie oggetto dell'azione (Melchionda).

Una trama di operazioni volte ad identificare a ritroso fatti appartenenti al passato si rende necessaria (e può essere giustificata) in quanto i fatti siano suscettibili di essere espressi in una valutazione normativa; siano tali da comportare una conseguenza giuridica: in caso contrario un'indagine storiografica intorno a quei fatti, compiuta attraverso il meccanismo processuale, non avrebbe ragione di essere. Nella dinamica della vicenda processuale l'individuazione della *quaestio facti* è dialetticamente collegata a quella della *quaestio iuris* e subisce gli effetti delle eventuali variazioni di quest'ultima (Verde).

2. Le ricostruzioni teoriche del processo come giudizio: la teoria sillogistica.

Considerato nella sua progressione dinamica, l'accertamento del fatto che funge da presupposto di determinate conseguenze giuridiche si manifesta prima nella pura e semplice affermazione di un certo episodio o avvenimento al quale le parti attribuiscono un predicato di esistenza. Le proposizioni descrittive di tale avvenimento o episodio vengono in considerazione come *ipotesi* che nel processo possono trovare o no la loro conferma. Oggetto di verifica-ricostruzione probatoria non è tutto l'episodio o avvenimento ma solo le circostanze dell'episodio o avvenimento rilevanti nell'ambito della fattispecie normativa che si ritiene applicabile al caso. Alla ricostruzione dell'ipotesi, tema del processo, da perseguire in termini di probabilità o verità relativa segue la professione di certezza del responso finale contenuto nella decisione giudiziale.

La struttura ed i caratteri distintivi del processo come giudizio possono essere inquadrati in una varietà di *schemi ricostruttivi*.

La prima e più nota di queste ricostruzioni è quella che configura il giudizio attraverso la categoria del *sillogismo*, la cui premessa maggiore è data dalla norma da applicare al caso, mentre la premessa minore è data dai fatti rilevanti accertati e la conclusione è data dalla decisione sulla fattispecie. La teoria in parola ha trovato la sua formulazione più organica nella nostra dottrina di inizio secolo ed ha per lungo tempo conservato un ruolo dominante.

Peraltro, il modello sillogistico apparve eccessivamente sintetico ai suoi stessi fautori, alcuni dei quali ne avvertirono l'inadeguatezza di fronte alla complessità del ragionamento del giudice, e configurarono intorno al sillogismo "finale" una corona di sillogismi "strumentali", concatenati in modo tale che le loro conclusioni costituissero le premesse del sillogismo finale. In tal modo, il modello del giudizio venne dilatato da sillogismo a polisillogismo, ma il carattere fondamentale rimase quello di essere fondato su un solo modulo logico-strutturale, ossia la deduzione sillogistica, che continuava ad essere considerato come la linea portante del ragionamento del giudice.

Contro la teoria che identifica il giudizio in un sillogismo vennero rivolte, sin dai primi anni del secolo ma poi specialmente nel secondo dopoguerra, obiezioni e critiche dei tipi più diversi. Qui basti ricordare il filone delle critiche che hanno in comune l'affermazione dell'*incompletezza* della rappresentazione sillogistica. In questo ambito rientrano le posizioni secondo le quali il modello sillogistico non esprime la complessità dell'attività *creativa* che si svolge nel processo poiché ne rappresenta solo l'ossatura logica e quelle secondo le quali è inadeguata ogni concezione del giudizio che non dia conto dell'elemento *volontaristico* insito nella decisione, ma solo dell'elemento conoscitivo.

Ai nostri fini, il sillogismo può essere considerato un utile strumento di lavoro, in quanto idoneo a raffigurare un modello ideale di giudizio con le due partizioni in cui esso si articola: il giudizio di fatto e il giudizio di diritto.

3. Il giudizio di diritto.

Secondo il modello ideale di giudizio che può essere assunto ad ipotesi di lavoro, all'accertamento del fatto segue (sul piano logico) l'applicazione del diritto.

Una volta accertato il fatto – si dice – occorre qualificare il fatto dal punto di vista del diritto. Si tratta, in primo luogo, d'*individuare* la norma giuridica e di determinarne il contenuto in vista della sua applicazione. L'interpretazione, operazione necessaria nel processo attuativo del diritto, è attività conoscitiva (di ricezione della dichiarazione normativa) che non si esaurisce in se stessa in quanto è orientata verso un fine pratico: applicare la norma in concreto. Nell'applicazione della norma in concreto, l'interprete è chiamato a compiere delle scelte, deve valutare e decidere. Questo momento diventa marcatamente creativo nel caso in cui la norma, anziché contenere una previsione di specie del fatto al quale è ricollegato l'effetto, ne enunci una descrizione incompiuta, rinviando,

per l'identificazione degli elementi in bianco, al risultato d'una valutazione di cui sono dettati i parametri. Questo fenomeno di *eterointegrazione del precetto* chiama il giudice ad un'opera di adeguamento della norma ai fatti e allo sviluppo, in funzione delle concrete esigenze del momento in cui la norma viene applicata.

Individuata la norma, il predicato del giudizio storico assume il ruolo di soggetto del giudizio giuridico, ed il ciclo si compie con l'accertamento della conformità o meno del fatto alla fattispecie.

Sul piano strutturale appare chiara la distinzione fra giudizio di fatto e giudizio di diritto che percorre l'intera vicenda del processo: il primo presuppone un'attività di carattere *conoscitivo*, fondata su prove ed elementi di prova, mirante ad accertare la verità o falsità degli enunciati fattuali che dà luogo ad *enunciati descrittivi* dotati di un valore di verità, ovvero di probabilità, intorno all'esistenza o inesistenza di tali fatti; il secondo presuppone un'attività *ermeneutica*, fondata su criteri interpretativi mirante ad individuare il significato proprio di una norma e le conseguenze giuridiche che ne discendono nel caso concreto, e dà luogo ad *enunciati prescrittivi* dotati di validità intorno alla qualificazione giuridica della fattispecie controversa ed agli effetti giuridici della decisione.

Netta e chiaramente individuabile sul piano logico e strutturale, la distinzione fra accertamento del fatto ed applicazione del diritto rischia, tuttavia, di oscurare la dinamica del processo caratterizzato da una continua interrelazione dialettica tra "fatto" e "diritto". Nel contesto globale del giudizio, "giudizio di fatto" e "giudizio di diritto" sono intimamente connessi e si svolgono in continua correlazione sin dal momento della individuazione dei fatti da narrare: attività questa che si basa sulla individuazione di una fattispecie legale e quindi sulla postulazione dell'esistenza o inesistenza di una norma idonea a produrre un dato effetto giuridico.

II. L'anatomia del giudizio storico (secondo il modello del processo civile): fatti e prove.

1. Le allegazioni delle parti: la selezione dei fatti in base al criterio della rilevanza giuridica.

L'anatomia del giudizio storico (o giudizio di fatto) nel processo civile rivela dati meritevoli di una breve illustrazione.

Nel processo civile, a far ricomparire quello che è sparito nella sua immediatezza, a far tornare attuale un tratto della vita, concorre anzitutto l'attività di *allegazione delle parti*.

I fatti, l'episodio della vita, l'accadimento che si tratti di accertare, entrano nel processo attraverso una serie di proposizioni verbali, una serie di enunciati che descrivono quei fatti, quell'accadimento (o anche un solo fatto specifico) che si afferma essersi

verificato nel mondo dei fenomeni reali. I fatti non entrano direttamente nel processo come accadimento empirico o come oggetto materiale. L'evento da ricostruirsi in giudizio non viene percepito, ma viene raccontato.

Le affermazioni delle parti forniscono la materia prima dalla quale uscirà il giudizio di quel soggetto, per definizione estraneo e imparziale, che è l'organo giudicante: *iudex secundum alligata partium decidere debet*. Sono le parti – in quanto protagoniste della vicenda della vita come degli interessi in gioco – a proporre, a determinare ed a segnare i termini di quell'episodio e del relativo contrasto. Il giudice, in linea di principio, deve concentrare la sua indagine sui fatti *allegati* senza poter superare quel limite, con l'ulteriore conseguenza che se un fatto è allegato concordemente da entrambe le parti esso può essere posto a fondamento della decisione indipendentemente da qualsiasi indagine (principio c.d. *della non contestazione*), mentre se non è allegato da nessuna delle parti deve considerarsi (in linea di principio) irrilevante ed inesistente.

Tecnicamente, l'allegazione, sia essa positiva oppure negativa (negazione e contestazione dei fatti), non tanto ha l'effetto di informare il giudice rispetto ai dati allegati e di promuoverne quindi il convincimento o comunque di partecipargli un sapere del soggetto allegante (un giudizio storico su di un accadimento) quanto, primariamente, di *determinare vincolativamente* quella che dovrà essere la base di fatto dell'accertamento da compiere. In altre parole, le allegazioni delle parti assumono la struttura esteriore dell'atto narrativo-rappresentativo: si dichiara normalmente (negli atti introduttivi di un giudizio, nella memoria di difesa, ecc.) che un dato fatto è accaduto e non già che un dato fatto è vero o non è vero. E come tali le allegazioni devono essere prese in considerazione dal giudice agli effetti della costruzione del giudizio.

Anche per diritto positivo le allegazioni rilevano quale *atto imperativo*: il giudice deve tenere conto di esse, ponendole *non* alla base di un suo *sapere* – l'allegazione non fa prova – ma alla base di un suo *agire* e questo agire consiste nella pronuncia sulla allegazione (art. 112 codice di rito civile).

Come già abbiamo avuto modo di rilevare, le allegazioni delle parti non si risolvono nella descrizione di una serie casuale e disordinata di fatti. L'inserimento dei fatti nel processo implica l'organizzazione degli stessi in un contesto complessivamente significativo; la loro combinazione in un disegno significativo, capace di dare il senso della situazione che si intende rappresentare. In altre parole, gli enunciati relativi ai fatti della causa, le allegazioni, sono il frutto di una complessa attività posta in essere dai soggetti che li formulano; un'attività che *implica* un momento di *selezione* e un momento di *costruzione* finalizzati ad uno scopo: far valere un diritto. Si parla di "costruzione selettiva" in quanto si tratta di un'attività per mezzo della quale si seleziona una delle possibili versioni di un accadimento, di un evento o di un singolo fatto: ciò implica che alcuni aspetti (o circostanze) di quell'accadimento o evento vengono privilegiati come significativi e rilevanti, altri vengono considerati non significativi e quindi esclusi dalla descrizione.

La selezione avviene in base al criterio della *rilevanza giuridica*, ossia con riferimento alla norma (o alle norme) giuridica di cui l'attore chiede l'applicazione; ovvero, e più precisamente, con riferimento alla parte "descrittiva" o fattuale della norma in cui viene descritto il "tipo" di fatto o l'insieme dei fatti del quale la norma di occupa nel disporre che, se fatti di quel genere si verificano, allora si producono le conseguenze giuridiche che la stessa norma prevede (Taruffo). È la norma che serve come schema della narrazione e come criterio di selezione per individuare i fatti da allegare a fondamento del diritto di cui si chiede la tutela. E la *norma* che indica i *fatti giuridicamente rilevanti*; ossia quali *aspetti* dell'accadimento concreto (della vicenda della vita) vanno descritti e quali possono essere invece tralasciati. Insomma, l'allegazione nell'ambito del processo (istituzionalmente destinato alla decisione di una controversia giuridica) non si traduce e non può tradursi nella mera affermazione di uno o più fatti generici, ma comprende e deve comprendere l'indicazione di tutti gli elementi atti ad individuare ciascun fatto storico entro la fattispecie generica di ciascun diritto da far valere nella sua peculiare specificità. Si dice correttamente che l'allegazione è *funzionalmente* correlata all'individuazione della *causa petendi*.

2. Azione (domanda) ed eccezione: l'intreccio di enunciati.

Nel processo diversi soggetti parlano di fatti diversi e parlano dei fatti in modo diverso (Taruffo).

L'attore (di regola, attraverso il proprio difensore) parla dei fatti che indica a fondamento della propria domanda, parla dei fatti che *costituiscono* le ragioni della domanda (art. 163, n. 4, c.p.c.). Il fatto allegato diventa *costitutivo* nel momento in cui la parte lo riconduce ad una fattispecie legale e lo configura come premessa fattuale delle conseguenze giuridiche invocate.

Ovviamente, presentando tali fatti come "veri", ossia come essere accaduti nella realtà, non fa che enunciare ipotesi intorno ai fatti allegati: sarà il processo a dover stabilire la loro verità o falsità.

Fatti entrano nel processo anche attraverso l'attività del convenuto; un'attività che si può estrinsecare in diversi modi.

Il convenuto (a sua volta, di regola, per mezzo del proprio difensore) può parlare degli stessi fatti dell'attore, ma solitamente lo fa *negando* che essi si siano verificati, ossia *contestando* la veridicità dei relativi enunciati. Anche qui sarà il processo a dover sciogliere il dubbio intorno alla verità o falsità di ciò che il convenuto dice.

Ma il convenuto può a sua volta introdurre fatti nuovi ed ampliare così la base fattuale del processo. Secondo la schematizzazione usuale, ciò avviene quando il convenuto sceglie di difendersi in modo "attivo" con l'eccezione in senso proprio, ovvero

allegando “in positivo” ed opponendo ai fatti costitutivi allegati dall’attore, fatti giuridici diversi aventi nei confronti di quelli un’efficacia impeditiva, modificativa o estintiva, così ampliando l’oggetto della cognizione giudiziale (art. 2697, comma 2° c.c. e 112 c.p.c.). Lo stesso avviene quando il convenuto si fa attore e propone domande riconvenzionali allegando a sua volta fatti costitutivi del diritto fatto valere.

Se è vero, in via di principio, che sono le parti a determinare l’oggetto della cognizione giudiziale (*iudex iuxta allegata iudicare debet*), non si deve trascurare l’ampia gamma delle ipotesi in cui il giudice può rilevare eccezioni non proposte come tali dalle parti: sono le eccezioni in senso lato che hanno ad oggetto fatti il cui effetto impeditivo, estintivo o modificativo, una volta che essi siano stati allegati o comunque acquisiti al processo, dev’essere rilevato dal giudice d’ufficio (ad es. artt. 1421 e 2379, comma 2°, c.c.).

E così, mentre i fatti impeditivi, estintivi o modificativi che integrano le eccezioni in senso stretto, ancorché acquisiti al processo, non possono essere posti a base della decisione da parte del giudice se la parte interessata non abbia mostrato, seppur implicitamente, di volersi avvalere del relativo effetto al fine di contrastare la domanda – è il caso ad esempio della prescrizione, ossia dell’inerzia del titolare del diritto che si sia protratta oltre il termine di prescrizione, non rilevabile d’ufficio per espresso dettato dell’art. 2938 c.c. – i fatti integranti un’eccezione in senso lato – com’è il caso dei fatti integranti la nullità del contratto (art. 1421 c.c.) – sono rilevabili d’ufficio al fine di pervenire al rigetto della domanda.

L’intreccio degli enunciati – così come il progetto di sussunzione dei medesimi nelle norme che appaiono applicabili alla fattispecie – può subire modificazioni nel corso del processo perché il giudice e/o le parti ravvisano una diversa possibilità di sussunzione ovvero perché nel processo sono introdotti nuovi fatti che impongono una diversa qualificazione giuridica, o ancora perché dal dialogo tra le parti e il giudice emerge l’esigenza di precisare o di arricchire l’esposizione dei fatti in relazione a diverse norme ritenute applicabili al caso (di “modificazione” e di precisazione delle domande originarie, parlano gli artt. 183, comma 5°, e 420, comma 1°, c.p.c. in relazione, rispettivamente, al processo ordinario e al rito del lavoro).

3. Fatti principali e fatti secondari.

Nell’orizzonte cognitivo del processo entrano non solo i fatti idonei a costituire la premessa per il verificarsi degli effetti giuridici invocati dalle parti, ovvero i fatti giuridici compresi nella fattispecie legale da cui deriva il diritto azionato o l’eccezione proposta: i fatti che vengono solitamente definiti come fatti giuridici o *principali*. Vi entrano, o vi possono entrare, anche quei fatti che si definiscono comunemente come *secondari* o *semplici*; e che la parte seleziona non per la loro idoneità a produrre direttamente effetti

giuridici, ma in funzione della loro capacità di fungere da premessa per *inferenze logiche* che il giudice può formulare per trarre conclusioni circa la verità o la falsità di enunciati relativi ai fatti principali. Così l'attore che nell'atto di citazione deve indicare a pena di nullità i fatti costitutivi del diritto fatto valere, può allegare anche tutti i fatti secondari che ritiene utili come supporto probatorio ai fatti principali.

Questi fatti (definiti anche come indizi o fonti di presunzione) vengono selezionati in ragione della loro *rilevanza logica*, ossia in riferimento alle inferenze che possono connettere il fatto secondario a un fatto principale.

L'alibi nel processo penale è un fatto secondario, non fatto principale ancorato ad una determinata fattispecie criminosa. Analogamente, il convenuto che in un'azione civile risarcitoria ai sensi dell'art. 2054 c.c. afferma di essersi trovato, al momento del sinistro, in un altro luogo, introduce un fatto attraverso il quale per *logica* individuazione si può risalire ad un fatto principale incerto. In un senso, quindi, il fatto principale funziona come punto di riferimento per la selezione dei fatti secondari.

Un esempio illustrativo di questa loro caratteristica è offerto dall'art. 237 c.c., ove vengono esplicitati taluni fatti secondari: si parla di “fatti costitutivi del possesso di stato” – che nel loro complesso valgono a “dimostrare” le relazioni di filiazione e di parentela fra una persona e la famiglia a cui essa pretende di appartenere. L'incidenza dei fatti secondari sull'esito del giudizio è puramente strumentale. Non devono essere esplicitamente allegati dalla parte, ma possono essere utilizzati dal giudice *ex officio* quando siano allegati, quanto meno per implicito, o risultano attraverso interventi di stimolo o di chiarimento operati dal giudice. Si parla di allegazione implicita desumibile dalla stessa struttura logica o dall'impostazione argomentativa che la parte abbia dato alle proprie postulazioni di fatto e alle istanze enunciate in diritto.

4. Modi e momenti dell'allegazione dei fatti.

Per l'attore la selezione dei fatti da enunciare si pone al momento della formulazione della domanda.

Può darsi che l'*atto introduttivo* della causa non debba necessariamente includere una completa e dettagliata indicazione dei fatti rilevanti. Nel nostro ordinamento l'art. 163, n. 4, c.p.c., richiede “l'esposizione dei fatti” che costituiscono le ragioni della domanda; e lo stesso requisito è previsto dall'art. 414, n. 4, c.p.c. per il ricorso in materia di lavoro. Con la riforma del 1990 si è inserito nell'art. 164, n. 4, la specifica prescrizione della nullità dell'atto di citazione per mancanza dei fatti richiesti dall'art. 163, n. 4, norma che si applica anche nel rito del lavoro. Si vuole che l'atto introduttivo contenga una determinazione specifica e tendenzialmente completa dei fatti rilevanti come garanzia di un funzionamento ordinato e razionale del processo. Ma non era sempre così: prima del 1990 l'art. 184 consentiva la modificazione delle domande, eccezioni e conclusioni

precedentemente formulate e la proposizione di nuove eccezioni, sino a che il giudice non avesse rimesso la causa al collegio per la decisione. E così la determinazione dei fatti rilevanti poteva avvenire progressivamente lungo tutto il corso del processo. Oggi il momento entro il quale l'allegazione dei fatti deve essere effettuata è segnato per il rito ordinario dalla disposizione dell'art. 183, comma 6°, e dal termine ivi previsto per il deposito di memorie che possono contenere l'allegazione di fatti che giustificano la precisazione o la modificazione delle domande ed eccezioni già proposte, ovvero la proposizione di nuove eccezioni. L'ovvia ragione è che ammettere l'allegazione di fatti principali al di là di questi limiti temporali ed oggettivi significherebbe rendere di fatto inefficace il sistema delle preclusioni previste dalle norme vigenti.

5. I fatti ed il loro controllo probatorio: i fatti notori.

Gli strumenti di raccordo fra ciò che le parti dichiarano di essere avvenuto e ciò che il giudice stabilisce essere avvenuto sono *le prove*.²

Le prove sono “segni sensibili” la cui “ispezione” procura un'esperienza conoscitiva dalla quale si svolge il giudizio storico inteso a scoprire i fatti costituenti il *thema probandum* (Cordero); sono “segni che significano, ma che non sono la cosa significata” (Piras); “entità dotate di efficacia rappresentativa”, idonee a “suscitare un legame logico-dimostrativo di un'altra entità” (Melchionda).

Come abbiamo avuto modo di rilevare, quando si parla di fatti costituenti il *thema probandum* non si fa riferimento ad eventi concreti colti nella loro realtà immediata, ma a proposizioni (o enunciati) aventi ad oggetto i fatti; proposizioni descrittive in cui al fatto viene attribuito un predicato di esistenza o un predicato descrittivo generico. Le proposizioni descrittive delle parti vengono prese in considerazione come ipotesi, che attraverso la prova possono trovare o no la loro conferma nel processo.

Nel processo (civile) non tutti i fatti, non tutte le proposizioni fattuali delle parti, devono essere sottoposte a controllo probatorio.

Un problema di accertamento del fatto si pone rispetto ai fatti allegati che abbiano l'attitudine ad essere rapportati ad una norma; ad integrare gli estremi di uno degli elementi della fattispecie descritta nella norma; in una parola, la caratteristica di costituire fatti idonei a produrre gli effetti giuridici invocati dalle parti nel processo.

Un problema di accertamento si pone rispetto ai fatti c.d. *rilevanti*.

² Il termine “prova” è espressione polivalente. Con esso si allude ora al mezzo o fonte della prova, ora al procedimento attraverso il quale i mezzi di prova vengono acquisiti al processo, ora al risultato del procedimento probatorio. Nel linguaggio dei codici il riferimento è soprattutto al mezzo e al risultato probatorio.

Ma non tutti i fatti rilevanti abbisognano di prova: dal *thema probandum* vanno esclusi i *fatti notori* ed i *fatti non controversi*: le due categorie deservono qualche illustrazione.

Notoria non egent probatione suona il noto brocardo che sembra aver trovato ingresso nella disposizione dell'art. 115, comma 2°, c.p.c., ove si stabilisce che il giudice “può, senza bisogno di prova, porre a fondamento della decisione le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza”. È la comune esperienza a fornire la necessaria garanzia di attendibilità della relativa nozione che pertanto non ha bisogno di essere effettuata in giudizio. Un fatto si considera *noto* in quanto conosciuto nell'ambiente sociale entro il quale la decisione viene formulata. Può trattarsi di notorietà *locale* o di notorietà relativa limitata alla cultura media di una specifica cerchia sociale. E può trattarsi, in via di principio, di fatto *principale* (caso, in pratica, piuttosto raro) o di fatto *secondario*.

Rientrano nell'area delle nozioni di fatto di comune esperienza tanto circostanze storiche o dati geografici, come eventi importanti della vita sociale, economica e politica (guerre, alluvioni, elezioni, svalutazione monetaria, ecc.). Di tali fatti il giudice può tener conto (ponendoli a fondamento della decisione) senza bisogno di procedere a controllo in sede istruttoria. Sono l'ambiente sociale e la cultura media in esso diffusa a garantire la loro “veridicità”. Anche per fatti notori comuni può emergere, però, la necessità della prova: così può essere noto il verificarsi della svalutazione e del fenomeno inflativo, ma non il suo ammontare in un certo luogo e in un certo periodo di tempo.

Quanto all'attendibilità di informazioni e conoscenze che si ottengono oggi via internet e attraverso i vari “motori di ricerca”, si è autorevolmente notato che “la regola tradizionale per cui si considera notorio il fatto che può essere conosciuto attraverso i mezzi normali di informazione non può più essere applicata, perché gli attuali mezzi comuni di conoscenza non sono più in grado di fornire una conoscenza attendibile del fatto in questione. Di questi fatti si dovrà dare una *prova specifica, idonea ad accertare la verità*” (Taruffo).

In genere, la giurisprudenza pone in rilievo che il fatto notorio, ai sensi dell'art.115, comma 2°, c.p.c. va ricondotto ad una nozione che “lo qualifica quale fatto acquisito alla conoscenza della collettività (anche del solo luogo ove esso è invocato) con tale grado di certezza da apparire indubitabile e incontestabile.” (Cass., 8 luglio 2011, n. 14102) e che esso “va inteso quale fatto generalmente conosciuto, almeno in una certa zona (cd. notorietà locale) o in un particolare settore di attività o di affari da una collettività di persone di media cultura” (Cass., 18 luglio 2011, n. 15715). La giurisprudenza avverte però anche che il fatto notorio, derogando al principio dispositivo delle prove e al principio del contraddittorio va inteso in senso rigoroso. “Ne consegue che tra le nozioni di comune esperienza non possono farsi rientrare acquisizioni specifiche di natura tecnica e quegli elementi valutativi che richiedono il preventivo accertamento di particolari dati estimativi” (Cass., 31 maggio 2010, n. 13234).

6. (Segue:) *I fatti non contestati.*

Più difficile la delimitazione dei *fatti non contestati* e più complessa la giustificazione per cui essi non avrebbero bisogno di prova.

Se un fatto viene allegato da una parte e l'altra parte non lo nega o non lo contesta espressamente, si insegna comunemente, esso deve considerarsi "pacifico" tra le parti, e quindi non vi è alcuna necessità di darne la prova, perché le parti in qualche modo ne hanno disposto, "autorizzando" il soggetto giudicante a tenerne conto senza necessità che egli si convinca della effettiva esistenza del medesimo. Se non vi è contestazione su un fatto, si ritiene che il processo possa fare a meno della prova di esso: la *non contestazione* riduce l'ambito dei fatti bisognosi di prova.

Al fine di evitare che l'ambito dei fatti da provare rimanga a lungo incerto, si cerca di far sì che sin dagli atti introduttivi della causa risulti un quadro dei fatti che vengono contestati. Per raggiungere rapidamente questo effetto si configura a carico del convenuto un onere di contestare le allegazioni dell'attore. Un onere in tal senso è stato introdotto prima con la riforma del processo del lavoro che all'art. 416, comma 3°, c.p.c., prevede che il convenuto nel suo primo atto difensivo, la memoria di costituzione, "prenda posizione in maniera precisa e non limitata ad una generica contestazione" sui fatti che l'attore ha allegato a fondamento della sua domanda. Con disposizione meno rigorosa la riforma del 1990 ha modificato l'art. 167 introducendo nel comma 3° la previsione che il convenuto prenda posizione sui fatti allegati dall'attore. Ora l'art. 115, riscritto con l. n. 69, 18 giugno 2009, stabilisce l'obbligo del giudice di porre a fondamento della decisione "i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita".

Se ne desume un onere di contestazione *specifico* che, nonostante la non felice formulazione della norma, riguarda *entrambe* le parti che si siano costituite: il convenuto che si è costituito ha l'onere di contestare i fatti costitutivi allegati dall'attore e l'attore che si è costituito è chiamato a contestare i fatti che il convenuto ha allegato a fondamento delle sue eccezioni e domande riconvenzionali. Rimane invece invariato il regime della contumacia considerata comportamento processuale neutrale cui non può essere attribuita valenza confessoria e, comunque, non contestativa dei fatti allegati dalla controparte, che resta onerata della prova relativa.

Quanto al contenuto dell'onere di contestazione, oggi è pacifico che per evitare gli effetti della mancata contestazione non è sufficiente una contestazione generica; non basta la semplice negazione della veridicità dei fatti allegati, va proposta una descrizione diversa e alternativa del fatto che si contesta (ma resta il problema, sicuramente delicato, di individuare il confine tra una contestazione generica e una specifica, per evitare, per chi la formula, gli effetti sfavorevoli della non contestazione). Fino al 2009 solo l'art. 416 c.p.c. imponeva di prendere posizione "in maniera precisa e non limitata ad una generica

contestazione”, mentre l’art. 167 prevedeva tale onere, senza specificare in alcun modo le modalità del suo assolvimento e, quindi, anche la negazione generica dei fatti addotti dalla controparte poteva essere considerata espressione della volontà di condizionare l’accoglimento della domanda o dell’eccezione che su di esso si fonda, al raggiungimento della prova ed alla mancata prova contraria.

La non contestazione ha l’effetto di rendere non necessaria la prova di un fatto, ma non comporta una dimostrazione che il fatto sia vero. In altre parole, mentre la contestazione consolida la necessità dell’acquisizione di prove, la non contestazione esclude il fatto non contestato dal *thema probandum*. Per la parte interessata ciò significa *relevatio ab onere probandi*, ossia esenzione processuale dall’assolvimento dell’onere di provare i fatti non contestati (e quindi “liberazione” dal corrispondente rischio della “mancata prova”). Ma essa non produce l’ulteriore effetto che il giudice debba darli per accertati. In particolare, la non contestazione non implica che, se dal materiale probatorio acquisito al giudizio emergono elementi di prova relativi al fatto non contestato tali da indirizzare la decisione nel senso della loro “non verità”, il giudice non possa tenerne conto. Anzi, il giudice dovrà tenere conto di tali elementi di prova; ed inoltre, il giudice potrà disporre sul fatto non contestato l’acquisizione di prove d’ufficio, qualora il gioco della non contestazione non lo persuada.

Altro aspetto è la natura tendenzialmente *provvisoria* della non contestazione che rimane tale fino al maturare delle preclusioni temporali previste per le (nuove) allegazioni. La mancata contestazione negli atti introduttivi – comparsa di risposta o memoria di costituzione nel rito del lavoro – non vuol dire che non possa avvenire successivamente; con una libertà limitata che sussiste durante la trattazione fino al momento in cui il giudice provvede sull’ammissione delle prove in base all’art. 183, 7° comma, nel rito ordinario e, nel rito del lavoro, sino al momento corrispondente all’udienza di discussione, secondo la previsione dell’art. 420, comma 5°, c.p.c. È questa la soluzione preferibile in mancanza di una regola espressa di legge.

Dopo la previsione generalizzata dell’onere di contestazione nell’art. 115, comma 1, c.p.c., vi è ragione di ritenere che ad esso siano assoggettati anche i fatti secondari. Resta la differenza circa gli effetti della mancata contestazione tra fatti principali e fatti secondari. La contestazione dei fatti secondari non incide sul tema della decisione e quindi sulla situazione dedotta in giudizio.

Non sembra poi che la non contestazione nella sua efficacia *lato sensu* probatoria non possa trovare applicazione anche alle controversie relative a diritti indisponibili (Cass. 30 giugno 2009, n. 15326). L’opinione contraria si fonda sulla premessa che la non contestazione sia un atto di disposizione del diritto sostanziale, e che essa sia idonea a vincolare la decisione finale del giudice. Invece, se si riconosce il carattere non vincolante della non contestazione nel senso che essa non determina la decisione del giudice sui fatti e che comunque questi rimane libero sia di assumere prove dedotte dalle parti, sia di disporre

prove d'ufficio quando ritiene necessario accertare la verità del fatto non contestato, non vi è ragione di escludere la non contestazione del fatto quando la causa verte su diritti indisponibili. Il principio della non contestazione non potrebbe trovare applicazione nelle controversie relative a diritti indisponibili se lo si intendesse come potere delle parti di condizionare il giudice e il giudizio quanto alla determinazione del tema di fatto, dal momento che ciò si rivelerebbe incompatibile con le esigenze di tutela che vi devono trovare rispetto. Ma la non contestazione - si è giustamente notato - in sé e per sé considerata non può mai determinare la genesi di una sottospecie di "prova legale" (inconfutabile) dei fatti non contestati, un vincolo per il giudice di "astenersi da qualsiasi controllo probatorio del fatto non contestato: onde reputarlo sussistente". D'altronde, si argomenta anche, sarebbe in contrasto con i principi del "giusto processo" equiparare un fatto non contestato, epistemicamente, ad un fatto "provato" e, quindi, così rendere la "verità" storica di qual fatto "disponibile" per mera volontà di parte. Anche l'allegazione del fatto "non contestato" va sottoposta ad un'attenta verifica da parte del giudice - anche a prescindere dai poteri di supplenza istruttoria, di cui egli sia investito - ogni qualvolta altre fonti di prova lo inducano *aliunde* a dubitare della sua "veridicità" o, addirittura, ne dimostrino l'oggettiva falsità (Comoglio).

7. L'onere della prova e la tipologia dei fatti da provare.

La non contestazione - dicevamo - ha l'effetto di non rendere necessaria (non di rendere impossibile) la prova del fatto ad opera della parte che lo ha allegato: essa produce cioè una *relevatio ab onere probandi*. Quando per il comportamento assunto dalla controparte non si produce questo effetto, con l'allegazione di un fatto si crea una sorta di situazione prodromica all'*onere della prova*.

Come noto, l'art. 2697 c.c., inserito fra le disposizioni generali sulle prove, enuncia le regole fondamentali sull'onere della prova stabilendo che:

"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".

La disposizione ha il carattere di una norma di rinvio che ancora la ripartizione degli oneri di prova ad una distinzione tipologica dei *fatti giuridici* da provare. La natura di tali fatti si manifesta primariamente a livello *sostanziale*, nella configurazione delle diverse fattispecie disciplinate dalla legge da cui traggono origine i diritti soggettivi controversi. Sono le norme sostanziali, di volta in volta applicabili al caso concreto, a stabilire quali fatti rappresentano il fondamento del diritto che viene invocato e da quali fatti può derivare l'inefficacia, la modificazione o l'estinzione di questo diritto. In altri termini, per individuare i fatti che devono essere provati da colui che intende far valere un diritto e

quali devono essere provati da chi invoca l'inefficacia di quei fatti o la modificazione o l'estinzione di quel diritto, occorre far riferimento alla norma sostanziale del caso. Di qui la consueta affermazione secondo cui nell'art. 2697 c.c. va ravvisata una disposizione in bianco destinata ad essere completata da quella, per lo più sostanziale, dettata per il caso concreto: l'art. 2697 c.c. non riguarda specifici tipi di domande né impone temi fissi di prova.

Ciò non esclude, tuttavia, che ai fini della allocazione dell'onere probatorio assuma rilievo anche la situazione processuale in cui le parti si collocano nei confronti della fattispecie controversa, nel momento in cui ognuna di esse allega i fatti che pone a fondamento della propria domanda o eccezione. Anzi, com'è stato efficacemente notato (Comoglio), la distinzione tipologica dei fatti giuridici da provare nel disegno dell'art. 2697 c.c. “si proietta e secondariamente si sovrappone, a livello processuale, sulla corrispondente contrapposizione tra *azione* ed *eccezione*. In altre parole, l'onere della prova viene paradigmaticamente ripartito e distribuito fra le parti interessate, ossia fra l'attore che promuove il giudizio esercitando l'azione ed il convenuto che, nel difendersi, propone eccezioni”.

Il parametro del contrapposto e differenziato *interesse alla prova* è anche il primo elementare criterio alla cui stregua è intuitivamente razionale ripartire fra l'attore che “agisce” ed il convenuto che “eccepisce” l'onere di provare le diverse categorie di fatti giuridici la cui prova, se positivamente acquisita od assunta in giudizio, è tale da soddisfare l'interesse dell'uno o dell'altro all'accoglimento delle rispettive “domande” ed “eccezioni”. Ce lo ricordano le tradizionali massime secondo cui *onus probandi incumbit ei qui dicit; reus in excipiendo fit actor*.

Chi ha l'“interesse” alla prova e quindi ha l'*onere* di provare i fatti giuridici *a sé favorevoli* si accolla anche il correlato rischio della loro mancata prova. *Actore non probante reus absolvitur*, avverte un'altra massima tradizionale che rispecchia, quale riflesso delle regole relative all'onere della prova, le regole che ripartiscono tra le parti il *rischio* o le conseguenze della mancata prova dei fatti rilevanti per la decisione. Quando un fatto giuridicamente rilevante non è provato, e quindi la relativa norma sostanziale non può essere applicata, la domanda e l'eccezione che sono fondate sul quel fatto o su quelle norme risultano infondate e quindi devono essere rigettate dal giudice.

Nel determinare la ripartizione dell'onere della prova, la disposizione dell'art. 2697 c.c. richiama, come già abbiamo notato, la distinzione tipologica dei fatti giuridici, contrapponendo ai fatti *costitutivi* – quali fatti da cui la norma o le norme invocate nel caso fanno dipendere o discendere l'esistenza del diritto che viene fatto valere – i fatti *impeditivi* che operano in senso contrario od opposto ai fatti costitutivi (per la disposizione dell'art. 2697 c.c. sono i fatti che comportano l'inefficacia dei fatti costitutivi), i fatti *modificativi*, che mutano l'oggetto o il contenuto del diritto fatto valere, ed i fatti *estintivi* che lo fanno venir meno. Correlativamente, in corrispondenza della tipologia dei fatti costitutivi,

impeditivi, modificativi ed estintivi, viene distribuito tra le parti il rischio della mancata prova e così sancita la soccombenza di quella parte che, avendo l'onere di provare i fatti allegati a fondamento della propria pretesa, domanda o eccezione, non abbia saputo fornire la dimostrazione in giudizio di quei medesimi fatti dal cui positivo accertamento sarebbe dipeso l'esito favorevole del giudizio.

Ora, se in termini generali appaiono relativamente chiare le posizioni delle parti rispetto alla prova dei fatti giuridicamente rilevanti, così come appaiono chiare le conseguenze che derivano dalla mancata prova di tali fatti, non poche difficoltà sorgono quando si tratta di concretizzare la regola generale in relazione a fattispecie particolari.

In molti casi, infatti, la relativa disciplina non consente di individuare in modo univoco i fatti costitutivi e, per converso, quali siano i fatti impeditivi. La determinazione del fatto impeditivo come fatto contrapposto al fatto costitutivo, in quanto diretto ad impedire o a farne venir meno gli effetti (a "contrastarne l'efficacia" nella definizione dell'art. 2697 c.c.) è da sempre il punto più complesso e controverso della teoria e della pratica dell'onere della prova. E ciò perché lo stesso fatto storico, nel quadro di una determinata fattispecie giuridica, può assumere rilevanza ora come fatto costitutivo, ora come fatto impeditivo. Il punto è che in una data fattispecie può essere rilevante sia l'esistenza sia l'inesistenza di uno stesso fatto storico in quanto l'ordinamento può collegare la produzione di determinati effetti giuridici sia al verificarsi di un certo fatto storico sia al mancato verificarsi dello stesso. Per conseguenza, si delineano incertezze anche sul versante processuale della distinzione, ossia in ordine alla determinazione di ciò che deve essere provato, rispettivamente, dall'attore e dal convenuto.

"L'aver diviso in modo paradigmatico la prova dei fatti tra attore e convenuto, onerando l'uno dei fatti costitutivi e l'altro di quelli impeditivi, modificativi ed estintivi, non significa ancora aver precisato, con una costante definitoria di pari attendibilità, i contorni di individuazione delle distinte categorie fattuali o, se si preferisce, il *quantum* della prova da ripartire in concreto fra i soggetti della lite giudiziaria" (Comoglio).

Del resto, la regola generale sulla ripartizione dell'onere della prova con riferimento alle disposizioni sostanziali da applicarsi di volta in volta è destinata a subire variazioni sia in virtù di specifiche scelte legislative sia attraverso processi di etero-integrazione giurisprudenziale in cui viene dato rilievo alla posizione delle parti rispetto alle fonti di prova. Ai fini di una redistribuzione processuale della prova si considera la differente disponibilità degli elementi di prova che ciascuna delle parti ha in concreto nel caso di specie. È quanto avviene, ad esempio, con l'applicazione del criterio o principio della *vicinanza alla prova*, in virtù del quale nella qualificazione di un fatto come costitutivo oppure come impeditivo e nella correlata ripartizione dell'*onus probandi* si sceglie la soluzione per cui diventa onerato della prova il soggetto per il quale l'assolvimento dell'onere è *più agevole* in quanto soggetto più vicino alle fonti di prova.

Si tratta di un accorgimento ispirato all'obiettivo di tener conto del modo in cui la

posizione delle parti nella dinamica del giudizio si riverbera sulla possibilità di tutela di un determinato diritto o sulla realizzazione dell'effetto giuridico oggetto dell'accertamento; di un accorgimento che persegue la finalità di rilievo costituzionale di agevolare l'esercizio del diritto di difendersi provando quale mezzo essenziale di una tutela giurisdizionale *effettiva* delle situazioni giuridiche sostanziali.

8. Le prove e la loro funzione.

Le prove, notavamo, sono segni sensibili la cui "ispezione" procura un'esperienza conoscitiva, dalla quale si svolge il giudizio storico inteso a "scoprire" ed a "ricostruire" fatti costituenti il *thema probandum*.

Con il termine prova, inteso come "mezzo di prova", si possono designare "tutti i mezzi di conoscenza che vengono impiegati nel processo al fine di formulare una decisione intorno alla veridicità o falsità delle affermazioni relative ai fatti rilevanti della controversia" (Taruffo). La definizione pone in evidenza che l'oggetto della prova non è, direttamente, l'esistenza o l'inesistenza del fatto incerto, di cui si tende a dare dimostrazione nel processo, bensì, in via mediata, la verità o falsità (o, forse meglio, un determinato *grado di conferma* o di probabilità) delle allegazioni, *degli enunciati*, con cui una parte ne assume l'esistenza o, per contro, ne oppone l'inesistenza. In altri termini, l'oggetto della prova non è costituito da eventi concreti, colti nella loro realtà immediata, ma da proposizioni aventi ad oggetto i fatti; dal "racconto" che dei fatti accaduti fanno le parti di fronte al giudice. D'altronde, un fatto *controverso* (e quindi *incerto*), concepito nella sua dimensione storica e nella sua ontologica consistenza può "essere" o "non essere", ma non può dirsi come tale *vero* o *falso*. Vera o falsa è invece l'affermazione (o la negazione) della sua esistenza, enunciata da una parte nel processo a fondamento di una sua propria allegazione (Comoglio). La verifica di tale affermazione è il compito affidato alle prove nel processo.

Il legislatore parla di "dare prova" (art. 269 c.c.) di "fornire" o di "raggiungere" la prova (art. 186 *quater* c.p.c.) prospettando la funzione *dimostrativa* della prova, la sua destinazione a fornire al giudice informazioni controllate ed attendibili intorno a circostanze utili per un accertamento (possibilmente) veritiero dei fatti controversi; o, mettendo in risalto la funzione euristica o conoscitiva della prova, di fornire al giudice elementi conoscitivi necessari per la corretta e razionale ricostruzione in giudizio di accadimenti passati irripetibili in chiave fenomenica e di cui non è più possibile avere un'esperienza empiricamente diretta.

Le citate "verificazioni" o "ricostruzioni" si avvalgono per lo più (ma non sempre) di prove *dirette*, ossia di prove direttamente rappresentative del fatto o dei fatti principali da provare. Al riguardo, peraltro, si deve distinguere tra mezzi che offrono conoscenza diretta o sensoriale (come l'ispezione) e mezzi che offrono conoscenza indiretta ora filtrata

da conoscenze scientifiche (consulenza tecnica) ora filtrata da dichiarazioni di scienza (prova testimoniale) ora da documenti o cose dotate di efficacia rappresentativa di fatti. Non di rado però la ricostruzione degli accadimenti ricorre a prove *indirette*, ossia alla mediazione di un fatto secondario di cui si dà per dimostrata l'esistenza o si dimostra l'esistenza con i mezzi di prova disponibili, al fine di argomentare per via inferenziale l'esistenza o l'inesistenza del fatto o dei fatti principali.³

Ponendo l'accento sulla funzione della prova di fornire conoscenza, di fornire informazioni e conoscenze attendibili, si prendono le distanze dalla concezione *retorica* (o argomentativa) della prova; dall'idea della prova come strumento di *persuasione* del giudice che crea credenze intorno ai fatti e ne determina le scelte; dall'idea della prova giuridica che servirebbe a stabilire quale delle "storie" raccontate dalle parti (e dai loro difensori) risulti più convincente. Se quella concezione può forse riflettere la posizione dell'avvocato che mira a "persuadere" il giudice, non riflette la posizione neutrale e distaccata nella quale si trova istituzionalmente il giudice, il quale cerca *conoscenze* disponibili non forme di persuasione del discorso retoricamente più abile (Taruffo).

La preferenza da accordare alla funzione dimostrativa della prova muove anche dalla considerazione che alla base del ragionamento del giudice vi deve essere un fondamento razionale e controllabile dall'esterno, Ed il ragionamento probatorio del giudice è controllabile se condotto con strumenti logico-razionali e non lasciato alla mera intuizione o alla soggettiva persuasione del giudice. Senza dire che sarebbe scelta discutibile "impostare il confronto fra le parti davanti al giudice su basi retorico-persuasive, con tutte le conseguenze che ciò comporterebbe soprattutto in termini di ricorso a tecniche persuasive o, addirittura, manipolative del consenso del giudice" (Carratta). Il che non significa, ovviamente, negare la funzione professionale ed istituzionale dei difensori di far prevalere le ragioni dei loro mandanti; e tanto meno significa disconoscere l'importanza del confronto critico sull'efficacia rappresentativa delle prove per costruire un attendibile giudizio di fatto.

9. La specificità della prova giuridica: le regole sulla prova.

Nell'illustrare la funzione della prova è frequente il riferimento alla *verità*. La prova – si dice – serve a far sì che il giudice accerti la verità dei fatti rilevanti per la decisione. Naturalmente, anche la verità dei fatti che si accerta nel processo è relativa e dipende dal contesto. E il contesto è una realtà altamente formalizzata e regolata.

Il fatto che l'esecuzione dell'attività probatoria sia abbondantemente regolata e che

³ Alla divisione metodologica corrisponde la tradizionale dicotomia prove storiche-prove critiche. Altre volte si riserva la definizione *prova* all'entità dotata di efficacia rappresentativa diretta dell'entità probanda, mentre si chiama *indizio* l'entità avente efficacia di rappresentazione indiretta.

giudici e tribunali siano soggetti a un gran numero di regole giuridiche ha offerto terreno alle concezioni che tendono a distinguere una verità “processuale” o “formale” da una verità “vera”, “reale” o “materiale”.

“La verità - scriveva Carnelutti - è come l’acqua: o è pura, o non è verità”.

“Quando la ricerca della verità materiale è limitata nel senso che questa non possa essere *in ogni caso e con ogni mezzo conosciuta*, sia il limite posto più meno rigoroso, il risultato è sempre questo: che *non si tratta più di una ricerca della verità materiale ma di un processo di fissazione formale dei fatti*”.

Ora, se non è discutibile che nell’ambito del processo non sia dato raggiungere una conoscenza *definitiva* delle proposizioni sui fatti che si dichiarano provate – ma ciò accade, in misura maggiore o minore, in qualsiasi ambito di conoscenza – e che l’insieme delle prove di cui si dispone (di regola) permette soltanto di attribuire un determinato grado di conferma o di probabilità alla verità di una certa proposizione,⁴ ciò non deve portare alla conclusione che non sia ragionevole parlare di accertamento della verità nel processo. Certo, si parla di verità relativa e dipendente dal contesto. Anche in altri contesti si ha sempre e soltanto a che fare con verità relative e contestuali.

D’altronde, com’è stato efficacemente notato, se l’attività probatoria non avesse la funzione di accertare il verificarsi delle fattispecie condizionanti cui il diritto connette delle conseguenze giuridiche o, il che è lo stesso, di determinare il valore di verità delle allegazioni di chi afferma o nega il prodursi di quelle fattispecie condizionanti, lo stesso diritto, inteso come meccanismo per guidare la condotta dei suoi destinatari non potrebbe avere successo. I sistemi giuridici sviluppati istituiscono organi specifici – giudici e tribunali – che hanno come funzioni principali quella di determinare se effettivamente si diano quei fatti cui il diritto connette certe conseguenze giuridiche e quella di imporre tali conseguenze ai soggetti identificati dal diritto stesso. Se non vi fosse nessun collegamento tra la condotta di ciascuno dei membri della società e la probabilità di poter sanzionare chi abbia compiuto o si sia astenuto dal compiere una determinata condotta, non vi sarebbe neppure alcuna ragione per comportarsi in conformità con ciò che dispongono le norme giuridiche (Ferrer).

Se l’accertamento della “verità” degli enunciati fattuali è l’obiettivo principale dell’attività probatoria, non si può trascurare che nel processo si mira a difendere (e salvaguardare) anche altri valori che alla stessa stregua dell’accertamento della verità sono valori giuridicamente protetti. Ed è in questa prospettiva che si pone la regolamentazione giuridica della prova; una regolamentazione che si manifesta su un triplice fronte: quello

⁴ Verità e probabilità appartengono al campo dimostrativo, la verosimiglianza al campo argomentativo. Con la *probabilità* si da riferimento al risultato al quale si perviene per mezzo dell’acquisizione dei mezzi di prova; *verosimiglianza* è la valutazione che il giudice compie prescindendo dall’acquisizione dei mezzi di prova.

dei mezzi di prova, quello dell'attività di acquisizione probatoria e quello della valutazione del risultato probatorio.

“La prova nel processo – notava la dottrina classica – a differenza della prova puramente logica o scientifica, subisce una prima limitazione nella necessità che il processo abbia un termine” (Chiovenda). Così entrano in scena sia l'interesse per la celerità o, come la stessa Costituzione precisa, per la *ragionevole* celerità nel prendere una decisione in grado di risolvere un determinato conflitto, sia l'interesse di farlo in modo definitivo con la irretrattabilità del giudicato che preclude definitivamente l'indagine sui fatti della causa. Mentre in altri campi l'accertamento (la “scoperta”) di certi fatti dopo un lungo periodo (alcuni decenni) può essere apprezzato e addirittura celebrato, un processo che si conclude dopo decenni difficilmente incontra una reazione sociale favorevole. L'ordinato svolgimento dell'*iter* processuale presuppone, poi, che vi siano regole che stabiliscano il momento processuale in cui si possono o si devono proporre le prove ai fini della loro ammissione (o acquisizione) ed i soggetti cui compete tale attività.

Quanto ai *mezzi di prova*, i moderni sistemi giuridici prevedono regole che escludono elementi di giudizio nell'intento di proteggere diritto fondamentali (come la libertà personale, la riservatezza, le relazioni familiari, ecc.), regole che non ammettono prove che forniscono una informazione considerata poco affidabile, regole che precludono l'utilizzazione di prove ottenute in violazione di altre *polices* individuate dal legislatore come meritevoli di tutela.

Sul fronte della valutazione delle prove il diritto si spinge a volte sino ad imporre un determinato risultato probatorio, com'è il caso delle c.d. prove legali in cui il risultato della valutazione della prova è predeterminato dalla legge e sottratto al prudente apprezzamento del giudice. Il nostro legislatore mostra di aver scelto, come regola, che il giudice possa liberamente valutare la prova (art. 116, comma 1°, c.p.c.), ma le ipotesi di prova legale non sono né poche né marginali (ad es. artt. 2734, 2736, 2738, 2699, 2702 c.c.).

L'ovvia implicazione di queste regole è che, agli effetti della decisione giuridica, l'insieme degli elementi di giudizio che può e deve essere preso in considerazione è formato unicamente dalle prove tempestivamente e correttamente prodotte ed ammesse nel processo. È in questo senso che la verità dei fatti che si accerta nel processo è relativa e dipendente dal contesto. Più precisamente, la verità dei fatti nel processo è *relativa* alle prove (o agli elementi di giudizio) che consentono di accertarla.

Si coglie così anche la *specificità* della prova giuridica.

Com'è stato incisivamente rilevato, mentre “in altri ambiti della conoscenza, l'insieme degli elementi di giudizio che può o deve essere analizzato per adottare una decisione razionale equivale al totale delle informazioni disponibili e rilevanti rispetto ad una determinata evenienza, nel caso della prova giuridica, per contro, l'insieme degli

elementi da valutare è un sottoinsieme formato dalla totalità degli elementi disponibili, quelli che sono stati incorporati nella documentazione giudiziale” (Ferrer).

10. Regole sulla prova e modelli processuali.

Quando si parla del processo come luogo o come contesto in cui si forma il giudizio di fatto bisogna guardarsi dal fare riferimento al *processo* come se si trattasse di un unico contesto omogeneo. Il numero e l'estensione delle regole giuridiche che disciplinano la formazione dell'insieme degli elementi di giudizio varia in funzione dei diversi ordinamenti e, all'interno di ciascuno di essi, in funzione del tipo di processo e di giurisdizione.

Anche all'interno del nostro ordinamento esistono molti tipi di processo. E questi possono essere più o meno funzionali, più o meno organizzati per la ricerca della verità. Ancora, prova e verità del fatto variano non solo con la varietà dei modelli processuali (ed il modo in cui ogni modello viene concretamente attuato) ma anche con la più generale concezione della giustizia civile e delle sue finalità, come ad esempio l'importanza che viene attribuita alla qualità della decisione giudiziale rispetto alla rapida composizione della lite. Ciò che muta da modello a modello non è la dimensione ontologica del concetto di “verità”, ma bensì l'opzione tecnica (e ideologico-politica) dei modi in cui il suo accertamento è reso possibile, in armonia con i principi strutturali e con il rispetto delle garanzie di un determinato tipo di processo (Comoglio).

11. L'iniziativa probatoria: poteri delle parti e ruolo del giudice.

Tra le variabili collegate ai diversi modelli processuali si collocano anche le regole sulla distribuzione dei poteri di iniziativa probatoria tra parti e giudice, la cui concreta configurazione dipende, evidentemente, tanto da opzioni di carattere tecnico come da scelte di ordine politico.

Iudex secundum alligata et probata partium iudicare debet recita un principio spesso evocato che, anche in materia probatoria, sembra lasciare spazio unicamente all'iniziativa delle parti, ossia al loro potere monopolistico di dedurre e produrre i mezzi di prova ammessi dall'ordinamento, o comunque idonei a dimostrare in giudizio la verità o la falsità delle allegazioni dei fatti da ciascuno posti a fondamento delle relative pretese. Invece, anche in un processo contenzioso ispirato alle manifestazioni del principio dispositivo oggi non è difficile cogliere i segni di una consapevole apertura a temperamenti e correttivi di segno opposto che convergono in un rafforzamento del ruolo attivo del giudice. Le codificazioni moderne, mentre mantengono in linea di principio i poteri monopolistici delle parti in ordine al promovimento del giudizio e alla determinazione del suo oggetto come necessaria proiezione processuale dei principi sostanziali attinenti alla

“disponibilità” dei diritti tutelabili e all’autonomia negoziale delle parti, non escludono la possibilità che poteri di iniziativa probatoria possano essere attribuiti anche al giudice. Si tratta di una scelta non solo tecnica e di opportunità processuale che va collegata al fenomeno che ha via via condotta nei moderni sistemi di giustizia alla “pubblicizzazione” del processo, inteso, quest’ultimo, quale strumento essenziale in ogni Stato di diritto affidato al potere giudiziario per l’esercizio della funzione giurisdizionale che non può essere rimesso come tale alla disponibilità esclusiva delle parti private (od essere un mero “affare privato”, una mera *Sache der Parteien*). E così anche il principio della “disponibilità delle prove” evocato nella rubrica dell’art. 115 del nostro codice di rito civile non è valso e non vale ad impedire che al giudice nel nostro sistema siano attribuiti numerosi ad ampi poteri di iniziativa probatoria⁵. Tali poteri al di fuori del processo ordinario di cognizione, nel modello del processo del lavoro, assumono addirittura contorni di normalità (art. 421 c.p.c.).

Gli ordinamenti processuali si preoccupano per tal via, da un lato, di evitare (o, quantomeno, di mitigare il pericolo) che la difesa di interessi che muove l’iniziativa delle parti in questo campo si traduca in manipolazione del materiale probatorio con la presentazione di mezzi di prova alterati (per es. una testimonianza falsa) o l’omissione di mezzi di prova che potrebbero risultare utili per accertare quanto è accaduto e, dall’altro, di far sì che una parte che si trovi in difficoltà o nell’impossibilità di servirsi di una prova che le sarebbe indispensabile, possa essere messa in condizione di avvalersi della prova di cui ha bisogno (ved. art. 210 c.p.c.). Resta comunque fermo il principio che vuole l’esercizio dei poteri istruttori d’ufficio *subordinati* all’esigenza di integrare le fonti di prova acquisite al fine di eliminare incertezze istruttorie non imputabili alla colpa delle parti o al mancato o negligente assolvimento degli oneri di prova di cui esse siano rispettivamente gravate.

12. Decisione sul fatto incerto e divieto di “non liquet”.

Gli strumenti delle prove – scrive Cordero – non sono onnipotenti. Può avvenire che la mancanza di segni “sensibili” del fatto da dimostrare ovvero il risultato negativo od insufficiente della verifica di quanto si è acquisito sul piano istruttorio, od ancora l’incertezza determinata da indicazioni insolubilmente contraddittorie, respingano l’opera ricostruttiva del giudice alle posizioni di partenza: i fatti dal cui concorso dipende il verificarsi di una conseguenza giuridica, non sono stati accertati, ma nemmeno si è potuto

⁵ I poteri istruttori esercitabili di ufficio riguardano, oltre alla consulenza tecnica (tradizionalmente, peraltro, non considerata un vero e proprio mezzo di prova), l’ispezione giudiziale (art. 118), la richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione (art. 213), l’interrogatorio libero (art. 117), il giuramento suppletorio (art. 2736, n. 2, c.c.) e (nei giudizi davanti al tribunale in composizione monocratica), la prova testimoniale (art. 281-ter).

assodare il contrario, sicché il responso, se rispecchiasse le conoscenze ottenute dal giudice, dovrebbe rivestire il contenuto di un *non liquet*: quanto dire una dichiarata impotenza a decidere.

L'ordinamento non consente una simile "protesta d'agnosticismo" (Cordero), che frusterebbe le finalità pratiche del processo. Quale che sia il frutto dell'indagine istruttoria, il *giudizio deve essere formulato*. E poiché non lo si può enunciare alla stregua di un dato d'esperienza, s'impone il ricorso a certi *criteri, legislativamente prefissi*, i quali non soltanto assicurano in ogni caso la possibilità di una decisione, ma, per di più, ne predeterminano il contenuto. Non occorre altro per avvertire come il ricorso, in tali casi, ad una regola del decidere normativamente prescritta privilegi le esigenze della certezza rispetto a quella della verità.

Actore non probante reus absolvitur: così suona la regola di giudizio fondata sull'onere della prova (art. 2697 c.c.) la cui funzione non è soltanto quella di ripartire tra le parti l'onere di provare i fatti che costituiscono il fondamento delle loro pretese. Nel caso in cui sia mancata la prova dei fatti dal cui concorso dipende il verificarsi di un effetto, verrà respinta la domanda con cui se ne invoca l'accertamento. Se le regole probatorie disciplinano la *formazione*, le regole di giudizio la *surrogazione* del convincimento giudiziale o meglio la decisione del giudice staccata (eccezionalmente) dalla (normalmente indeclinabile) premessa del suo convincimento (Pugliatti).

Sullo sfondo si delinea la "costante" del decidere – malgrado l'incertezza del fatto, ovvero la scelta (opzione) di surrogare mediante una regola sostitutiva il convincimento che il giudice non si è potuto formare, per difetto di prova, sulla realtà controversa; una regola funzionalmente autonoma rispetto a quelle probatorie che, prescrivendo al giudice "di giudicare in ogni caso, gli impone di formulare un giudizio, che esaurisca il contenuto della decisione, appunto in mancanza di prova" (Micheli).

Ma con l'obbligo per il giudice di decidere l'ordinamento da espressione anche al momento garantistico, raccolto negli stessi principi costituzionali, di rendere giustizia al cittadino che ne ha diritto e ne fa in giudizio rituale richiesta. "Dagli art. 24 e 101 Cost. – si è incisivamente notato – emerge anche che i giudici verrebbero meno al precetto primario che li riguarda, ove rifiutassero di emanare decisioni e di dare, così, tutela ai cittadini" (Verde).

III. La formazione del giudizio di fatto ed i mezzi di prova tra scelte legislative e garanzie del giusto processo.

1. Rilievi introduttivi.

Chi fa valere un diritto in giudizio, deve avere la possibilità concreta ed effettiva di provare i fatti che ne costituiscono il fondamento; chi eccepisce l'inefficacia di quei fatti

ovvero eccipisce che il diritto sia modificato o estinto deve avere la possibilità concreta ed effettiva di provare i fatti sui quali la sua eccezione si fonda. Mutate in parte, le formulazioni che il legislatore usa nell'art. 2697 c.c. per enunciare le regole fondamentali sulla ripartizione dell'onere della prova, consentono di porre in evidenza la figura del *diritto alla prova* che nel quadro delle garanzie fondamentali del giusto processo enunciate nei moderni sistemi costituzionali, non solo nazionali, è venuto ad assumere anche nel nostro diritto vivente una sua autonoma configurazione ed una propria dimensione operativa.

La *policy* su cui si fonda il riconoscimento del diritto in parola è semplice quanto stringente: è inutile e contraddittorio riconoscere a tutti la facoltà di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi, se nel contempo non viene garantita la possibilità di fornire la dimostrazione probatoria dei fatti sui quali questi diritti si fondano. Sotto questo profilo la garanzia del diritto alla prova si presenta come condizione necessaria per la effettiva realizzazione del diritto delle parti alla tutela giurisdizionale delle proprie posizioni giuridiche. E come tale la considera d'altronde la giurisprudenza della Corte costituzionale che, sin dalle sue prime pronunce in tema di art. 24 Cost., tra le manifestazioni qualificanti del diritto di azione e di difesa, è venuta ad indicare il potere processuale di rappresentare al giudice la realtà dei fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni servendosi degli appositi strumenti – le prove – funzionali a tale scopo.

La tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche garantite dall'ordinamento è incostituzionalmente rifiutata o limitata – statuiva la sentenza 3 giugno 1966, n. 53 - “se si nega o si limita alla parte il potere processuale di rappresentare al giudice la realtà dei fatti ad essa favorevole, se le si nega o le si restringe il diritto di esibire i mezzi rappresentativi di quella realtà “. La possibilità di procurare al giudice l'esperienza conoscitiva dei fatti della causa – dei fatti dal cui accertamento dipende il riconoscimento del diritto controverso - è da intendersi alla stregua di un vero e proprio diritto: *il diritto di agire e di difendersi provando*.

Un simile riconoscimento appare anche nella *Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, dove il diritto in parola, pur riferito letteralmente alla prova testimoniale e all'ambito penale (art. 6, par. 3), è stato inteso come parte della garanzia generale del processo equo e di conseguenza esteso ad ogni tipo di prova e di giurisdizione.

Ma la formazione del giudizio di fatto non è del tutto libera: il diritto la sottopone ad una serie complessa di regole. E così anche il diritto *alla prova* deve confrontarsi con questa realtà, deve confrontarsi con il diritto *delle prove*.

Come abbiamo già ricordato, regole giuridiche disciplinano in vario modo l'attività diretta all'acquisizione del materiale probatorio stabilendo tempi e modi in cui essa si deve svolgere ed individuando i soggetti legittimati o chiamati a compierla. Regole giuridiche disciplinano i singoli mezzi di prova circoscrivendo la loro ammissibilità e la loro utilizzabilità in giudizio. Talvolta, poi, regole giuridiche si spingono a determinare lo

stesso risultato da trarre dagli elementi probatori acquisiti, come avviene nel caso delle c.d. prove legali.

“L'accertamento del fatto - scrive Cavallone - presenta, in qualunque processo, una connotazione immutabile, che è la chiusura, o finitezza dell'universo cognitivo del giudice”. Se “è innegabile che la disciplina giuridica delle prove e della istruzione probatoria, quale che ne sia l'assetto secondo ciascun regolamento processuale, sia funzionalmente connessa con il cosiddetto accertamento della verità dei fatti controversi o, più esattamente, con la verifica giudiziale delle proposizioni che ne affermano o negano l'esistenza (le “ allegazioni “), dovrebbe essere altrettanto evidente però, che qualunque disciplina giuridica dell'indagine sul fatto non può non consistere in realtà in un sistema di ostacoli a quella verifica”.

D'altronde, come abbiamo già notato, è questo uno degli aspetti che connotano la *specificità* della prova giuridica. Mentre in altri ambiti della conoscenza l'insieme degli elementi di giudizio che può o deve essere analizzato per adottare una decisione razionale equivale al totale delle informazioni disponibili e rilevanti rispetto ad una determinata evenienza, l'insieme degli elementi da valutare ai fini della decisione giudiziale è un sottosistema dell'insieme formato dalla totalità degli elementi disponibili: quelli prodotti e ammessi nel processo.

Quanto all'accertamento della verità, esso è sicuramente un fine, in qualche senso prioritario del processo, in materia di prove, ma non ne costituisce, in alcun modo, l'unico fine. L'esigenza di assumere decisioni in tempo ragionevole, la protezione dei diritti fondamentali dell'uomo, il carattere riservato delle relazioni avvocato- cliente, ecc. ecc.; sono anch'essi fini abitualmente riconosciuti dalla grande maggioranza degli ordinamenti giuridici. Pertanto, nell'intento di garantire che tali scopi vengano conseguiti gli ordinamenti stabiliscono delle regole giuridiche processuali e non solo processuali che funzionano come un filtro per l'ammissibilità dei mezzi di prova e la loro acquisizione nel giudizio. La razionalità strumentale di tali regole deve essere valutata anzitutto rispetto alla finalità cui esse di volta in volta rispondono. Ma la verifica della loro giustificazione non è soltanto una questione di razionalità teleologica; essa implica anche un aspetto valutativo, una ordinazione dei diversi valori in gioco. E così le regole che aspirano a garantire questi altri scopi endo-processuali ed extra-processuali vanno sottoposti ad una verifica della loro giustificazione in relazione ai canoni ed alle garanzie di ordine costituzionale che devono informare il processo.

Con formulazione felice ed incisiva la Corte di cassazione in una decisione resa agli esordi del nuovo millennio ha voluto sottolineare che:

“Il principio del contraddittorio è diventato il nucleo essenziale dei diritti di azione e di difesa garantiti dagli artt. 24 e 3 Cost, ragion per cui il suddetto principio si pone come garanzia della partecipazione effettiva al procedimento, ovvero sia come riconoscimento del diritto della parte di influire concretamente sullo svolgimento del processo e sul suo

esito, cooperando all'accertamento dei fatti ed al reperimento delle prove, così da contribuire alla formazione del convincimento del giudice e da incidere su di esso" (Cass., 21 settembre 2001, n. 11936).

Nell'indagine che segue l'attenzione sarà rivolta alle regole che disciplinano gli strumenti deputati alla ricostruzione dei fatti controversi nel processo definendone ammissibilità e utilizzabilità in giudizio. Va subito chiarito, peraltro, che l'analisi non riguarda la disciplina generale delle prove civili. L'attenzione è diretta alle scelte *concrete* adottate dal legislatore in settori *specifici* della giustizia civile in ordine ai mezzi di prova di cui le parti si possono servire (o anche non servire) per offrire al giudice la rappresentazione dei fatti di causa. In questa prospettiva si cercherà di illustrare l'incidenza che le garanzie del giusto processo ed in particolare quella sua manifestazione rappresentata dal "diritto alla prova" – suggestivo emblema di un'accentuata apertura a esigenze di autentica garanzia nell'impostazione di un vasto arco di problemi (Chiavario) - sono venute ad esplicare sulla disciplina giuridica del fenomeno probatorio ed in particolare sulle regole in tema di mezzi di prova considerate sotto i molteplici profili della funzione che adempiono, gli obiettivi che perseguono ed i valori che tutelano, ma anche dei divieti e dei vincoli che impongono.

La problematica delle prove non può essere disgiunta dalla storia, dalla politica, dalla cultura di una collettività in un determinato periodo ma segnato anche dalle epoche precedenti e proiettata verso il futuro (Melchionda). E così il tema delle prove è anche intimamente collegato con le scelte relative allo scopo del processo e alla posizione che l'ordine costituzionale assegna all'individuo.

Oggi, peraltro, sarebbe riduttivo ed errato identificare nella realtà costituzionale nazionale gli indispensabili punti di riferimento e le ipotesi di lavoro per l'analisi delle garanzie del giusto processo. Le garanzie in parola affondano le loro radici in una realtà giuridico-politica che non è soltanto costituzionale e nazionale, ma è anche sopranazionale (europea) chiamando operatori e studiosi a non isolarsi in un contesto domestico trascurando l'impatto di fonti che al giusto processo hanno dato formale spazio, delineandolo con ulteriori puntualizzazioni.

La panoramica di una ricca esperienza giurisprudenziale qui di seguito illustrata, frutto soprattutto degli interventi delle grandi corti regolatrici – dalla Corte costituzionale alla Corte di cassazione alle due Corti sovranazionali europee – dovrebbe fornire indicazioni preziose su quanto di questo complesso scenario si è venuto a tradurre in settori qualificanti della giustizia civile nella disciplina delle prove e dell'indagine giudiziale sul fatto.

2. Giudizio di fatto e prove preformate al processo.

2.1. Rilievi introduttivi

In numerosi settori della giustizia, non solo civile. l'opera storiografica da compiere

nel processo riguarda fatti che richiedono un accertamento di natura tecnica. Si pensi all'accertamento di fatti come l'inidoneità fisica di una persona a svolgere una determinata attività o la invalidità contratta da una persona a causa di un certo lavoro; all'accertamento di fatti come lo stato di conservazione di un immobile o il tasso di inquinamento di un corso di acqua. Anzi, con l'ingresso del diritto in nuove aree, da un lato, e l'incalzare del progresso tecnologico dall'altro, l'accertamento dei fatti rilevanti ha bisogno sempre di più dell'impiego di avanzate metodologie tecnico-scientifiche nella ricostruzione conoscitiva di quei fatti. Ai settori più tradizionali di utilizzazione del sapere tecnico, dall'infortunistica stradale alle controversie in materia edilizia e in materia di assistenza e previdenza sociale, si affiancano così le cause in materia di proprietà intellettuale, le cause in materia di fabbricazione ed installazione di prodotti tecnologici ecc. Insomma, vi è una notevole espansione delle occasioni in cui un fatto rilevante in un giudizio deve essere accertato sulla base di conoscenze scientifiche o mediante il ricorso a metodi o indagini di carattere scientifico.

Quando il giudizio di fatto si esprime in un'attività a rilevante contenuto tecnico giudice e parti, di regola possono farsi assistere da un perito o consulente tecnico di *loro scelta* la cui attività deve svolgersi nel rispetto del principio del contraddittorio e le cui conclusioni *non hanno valore vincolante*. L'antica massima *iudex peritus peritorum* vuole esprimere proprio quest'ultimo principio: il giudice apprezza le risultanze della consulenza tecnica in ragione della forza di convinzione di cui sono dotate e non si limita a constatarne il risultato. A tal fine egli ha anche la facoltà di disporre la rinnovazione delle indagini e la sostituzione del consulente tecnico.⁶

Da questo modello di accertamento di fatti richiedenti un apprezzamento di carattere tecnico disegnato dai codici di rito, l'ordinamento si distacca talvolta con varianti che modificano uno o più dei suoi elementi caratterizzanti. Così può aversi, ad esempio, che la legge limiti la facoltà di scelta del perito o del consulente tecnico, affidando ad un apposito organo o ufficio pubblico il compito di accertare fatti rilevanti della causa; e può pure aversi che l'ordinamento attribuisca all'attività svolta da tale organo o ufficio una particolare efficacia.

⁶ Come è noto, l'art. 61 del codice di procedura civile consente al giudice di “ farsi assistere per il compimento di singoli atti o per tutto il processo, di uno o più consulenti di particolare competenza tecnica “. Il consulente di regola agisce nella veste di consulente *percipiente* chiamato ad accertare la sussistenza o insussistenza dei fatti controversi servendosi dei necessari strumenti di rilevazione tecnica; ma può essere nominato anche, per assistere il giudice nella corretta valutazione dei fatti già percepiti o già altrimenti provati e quindi come consulente *deducente*. Ciascuna delle parti ha la facoltà di nominare un proprio consulente cd. di parte che può assistere a tutte le operazioni del consulente del giudice e alle udienze cui quest'ultimo partecipa. Lo stesso codice di rito ha cura di formulare una serie di regole precise per la salvaguardia del contraddittorio e dei diritti di difesa delle parti vedi ad esempio gli art. 194 comma 2 e, per il caso ormai consueto delle indagini compiute in assenza del giudice gli art. 90 e 91 disp.att. c.p.c. E' pacifico poi che il giudice non è mai vincolato al parere e alle conclusioni espresse dal consulente tecnico, ma il dissenso va rigorosamente motivato.

E' chiaro che proprio queste ultime fattispecie in cui ad un organo o soggetto che opera *al di fuori del processo* viene affidato l'accertamento di fatti con *risultati vincolanti per il giudizio*, sono destinate a sollevare problemi e perplessità sotto il profilo costituzionale, sia perchè in contrasto con il modello di un processo "cognitivo" volto alla formazione di un sapere attraverso la pratica comunicativa rappresentata dal contraddittorio, sia perché limitative del diritto alla prova inteso come manifestazione essenziale della garanzia di azione e di difesa. Non sorprende quindi che ad esse si sia rivolta l'attenzione chiarificatrice della Corte costituzionale già in una delle sue prime fondamentali pronunce in materia di art. 24 Cost.

2.2 Accertamenti tecnici stragiudiziali a carattere istruttorio e diritto alla prova. Una sentenza "storica" della Corte costituzionale.

Una fattispecie normativa con le caratteristiche ora ricordate era prevista dall'art. 10 della legge 23 maggio 1950, n. 253 ("Disposizioni per le locazioni e sublocazioni di immobili urbani).

Disponeva l'art. 10 (prevedendo due casi di cessazione della proroga dei contratti di locazione caratterizzati dalla necessità del locatore di ottenere la disponibilità dell'immobile locato per esigenze edilizie):

" Il locatore può far cessare la proroga dandone avviso al conduttore almeno quattro mesi prima della data in cui intende conseguire la disponibilità dell'immobile, (anche) nei seguenti casi:

1° - Quando l'immobile locato sia compreso in un edificio gravemente danneggiato che debba essere ricostruito o del quale debba di urgenza essere assicurata la stabilità, e la permanenza del conduttore impedisca di compiere indispensabili lavori. L'accertamento delle condizioni tecniche sopra indicate e della necessità dello sgombero dell'immobile locato per seguire i lavori è demandata al Genio civile, sentite le parti;

2° Quando il proprietario intenda demolire o trasformare notevolmente l'immobile locato per eseguire nuove costruzioni di numero almeno doppio di vani o, trattandosi di appartamento sito all'ultimo piano, quando intenda eseguire sopraelevazioni a norma di legge, e per eseguirle sia indispensabile per ragioni tecniche lo sgombero dell'appartamento stesso. L'accertamento di tale indispensabilità è demandato al Genio civile che, sentite le parti, potrà anche valutare la possibilità di uno sgombero temporaneo, parziale e graduale, senza allontanamento dell'inquilino.

Ricordiamo che la l. n. 253 del 1950 faceva parte della cd. normativa vincolistica che nel periodo del secondo dopoguerra (in un momento di penuria di alloggi e difficoltà economiche) era intervenuta sulla disciplina del rapporto locativo al fine di garantire la conservazione del bene della casa. I cardini del "vincolismo" erano la proroga legale dei

contratti e il blocco dei canoni della locazione prorogata con i temperamenti degli aumenti legali ordinari e supplementari. Scopo precipuo della legislazione era quello di assicurare al conduttore di immobile urbano adibito ad uso di abitazione (o ad uso diverso) la continuità del godimento oltre all'originaria scadenza contrattuale espressa o tacita (art. 1574 c.c.). Tale intervento si realizzava togliendo al locatore la facoltà normale di far cessare il godimento alla scadenza contrattuale e sostituendo a questa una scadenza legale.

La proroga legale però non operava indiscriminatamente, perché la legge stessa prevedeva vari casi in cui essa era esclusa o cessava perché non esisteva (più) la necessità del conduttore di fruirla o perché esisteva la necessità per il locatore di abitare la casa locata o perché sussistevano giustificate esigenze (del locatore) qualificate da particolari condizioni. In questo quadro si collocava l'art. 10 della l. n. 253 del 1950 sopra riportato il quale prevedeva *due* casi di cessazione della proroga caratterizzati dalla necessità del locatore di ottenere la disponibilità dell'immobile locato per esigenze edilizie. La norma in parola concedeva, cioè, al locatore il diritto di far cessare il regime di proroga legale del contratto di locazione e quindi il diritto di entrare nella piena disponibilità del bene locato in presenza di determinate *circostanze di fatto*, individuate, rispettivamente, nella necessità di ricostruire un edificio gravemente danneggiato e nella necessità di assicurarne la stabilità, unita all'impossibilità di compiere i relativi lavori con la presenza dei conduttori. Una particolarità della norma consisteva nel demandare ad un organo tecnico amministrativo, il Genio civile, la competenza (esclusiva) a stabilire se l'immobile dovesse essere ricostruito o riparato e se la presenza del conduttore impedisse i lavori; fatti questi rilevanti per la produzione dell'effetto giuridico "cessazione della proroga", ed il cui accertamento richiedeva determinate cognizioni tecniche.

Nel suo tenore letterale, la norma nulla diceva in ordine all'efficacia dell'accertamento demandato al Genio civile. L'affinità con il "parere" di un consulente tecnico poteva far pensare ad un suo carattere non vincolante. Tuttavia, l'interpretazione che si era fatta strada in giurisprudenza, sotto la guida della Corte di Cassazione, era nel senso che l'accertamento del Genio civile, in ordine alle condizioni dell'immobile che impongono lo sgombero, vincolasse il giudice di merito e che questi avesse su di esso soltanto un controllo puramente formale del suo *iter* formativo. Più nello specifico, invocando la particolare competenza in materia dell'organo tecnico-amministrativo e l'esigenza di assicurare uniformità di indagine in un settore tanto delicato, si argomentava che "al parere" del Genio civile dovesse esser attribuito una efficacia "particolare" con l'esclusione di ogni altro mezzo di prova sull'esistenza dei presupposti per il diniego della proroga e che al giudice spettasse soltanto una verifica di conformità dell'atto alla legge con il rilievo di eventuali patenti errori di valutazione o contraddizioni.

A qualche corte, però, questo controllo non apparve elemento sufficiente per assicurare il rispetto delle garanzie processuali. Di qui il dubbio che la norma, così come interpretata ed applicata dalla prevalente giurisprudenza, togliesse alle parti come pure al giudice qualcosa di essenziale per la decisione della controversia, mettendo fuori gioco il

diritto del cittadino alla tutela giurisdizionale sancito all'art. 24 Cost.

Investita della questione, la Corte costituzionale non esita a censurare come “abnorme” l'accertamento demandato al Genio civile in quanto idoneo a comprimere “la libertà d'apprezzamento del giudice in relazione ad un singolo rapporto sostanziale senza che dalla natura del rapporto si possa trarre un motivo plausibile della particolarità di tale disciplina”.

“La tutela processuale dei diritti delle parti – spiega la Corte - ne apparisce, per ciò solo, seriamente compromessa se è vero che per l'esistenza di un diritto implica, in virtù dell'art. 24 Cost. la possibilità di farlo valere dinanzi all'autorità giudiziaria coi mezzi offerti in generale dall'ordinamento giuridico: possibilità che le norme impugnate comprimono sensibilmente, poiché esse limitano la libertà d'apprezzamento del giudice proprio sul punto principale della controversia: di modo che su questo punto, almeno nella sostanza, la decisione della causa finisce per essere sottratta al giudice ordinario, dipendendo dal giudizio di un organo amministrativo. “

Inoltre, “l'accertamento del Genio civile, pur essendo atto istruttorio, tuttavia è opera di un ufficio amministrativo e si compie per di più, in occasione di una lite in cui si contende non su interessi legittimi, ma su diritti soggettivi. La conseguenza è che, siccome la cessazione della proroga dipende soltanto da tale atto che non può essere sindacato nel merito, il diritto soggettivo alla fine ha una difesa, nella sua intensità effettivamente incompleta: l'atto del Genio civile benché costituisca una tappa del processo, è disciplinato come un qualunque provvedimento amministrativo quasi che il locatore e il locatario avessero non un diritto – onere, ma piuttosto un interesse legittimo, alla prova. Il che non rappresenta solo una chiara anomalia, ma importa fatalmente un difetto di tutela in rapporto agli art. 24 e 3 Cost. : infatti con ciò si impedisce all'interessato di avvalersi degli strumenti di prova garantiti in generale a chi è parte in un giudizio.

Infine, tra i motivi che inducono la Corte a dichiarare l'illegittimità delle norme impugnate, sta anche questo che “esse non assicurano affatto il contraddittorio”.

In realtà, “l'ufficio del Genio civile deve sentire le parti, ma può farlo e lo fa separatamente per ciascuna né le loro dichiarazioni sono verbalizzate o portate a conoscenza del giudicante; anche se si instaurasse avanti al Genio civile un vero e proprio contraddittorio (il che, a dire il vero, non avviene) resterebbe sempre il fatto che il giudice ne è estraneo: tanto più in quanto l'accertamento del Genio civile molto spesso è concluso, e la legge lo consente, quando ancora non si è promossa l'azione giudiziale; aperto, prima o dopo, il processo, dinanzi al magistrato le parti potranno difendersi su tutto fuorché sul punto decisivo della causa (...): non sono ammesse a discutere direttamente sulla realtà della situazione da accertare: insomma, su di essa, non partecipano attivamente ed in mutuo contraddittorio allo svolgimento essenziale del processo”. Le norme impugnate contrastano perciò con l'art. 24, comma 2 Cost. poiché il diritto alla difesa è compromesso “allorché il contraddittorio non sia assicurato e sussistano ostacoli processuali a far valere

le ragioni delle parti”.

Dall’articolata motivazione della sentenza – che costituisce un vero e proprio *leading case* in materia di giudizio di fatto e diritto alla prova - sembra corretto desumere alcune indicazioni di principio di grande importanza:

a) componente essenziale del diritto di agire e di difendersi in giudizio è il potere di provare i fatti posti a fondamento della domanda e delle eccezioni avvalendosi degli strumenti di prova garantiti in generale a chi è parte in giudizio. Da un punto di vista costituzionale, l’impedimento a provare, rispettivamente, i fatti costitutivi e quelli impeditivi, modificativi ed estintivi può significare impossibilità di agire e di difendersi;

b) è il processo la sede “naturale“ in cui va compiuta la libera ricostruzione dei fatti realizzatisi nella realtà. Giudizi preformati o precostituiti in ordine a fatti inerenti alla materia dei rapporti dedotti in giudizio privano il processo della sua essenziale funzione cognitiva e ne incrinano la stessa credibilità. Per questo occorre che il processo venga liberato dallo schermo impermeabile di fatti accertati con forza vincolante (da un organo amministrativo) prima e fuori del processo;

c) il convincimento del giudice sui fatti controversi deve formarsi attraverso un procedimento probatorio nel quale trovi pieno rispetto la garanzia del contraddittorio;

d) la garanzia dell’art. 24 Cost. è da ritenersi violata tutte le volte in cui si è in presenza di una disciplina ordinaria tale da vincolare il giudice e le parti ai risultati di accertamenti formati al di fuori del processo.

2.3 Accertamenti amministrativi condotti con finalità non istruttoria e la loro rilevanza “probatoria” nel giudizio civile sui diritti. La salvaguardia del diritto alla prova contraria.

Nella fattispecie appena esaminata un dato era pacifico; e cioè, che l’accertamento tecnico demandato all’ufficio del Genio civile era da considerare un *mezzo istruttorio* e non poteva farsi rientrare nella categoria dei provvedimenti amministrativi con i quali si attua, ad opera di un’autorità amministrativa, la realizzazione di un concreto interesse pubblico.

Uno scenario parzialmente diverso si profila quando l’accertamento di fatti implicanti un apprezzamento di carattere tecnico o di carattere conoscitivo è demandato ad un organo amministrativo nell’esplicazione di un’attività *non* di natura istruttoria – ossia finalizzata alla conoscenza dei fatti nell’ambito di un procedimento giurisdizionale già instaurato o da instaurare – bensì nell’esercizio di una attività tipicamente amministrativa, quale ad esempio un’attività di vigilanza, di controllo, di ispezione, ecc. In

questo caso i fatti vengono in rilievo anzitutto nell'ambito di un procedimento amministrativo nell'esercizio di un potere amministrativo ed il loro accertamento rileva in funzione dell'emanazione di un *atto dotato di una propria e autonoma finalità*.

Si pensi ad esempio alle condizioni di reddito di una persona accertate dalla (o dichiarate alla) autorità tributaria che assumono rilievo nel quadro di un accertamento fiscale la cui determinazione è condizione (o presupposto) per l'iscrizione al ruolo dell'imposta complementare; oppure si pensi alla composizione di un nucleo familiare la cui individuazione viene fatta primariamente ai fini della registrazione anagrafica; ed ancora: si pensi alle caratteristiche edilizie di un immobile il cui accertamento da parte dell'ufficio tecnico erariale viene compiuto ai fini della classificazione catastale dell'immobile e la determinazione della sua "esposizione" tributaria.

Il legislatore, nel dettare la disciplina di determinate situazioni giuridiche sostanziali (diritti soggettivi) relative a rapporti tra privati, può fare, e spesso fa, riferimento ad accertamenti del tipo appena ricordato; può annoverare e spesso annovera, tra gli elementi costitutivi o formativi di quei diritti elementi della realtà (fatti) attinenti a persone o cose il cui accertamento è avvenuto preventivamente da parte di organismi pubblici nel quadro dell'esercizio di un potere di natura non istruttoria, bensì amministrativa (controllo, ispezione, imposizione ecc.).

Gli esempi sono di facile reperimento. Particolarmente fertile è ancora una volta il campo della legislazione in materia di locazioni dove sono (erano) numerose le ipotesi di norme che nel determinare i fatti o elementi dalla cui presenza dipende l'esistenza, il contenuto o il modo di essere di un diritto, fanno (facevano) riferimento a dati o elementi quali risultano da un accertamento ora di natura fiscale, ora anagrafica ora catastale: è il caso del reddito di una persona, della composizione di un nucleo familiare, delle caratteristiche di un immobile.

Così nel quadro della passata disciplina vincolistica dei contratti di locazione e di sublocazione di immobili urbani adibiti ad uso di abitazione, la l. 26 novembre 1969, n. 833, nel concedere il beneficio della (il diritto alla) proroga dei contratti in parola ai cittadini meritevoli di particolare tutela sotto il profilo economico-sociale, determinava la cerchia dei beneficiari (degli aventi diritto) in base al reddito risultante dell'iscrizione nei ruoli dell'imposta complementare. Una circostanza di fatto fondamentale per la decisione di una controversia sul diritto di proroga veniva quindi definita attraverso il riferimento alle risultanze di un (precedente) accertamento amministrativo.

Ancora; la stessa legislazione vincolistica subordinava la proroga dei contratti di locazione a un indice di affollamento a determinare attraverso la divisione dei componenti la famiglia per il numero dei vani abitati. Per la determinazione del nucleo familiare la legge faceva riferimento ai dati risultanti dai registri anagrafici.

Il problema che le norme di questo genere pongono in relazione all'art. 24 della

Costituzione riguarda il valore “probatorio“ da attribuire alle risultanze amministrative nei giudizi civili in cui si controversano dei diritti soggettivi tra privati. Più in particolare, il quesito è duplice:

a) il giudice, nel definire le posizioni giuridiche dei contendenti tra i cui elementi costitutivi (o anche impeditivi) si pongono i dati risultanti da atti o provvedimenti amministrativi, frutto di specifica attività accertativa compiuta da organi della pubblica amministrazione, deve ritenere vincolanti i dati quali emergono dall'accertamento amministrativo o è libero di valutarli secondo il suo prudente apprezzamento servendosi (anche) di altre risultanze probatorie ?

b) e, prima ancora, le parti sono vincolate dall'accertamento dell'amministrazione svolto per fini non istruttori prima e fuori del processo o possono (e devono poter) sollecitare nell'ambito del processo un nuovo accertamento avvalendosi degli strumenti di prova garantiti in generale a chi è parte nel giudizio?

Gli interrogativi vengono prospettati alla Corte costituzionale con riguardo all'art. 6 della l. 26 novembre 1969 n. 833 nella parte in cui stabilisce che “ la proroga dei contratti di locazione non si applica quando il conduttore o il sub-conduttore siano iscritti ai fini dell'imposta complementare per l'anno 1969, per un reddito superiore ai 6 milioni di lire”. A supporto delle censure di legittimità il giudice *a quo* osserva che “la disposizione in questione, elevando le risultanze amministrative ad elemento probatorio condizionante il giudizio sull'applicabilità o meno della proroga, fa sì che l'esame del punto principale della controversia – il reddito del conduttore - si svolga senza la partecipazione dei contendenti e senza il necessario contraddittorio delle parti in ordine alla situazione da accertare” con evidente violazione del diritto di difendersi provando.

La Corte riconosce le ragioni che hanno indotto il legislatore ad introdurre la disciplina in parola, vale a dire, la necessità di limitare il beneficio della proroga ad una categoria di conduttori che godano di limitato reddito annuale, e l'intento di evitare le difficoltà di accertamento delle condizioni economiche rendendo facile e spedita la risoluzione di controversie in materia delicata quale quella delle locazioni. E rileva che a tal fine lo stesso legislatore ha fatto riferimento ad un dato ritenuto obiettivo quale quello del reddito imponibile risultante dai ruoli dell'anno 1969.

Questo disegno, per quanto apprezzabile, finiva però per attribuire all'iscrizione al ruolo il valore di una “prova incontestabile“. Di qui la sua illegittimità.

L'accertamento fiscale trasferito in un procedimento avente carattere e finalità assai differenti – sottolinea la Corte nella sentenza n. 132 del 1972 - può avere soltanto valore *dimostrativo* e come tale va soggetto all'apprezzamento del giudice. La tutela giurisdizionale sul diritto controverso va pienamente assicurata dal regolare contraddittorio e dall'ammissione della prova contraria: nel caso, della prova che il conduttore gode di un reddito superiore a quello risultante dall'iscrizione nei ruoli della imposta complementare.

Per questo viene dichiarata la illegittimità costituzionale delle norme denunciate nella parte in cui non riconoscono al locatore il diritto di provare che il conduttore gode di un reddito superiore a quello risultante dall'iscrizione nei ruoli dell'imposta complementare; nonché nella parte in cui negano rilevanza alle variazioni del reddito eventualmente sopravvenuto .

La pronuncia in parte ribadisce e in parte estende l'ambito di operatività di un principio desumibile dalla sentenza n. 70 del 1971: accertamenti condotti dalla P.A. prima e al di fuori del processo attraverso procedimenti con carattere e finalità *non istruttoria* non devono privare le parti del diritto di difendersi privando né spogliare il giudice del potere di giudizio che ad esso istituzionalmente spetta. Trasferiti in un processo in cui si controverte di diritti tra le parti quegli accertamenti possono avere soltanto valore *dimostrativo* soggetto all'apprezzamento del giudice. Inoltre, la tutela giurisdizionale dei diritti richiede che sui dati risultanti dall'attività della P.A. si possa svolgere "regolare contraddittorio" e sia ammessa la facoltà di prova contraria, componenti essenziali di un giusto processo.

I principi verranno riaffermati in una serie di pronunce successive in cui la Corte, con riferimento alla normativa vincolistica succedutasi nel tempo (l. 4 agosto 1974, n. 351; l. 31 luglio 1975, n. 363) sottolinea che quando il legislatore, per individuare elementi obiettivi rilevanti ai fini della disciplina del rapporto di locazione, in particolare ai fini dell'applicabilità della proroga dei contratti di locazione di immobili urbani adibiti ad uso di abitazione si riferisce a specifici elementi di fatto risultanti da accertamenti amministrativi, la corrispondenza di tali risultanze alla realtà dei fatti può essere "smentita" dal contro interessato in sede processuale. Così la sentenza del 18 novembre 1976, n.225 dichiara la illegittimità delle disposizioni legislative nella parte in cui non riconoscono al locatore che agisce per la tutela del proprio diritto di ottenere la disponibilità dell'immobile locato "di provare che il conduttore o sub-conduttore gode di un reddito complessivo netto superiore a quello risultante dall'iscrizione al ruolo ai fini dell'imposta complementare" come pure "nella parte in cui non attribuiscono al locatore il diritto di provare le variazioni di reddito complessivo del conduttore e sub-conduttore eventualmente sopravvenute quali elementi essenziali per escludere l'applicazione del regime vincolistico". Le risultanze degli accertamenti fiscali – ripete la Corte – trasferiti in un processo civile tra locatore e conduttore e quindi in un procedimento avente carattere e finalità assai differenti, possono avere soltanto valore dimostrativo e, come tale, soggetto all'apprezzamento del giudice: innanzi al quale la tutela del diritto controverso va pienamente garantita dal regolare contraddittorio e dall'ammissione della prova contraria.

Le stesse ragioni richiamate contro la vincolatività delle risultanze fiscali nell'ambito dei rapporti locatizi vengono addotte per riconoscere al locatore il diritto di fornire la prova contraria nei confronti delle risultanze anagrafiche e per dichiarare in conseguenza la illegittimità, per contratto con gli artt. 3 e 24 Cost. della disposizione dell'art. 1 d.l. 27 giugno 1967 , n. 460 (convertito con modificazioni in l. 28 luglio 1967, n. 628) nella parte in cui la protrazione del vincolo di durata del rapporto contrattuale viene

messo in correlazione con un indice di affollamento determinato dividendo il numero dei componenti della famiglia, *risultante dai registri anagrafici*, per il numero dei vani abitabili. “ Non vi è dubbio – nota la Corte – che la consistenza del nucleo familiare – uno degli elementi costitutivi del diritto alla proroga del rapporto di locazione – possa desumersi con obiettiva certezza da una documentazione proveniente dai registri anagrafici; ma può anche darsi ovviamente, che la effettiva situazione non coincida, per infedele dichiarazione o per intervenuti mutamenti non denunciati, nella composizione della famiglia, con quanto figurati negli atti anagrafici. Non vi è quindi costituzionalmente ragione di ancorare l'accertamento di uno degli elementi costitutivi del trattamento di favore per il conduttore alle risultanze di un accertamento amministrativo formatosi attraverso un procedimento con carattere e finalità assai differenti, facendone la fonte esclusiva o determinante del giudizio di fatto in sede processuale senza vagliarne la attendibilità attraverso un convincimento raggiunto contraddittoriamente dentro il processo per mezzo di prove e di altri strumenti di indagine istruttoria² (Cost. 22 aprile 1980, n.56).

2.4. (Segue:) l'efficacia non vincolante della classificazione catastale ai fini della determinazione dell'equo canone.

L'esigenza di assicurare l'acquisizione contraddittoria delle prove nel processo civile viene riaffermata con forza dalla giurisprudenza, non solo della Corte costituzionale, quando la legge 27 luglio 1978 n. 392 (cd. legge sull'equo canone) contenente la nuova disciplina delle locazioni di immobili urbani nel congeniare l'equo canone come remunerazione legale tendenzialmente uniforme per immobili aventi caratteristiche omogenee di godibilità abitativa, stabilisce di far riferimento alla *categoria catastale*, considerando che di regola questa esprime un determinato livello qualitativo dell'immobile, quasi un giudizio sintetico derivante dalla valutazione congiunta di elementi che la stessa legge prende in esame autonomamente e singolarmente al fine di graduare la idoneità di un immobile a soddisfare esigenze abitative.

La legge, a dire il vero, si limita a fare “riferimento” al dato catastale come ad una sorta di “consulenza informale“ affidata ad uffici che, per la loro specifica competenza e la conoscenza della situazione locale, possono fornire una rapida e tendenzialmente esatta risposta. Tuttavia, sulla scorta di un certo orientamento interpretativo si fa strada l'idea della *vincolatività* (anzitutto per le parti e, in caso di contestazione,) per il giudice del classamento operato dall'Ufficio tecnico erariale nei confronti del quale il conduttore potrebbe proporre solo ricorso commissioni tributarie. L'intervento della Corte costituzionale chiarirà che non si può attribuire valore di dato incontrovertibile all'accertamento catastale effettuato dalla P.A. ai fini dell'individuazione del coefficiente da applicare al calcolo dell'equo canone. Dovendo comunque il giudice adito determinare l'equo canone, perché questo costituisce l'oggetto del giudizio, la classificazione

dell'immobile dovrà necessariamente essere effettuata nel processo civile sulla base di un accertamento probatorio, rispetto al quale il giudice ha i normali ed ampi poteri di indagine e di apprezzamento (Corte cost., 7 aprile 1983, n. 84).

In modo non dissimile, ponendosi nella prospettiva della tutela del conduttore (e talora anche del locatore) che ritenga l'originaria classificazione catastale non rispondente alle caratteristiche dell'unità immobiliare, la Corte di Cassazione (Cass. S. U., 17 novembre 1984, n. 5834) sottolineerà che il riferimento fatto dal legislatore alla classe catastale attribuita d'ufficio dall'U.T.E. (così come il riferimento fatto nelle precedenti leggi all'iscrizione del reddito del conduttore nei ruoli dell'imposta complementare o alle risultanze dei registri anagrafici) ha l'unico scopo di rendere più agevole e rapido il riscontro ad opera delle parti ed, eventualmente, del giudice della situazione di fatto rilevante per la decisione della controversia civile, nella previsione che il più della volte non sorga contrasto sugli accertamenti compiuti dai competenti uffici pubblici. Il riferimento alla classe catastale dell'immobile locato non attribuisce però, in alcun caso, a quegli accertamenti la dignità di prova legale“. In caso di contestazione alle parti va sempre assicurata la piena facoltà di difendersi in contraddittorio, fornendo la prova contraria.

“La classificazione catastale dell'immobile – spiega la Cassazione – che ai sensi dell'art.16 l.27 luglio 1978, n.392, costituisce coefficiente correttivo del costo base ai fini della determinazione dell'equo canone, non è vincolante, ma può essere contestata, davanti al giudice ordinario, dalle parti del rapporto di locazione, che possono dimostrare tutte le circostanze di fatto rilevanti per una diversa classificazione dell'immobile, in conseguenza di modificazioni intervenute in esso o nel contesto urbanistico (...)”.

Il principio enunciato con specifico riferimento alla normativa in materia di locazione ha valore generale e va inteso come concretizzazione dell'art. 24 Cost. nella sua manifestazione di diritto o potere delle parti di contribuire, nell'ambito del processo, alla libera ricostruzione dei fatti quali realizzatisi nella realtà. Collocando il fenomeno sul piano probatorio- istruttorio, si può affermare, che i riferimenti della legge alle risultanze di accertamenti amministrativi come dati incidenti sulla configurazione di un diritto sono da intendersi come semplici “parametri indicativi“, suscettibili, in caso di contestazione, di prova contraria nei giudizi in cui si controverta dei relativi diritti. In altre parole, le risultanze di accertamenti formati prima e al di fuori del processo attraverso procedimenti con carattere e finalità amministrativa sono prive di efficacia vincolante per la decisione di una controversia tra soggetti relativa a diritti alla cui configurazione quei dati e quelle risultanze concorrono come elementi formativi. Quelle risultanze, quando siano contestate, in sede giudiziale, non possono diventare fonte esclusiva e determinante del giudizio di fatto, senza vaglio della loro “attendibilità“ attraverso un apprezzamento raggiunto contraddittoriamente all'interno del processo per mezzo di prove o di altri strumenti di indagine istruttoria. Dalla giurisprudenza costituzionale in materia non sembra invece deducibile il principio per cui quelle risultanze possono trovare ingresso nel processo solo

se sono precostituite con la consapevole cooperazione delle parti.

La garanzia costituzionale del diritto alla formazione della prova nel processo vieta che accertamenti compiuti prima ed al di fuori del processo diventino uno strumento probatorio inattaccabile, una sorta di prova regale precostituita al giudizio civile destinata a segnare l'andamento del processo. In altri termini, vieta che l'accertamento di un organo amministrativo che opera prima e al di fuori del processo (e delle sue regole) esaurisca la *quaestio*, togliendo al giudice e, prima ancora, alle parti che agiscono per la tutela dei propri diritti qualcosa di essenziale per la giusta risoluzione della controversia. L'accertamento in sede giudiziale va "svincolato" dal rigido collegamento con le risultanze amministrative.

La garanzia della formazione della prova nel processo, però, non implica anche la radicale esclusione di ogni impiego, ai fini probatori, dell'efficacia in quel processo degli accertamenti compiuti fuori di esso. Dai principi stabiliti dalla giurisprudenza costituzionale non è desumibile una rigida preclusione dell'ingresso nel processo di elementi di giudizio ricavati da strumenti che per legge non abbiano soltanto funzione probatoria; ne è desumibile un divieto di ingresso nel giudizio di mezzi di prova non espressamente regolati o non riconducibili al catalogo probatorio del codice. Essenziale è che il loro ingresso nel giudizio non cancelli il rispetto dei diritti di difesa, in particolare, il diritto alla prova contraria e il contraddittorio sull'apprezzamento della loro efficacia probatoria. La mancata realizzazione del contraddittorio nella fase di formazione prima e al di fuori del processo non costituisce valida ragione di esclusione.

2.5. L'efficacia probatoria dei verbali rispettivi dei funzionari degli Enti di previdenza dell'Ispettorato di lavoro.

I principi elaborati dalla giurisprudenza costituzionale sul tema dell'efficacia probatoria di accertamenti amministrativi formati prima e al di fuori del processo – principi incentrati sulla duplice affermazione della piena autonomia dell'accertamento in sede giudiziale rispetto alla pregressa fase amministrativa e del necessario rispetto del diritto alla prova contraria e del contraddittorio nell'apprezzamento delle risultanze acquisite fuori dal processo – possono offrire una preziosa guida per l'analisi e lo studio dei problemi relativi al valore probatorio dei verbali redatti dai funzionari degli enti previdenziali e dell'Ispettorato del lavoro.

Come abbiamo avuto modo di notare in precedenza, in vari settori l'ordinamento predispone procedimenti diretti ad accertare determinati fatti affidando il relativo compito a soggetti della pubblica amministrazione. E' il caso anche dei funzionari degli enti di previdenza e dell'Ispettorato di lavoro che la legge - nell'intento di contrastare i vari fenomeni di irregolarità in materia di lavoro e di previdenza sociale - munisce di ampi poteri di ispezione e di indagine, tra cui la facoltà di accedere e di visitare, in tutte le loro

parti, i locali aziendali e consultare ogni documentazione avente diretta o indiretta pertinenza con l'assolvimento degli obblighi sia retributivi che contributivi, e di assumere dichiarazioni e notizie dal datore di lavoro e dai lavoratori. (In seguito alla riforma dei servizi ispettivi adottata con il d.lgs. n.124 del 2004, l'attività di ispezione e di vigilanza è stata coordinata con i nuovi compiti di prevenzione e di promozione del personale ispettivo). Questa attività rivolta al reperimento e all'apprensione di dati fattuali e ordinata alla possibilità di attribuire ad essi una qualità giuridica, si estrinseca attraverso atti di varia natura tra cui il *verbale ispettivo* che non vive solo in relazione ad un impiego probatorio ma che, tuttavia, spesso confluisce nel processo con funzione probatoria. Il profilo della sua utilizzazione in tale sede merita di essere brevemente esaminata per i problemi che pone e gli interrogativi che solleva.

Occorre avvertire innanzitutto che i verbali ispettivi presentano un contenuto eterogeneo in conseguenza dell'ampiezza dei poteri conferiti ai funzionari in questione: ai fatti direttamente constatati dagli ispettori (e le eventuali deduzioni di carattere fattuale degli stessi) si affiancano dichiarazioni di terzi. Inoltre, i verbali di accertamento, dopo aver descritto una serie di fatti e rinviato alle dichiarazioni raccolte procedono di regola a valutazioni di carattere giuridico, contengono cioè una sorta di “giudizio di diritto“ (come ad esempio, la qualificazione di certi fatti come omissione o evasione contributiva oppure la qualificazione di certe circostanze fattuali come rapporto di lavoro subordinato). Questa eterogeneità del contenuto impone di operare una serie di distinzioni in ordine al tema che qui interessa; distinzioni non sempre operate con la dovuta cura dalla giurisprudenza impegnata a definire la *vis probatoria* dei verbali ispettivi.

Quanto a quest'ultimo profilo, la natura del soggetto da cui l'atto (documento) promana ha favorito la tendenza a qualificare gli atti che si pongono a conclusione del procedimento diretto ad accertare determinati fatti e così i verbali ispettivi dei funzionari degli enti previdenziali e dell'Ispettorato di lavoro - quindi i documenti che materialmente racchiudono l'atto di accertamento - come “atti pubblici” e dotarli conseguentemente di *particolare attendibilità*. I verbali redatti dall'Ispettorato del lavoro e dagli enti previdenziali incaricati di ispezione - afferma un consolidato orientamento giurisprudenziale - “fanno piena prova, fino a querela di falso della provenienza dell'atto da colui che lo ha formato nonché dei fatti che questi attesta essere avvenuti in sua presenza o essere stati da lui compiuti (Cass., sez. lav., 19 gennaio 2010, n. 794; Cass. sez. lav., 8 aprile 2010, n.8335). Insomma, la tendenza è di definire l'efficacia probatoria dei verbali di accertamento in base al disposto dell'art. 2700 c.c. secondo la nota distinzione tra *estrinseco* dell'atto e *intrinseco* dell'atto. (Il riferimento è a volte operato all'art. 10 comma 5 d. lgs. n. 124/ 2004 ove si stabilisce che i verbali ispettivi sono fonte di prova ai sensi della “normativa vigente”).

In tal modo si finisce però coll'estendere in modo discutibile la nozione legale di atto pubblico al di là dei limiti stabiliti dagli artt. 2699 ss. c.c., e, quindi, col creare categorie estese di prove legali (quasi inattaccabili). Non è affatto scontato che i verbali

degli ispettori siano da qualificare atti pubblici fide-facienti, sia pure limitatamente ai fatti da essi direttamente percepiti, visto che non basta la qualifica del soggetto che redige l'atto (il documento) per attribuire all'atto valore privilegiato, ma è la specifica attribuzione normativa di una potestà di attestazione documentale che produce questo effetto. La qualità di atto pubblico – per essere dotato dell'efficacia di piena prova fino a querela di falso sugli elementi indicati nell'art. 2700 c.c. - richiede il rispetto dei requisiti stabiliti dall'art. 2699 c.c. tra cui, appunto, la formazione dell'atto da parte di un pubblico ufficiale “ autorizzato ad attribuire pubblica fede nel luogo dove l'atto è formato “. Nel caso del verbale ispettivo si tratta di un atto formato strumentalmente nell'esercizio di funzioni diverse e quindi non può avere tale efficacia.

La dilatazione della categoria degli atti pubblici e la conseguente estensione della particolare efficacia probatoria a documenti che non rientrano nella previsione dell'art.2699 c.c. sono difficilmente compatibili con i principi elaborati dalla Corte costituzionale in materia di accertamenti amministrativi stragiudiziali e la loro efficacia probatoria nel processo civile. Una tutela giurisdizionale che si espliciti nel segno dell'effettività secondo i canoni delle garanzie costituzionali non può ragionevolmente esprimersi con un sistema processuale che conferisca ad una delle parti in conflitto - nella specie alla p. a. - il potere di confezionare “unilateralmente” un documento avente efficacia probatoria dell'atto pubblico in ordine ai fatti di causa.

In giurisprudenza, a volte, si è fatto anche riferimento alla *presunzione di legittimità* degli atti amministrativi per attribuire una particolare *attendibilità* alle risultanze degli accertamenti amministrativi senza operare una distinzione all'interno del contenuto degli atti (Cass., 30 luglio 1987, n. 6595). Così però si è trascurato che la presunzione di legittimità riguarda unicamente il piano sostanziale e giustifica la immediata esecutività dell'atto stesso, ma non si estende al versante processuale sul quale non spiega effetto alcuno. Essa non ha nulla in comune con una “presunzione di verità“ dei fatti accertati dall'organo amministrativo o con una peculiare attendibilità delle valutazioni tecniche o non dell'organo stesso.

Nel panorama giurisprudenziale si registrano poi sentenze che assegnano alle parti del verbale non coperte da efficacia fidefacente, in particolare alle dichiarazioni di terzi riversate nel verbale “ un grado di attendibilità non infirmata se non da specifica prova contraria“ stante “la garanzia connessa alla natura pubblica dell'organo da cui proviene. (Cass., 12 agosto 2004, n. 15702). In realtà, non ha fondamento alcuno voler estendere l'attendibilità del verbalizzante, desunta dalla sua veste pubblica, a quanto verbalizzato stragiudizialmente. La incontrovertibilità del fatto storico della dichiarazione resa da un terzo nel corso dell'ispezione, una volta verbalizzata, non può trasferirsi al contenuto della dichiarazione stessa. Come è stato puntualmente notato, quando si parla di particolare attendibilità della p.a. si rischia di creare un'ampia categoria di testimoni privilegiati che dominano l'accertamento dei fatti in giudizio, con violazione della regola che impone il paritario contraddittorio nel procedimento (Taruffo). Nel caso dei verbali ispettivi, come

nei casi dei risultati di accertamenti amministrativi condotti con finalità non istruttoria, l'essenziale è che essi non diventino fonte esclusiva (o privilegiata) dell'accertamento giudiziale e che il loro ingresso nel processo non cancelli (di fatto) il diritto della controparte alla difesa in contraddittorio.

Una precisazione e considerazione critica si impone con riguardo alle valutazioni dei fatti accertati e alle qualificazioni giuridiche espresse dall'ispettore del lavoro o degli enti previdenziali nelle conclusioni del verbale ispettivo, ad esempio in ordine alla natura autonoma o subordinata del rapporto di lavoro oggetto dell'accertamento o in ordine alla idoneità di determinati comportamenti ad essere qualificati come esercizio dei poteri tipici del datore di lavoro o, ancora, in ordine alla riconduzione di una certa vicenda alla interposizione di manodopera.

Nell'eventuale fase giudiziale queste valutazioni e qualificazioni essenziali nella fase amministrativa sono destinate a rimanere delle mere opinioni, dei punti di vista di una parte, e non possono dare luogo a presunzioni di sorta a sostegno della fondatezza della pretesa contributiva o sanzionatoria. Sono argomentazioni che non hanno a che vedere con la prova dei fatti. La qualificazione giuridica è compito affidato al giudice il quale non può limitarsi ad un mero richiamo alle risultanze del verbale ispettivo (Cass., 16 giugno 2006, n. 13935).

Se la valutazione o le conclusioni cui perviene il funzionario riguardano profili di fatto – ci riferiamo alle considerazioni che si sostanziano in deduzioni di carattere fattuale tratte da certi fatti o circostanze come ad es. data di inizio o durata del rapporto di lavoro – l'inferenza logica e quindi la attendibilità dei presupposti su cui si fonda, devono essere autonomamente ripercorse dal giudice e verificate nel processo.

2.6. (Segue): L'utilizzazione nel processo delle dichiarazioni rese da terzi.

Notevoli incertezze circondano il problema dell'utilizzazione nel processo delle *dichiarazioni rese da terzi* in ordine a fatti o circostanze che l'ispettore non ha percepito direttamente e contenute in verbali ispettivi prodotti in giudizio e, quindi, il problema della loro utilizzazione quale mezzo di prova finalizzata alla formulazione del giudizio sul fatto riguardante l'esistenza di determinati fatti storici, qualificabili quali costitutivi, modificativi o estintivi del diritto vantato.

Per una parte della giurisprudenza tali dichiarazioni vanno incluse tra gli *indizi* che possono concorrere, assieme con altri, alla formazione di una presunzione semplice ai sensi dell'art. 2729 c.c. Muovendo da analoghe premesse, altre volte si dice che le dichiarazioni in parola possono costituire *argomenti di prova* che da soli non possono costituire l'unico fondamento del giudizio di fatto se non accompagnati da prove propriamente dette (ad es. App. Bologna, 23 gennaio 2003). Altro orientamento le accosta alle prove testimoniali ritualmente acquisite, con la conseguenza di ritenere inammissibile o superflua una loro audizione come testimoni. Ma non mancano casi in cui si è affermato con decisione che

“l'esistenza di dichiarazioni rese da terzi al di fuori del processo non può prevalere sulla richiesta di espletamento della prova testimoniale”, rimarcando altresì che “le prove devono di norma essere raccolte nel processo, nel contraddittorio delle parti e con le garanzie derivanti dalla responsabilità penale connessa alla falsa testimonianza” (Cass., sez. lav., 21 maggio 2007, n. 11746).

A nostro avviso, occorre distinguere tra due possibili scenari. Se la controparte dell'amministrazione non contesta o contesta in modo del tutto generico la sussistenza dei fatti storici dichiarati dai terzi non vi è necessità di assumere come testimoni i terzi dichiaranti. Il fatto non contestato non ha bisogno di essere provato.

Invece, se i fatti dichiarati all'ispettore vengono contestati, la conoscenza dei fatti storici rilevanti va ritualmente acquisita attraverso lo strumento tipico a tal riguardo previsto, ossia attraverso la prova testimoniale, nel rispetto del contraddittorio e dell'obbligo di dire la verità cui il dichiarante testimone è tenuto. L'ingresso nel giudizio delle dichiarazioni contenute nel verbale non deve cancellare di fatto il diritto della controparte alla difesa in contraddittorio. Il principi consacrati negli art. 24 e 111 Cost. richiedono che il rispetto del contraddittorio sia assicurato nella fase processuale dell'impiego delle prove create fuori dal giudizio. Ciò significa che nell'ambito del contenzioso giudiziale le dichiarazioni rese in sede di ispezione non possono essere considerate sostitutive rispetto alla prova testimoniale e che l'esistenza di dichiarazioni rese da terzi al di fuori del processo non può prevalere sulla richiesta di espletamento della prova testimoniale nel senso di renderla “superflua” o addirittura inammissibile (Cass. 21 maggio 2007, n. 11746; in senso contrario Cass., 28 dicembre 2006, n. 27029).

Allo stesso tempo, però, la necessità di svincolare il piano del giudizio dalla pregressa fase amministrativa e di affermare l'autonomia dell'accertamento compiuta in sede giudiziale non implica che alle dichiarazioni stragiudiziali debba venire negato ogni valore probatorio; in particolare, non comporta che esse non possano essere utilizzate come strumento per verificare la attendibilità delle dichiarazioni rese in giudizio. I tempi e le modalità con cui le dichiarazioni vengono acquisite nella fase amministrativa impediscono una loro assimilazione alle dichiarazioni testimoniali ma non escludono che esse possano assumere una effettiva valenza probatoria nel processo. Negare ogni effetto alle dichiarazioni equivarrebbe, oltretutto, togliere qualsiasi valore anche pratico all'accertamento ispettivo e sarebbe anti-economico.

Non è invece condivisibile l'indirizzo giurisprudenziale che, in linea di principio, ritiene le dichiarazioni assunte “a caldo” dagli ispettori e riportate nei verbali *più attendibili* – perché più spontanee e rese senza condizionamento da parte del datore di lavoro – dell'eventuale testimonianza di segno contrario resa dagli stessi individui nel giudizio (Trib. Verona, 2 agosto 2000; App. Venezia, 19 dicembre 2001). Esistono valide ragioni che suggeriscono la massima cautela nel valutare le risultanze “documentali” il cui contenuto è acquisito fuori dal processo. L'ispettore, infatti, non si limita di regola a

recepire passivamente quanto gli viene dichiarato. Spesso la verbalizzazione delle risposte comporta anche margini di valutazione che possono variare addirittura a seconda del tipo di istruttoria condotta, “ mirata “, ad esempio a sostenere una certa tesi. Anche il modo di riportare le affermazioni incide sul loro complessivo significato.

In caso di difformità tra il contenuto della deposizione resa al giudice e quella stragiudiziale, deve prevalere, in linea di principio, la prima in quanto prova assistita dalle garanzie tipiche della presenza e verbalizzazione del giudice, del contraddittorio tra le parti e della responsabilità per falsa testimonianza. Al giudice spetta comunque il compito di vagliare la credibilità del testimone e l’attendibilità della sua deposizione in giudizio. Non è da escludere perciò che possano ricorrere situazioni che, alla stregua di un criterio di probabilità logica prevalente, inducono a considerare “vera“ l’ipotesi sul fatto corroborata più dalla dichiarazione resa dallo stesso soggetto in sede stragiudiziale che dalla testimonianza, grazie anche alla idoneità della dichiarazione stragiudiziale di far sentire il suo peso nel conflitto fra prove tipiche. Con queste qualificazioni e precisazioni può essere condiviso anche l’insegnamento giurisprudenziale secondo cui le dichiarazioni provenienti da terzi rese agli ispettori, pur prive di un valore probatorio preconstituito, rappresentano materiale probatorio liberamente valutabile e apprezzabile dal giudice unitamente alle altre risultanze raccolte nel giudizio (Cass.sez. lav., 19 aprile 2010, n. 9251).

3. Giudizio di fatto e limiti probatori: la prova testimoniale tra incapacità e divieti.

3.1 Rilievi introduttivi

Accanto alle ipotesi in cui il legislatore limita l’iniziativa probatoria in ordine all’accertamento di determinati fatti inerenti ai rapporti sostanziali suscettibili di essere dedotti in giudizio affidandolo ad organi o uffici che operano prima e al di fuori del processo, l’ordinamento offre l’esempio di fattispecie in cui il legislatore preclude l’impiego di determinati mezzi di prova per l’accertamento di fatti di causa, o in considerazione della *natura del mezzo di prova* o in considerazione della *natura dei fatti da provare*. Si può parlare in questi casi di *limiti relativi* del diritto alla prova o, più semplicemente, di limiti di ammissibilità di un mezzo di prova .

Ipotesi del genere si rinvengono nell’attuale disciplina della *prova testimoniale civile* condizionata dall’immagine che di tale mezzo di prova avevano disegnato i codici napoleonici. Nella disciplina in parola regole di esclusione fondate sulla *qualità soggettiva* del teste inserite nel codice di rito con la duplice formula “*incapacità a testimoniare*“ (art. 246 c.p.c.) e “*divieto di testimoniare* “ (usata per il non più vigente art. 247 c.p.c.), sono affiancate da regole di *inammissibilità* della prova per testi collocate nel codice civile (art. 2721 e segg. c.c.): le une e le altre espressione di un generale sfavore per la testimonianza

e della scarsa fiducia nell'attendibilità delle sue risultanze.⁷

Si parla di limiti relativi al diritto alla prova per evidenziare il fatto che la normativa in questione non implica alcun divieto derivato o conseguente di assumere o di utilizzare nel giudizio altri mezzi di prova, previsti in generale dall'ordinamento. Tuttavia, la distinzione tra limiti probatori assoluti e limiti probatori relativi, chiara e lineare sul piano astratto, perde il rigore dei suoi contorni di fronte al concreto atteggiarsi dei singoli casi concreti. Limiti probatori in astratto relativi come quelli previsti dagli artt. 246 e 247 c.p.c. possono diventare, in concreto, assoluti, allorché la prova inammissibile sia la sola di cui la parte dispone per dimostrare la sussistenza di un determinato fatto posto a fondamento della domanda. Per converso, gli stessi limiti, in altri casi possono essere irrilevanti e non determinare alcuna compressione della posizione attiva della parte quando la parte stessa disponga di prove diverse (ad es. prove scritte) da quelle colpite dalla regola di esclusione, effettivamente utilizzabili per la ricostruzione dei fatti di causa.

Una fattispecie illustrativa della prima situazione sopra ipotizzata - con limiti probatori relativi che nel caso concreto diventano assoluti - è offerta dalla vicenda che ha portato alla prospettazione della questione di legittimità costituzionale, in relazione agli artt. 3 e 24 Cost. delle disposizioni dell'art. 246 c.p.c. (incapacità a testimoniare) e dell'art. 247 c.p.c. (divieto di testimoniare). Ricordiamo che mentre per l'art. 246 “non possono essere assunte come testimoni le persone aventi nella causa un interesse che potrebbe legittimare la loro partecipazione al giudizio“, per l'art.247 (al tempo vigente) non possono deporre “ il coniuge ancorché separato, i parenti o affini in linea retta e coloro che sono legati a una delle parti da vincoli di affiliazione, salvo che la causa verta su questioni di stato di separazione personale o relativa a rapporti di famiglia”.

3.2. Il divieto di testimoniare e l'incostituzionalità dell'art.247 c.p.c.

In un'azione per danni da responsabilità extracontrattuale, l'attore chiedeva di provare le modalità del sinistro stradale per il quale era causa indicando come testimoni la figlia presente all'incidente ed una terza persona trasportata a titolo di cortesia nella propria autovettura, rimasta ferita nell'incidente. L'attore non aveva altre prove da esperire.

⁷ I limiti relativi all'ammissibilità della prova testimoniale posti dagli artt. 2721-2726 c.c. sono espressione non solo della notevole diffidenza verso questo mezzo probatorio nel campo contrattuale, ma sono intese anche a favorire la formazione per iscritto dei contratti a garanzia della certezza dei rapporti giuridici negoziali. Caratteristica delle regole è comunque la loro notevole elasticità, in quanto sono “derogabili” da parte del giudice in presenza di determinati motivi tecnici, condizioni ambientali e relazioni personali fra i contraenti o altre circostanze contingenti che possono spiegare o giustificare perché le parti non abbiano provveduto a procurarsi un documento scritto. Va ricordato anche che i limiti relativi all'ammissibilità della prova testimoniale di cui alle citate disposizioni del codice civile sono, secondo l'orientamento costante della giurisprudenza, posti a tutela di interessi privatistici e non attinenti all'ordine pubblico per cui possono essere derogati per accordo delle parti e la loro violazione non è rilevabile d'ufficio.

A seguito dell'opposizione del convenuto, entrambe venivano escluse come testimoni: la figlia perché incapace di testimoniare in forza dell'art. 247 e la persona trasportata in quanto terzo avente "interesse" nella causa ai sensi dell'art. 246 c.p.c. . Di qui i dubbi di incostituzionalità argomentati dal giudice di rinvio rispetto al divieto di testimoniare dettato dall'art. 247 con il duplice rilievo che esso (divieto) " limita sostanzialmente, fino talvolta ad eliminarla, la possibilità di dimostrare i fatti addotti a sostegno della domanda o delle eccezioni e quindi di agire in giudizio per la tutela del proprio diritto, e crea nel contempo una discriminazione tra quei cittadini, che per avere conoscenza di un fatto processualmente rilevante, possono essere chiamati ad esercitare il diritto-dovere di rendere testimonianza". Al giudice *a quo* pareva contrastante con "il principio del rispetto della dignità e della personalità morale dei cittadini, del quale è permeata la Costituzione (...), il ritenere aprioristicamente inattendibili le testimonianze che potrebbero essere rese da determinate persone, presumendo quindi in sostanza la loro falsità".

Dubbi ulteriori di legittimità costituzionale del divieto contenuto nell'art. 247 c.p.c. nascevano dal fatto che esso "non è operante per le cause relative a questione di stato, separazione personale, rapporti di famiglia e non trova applicazione nel giudizio penale, dove è consentito di testimoniare sia al coniuge che alle altre persone indicate nella norma in esame, anche quando, in veste di danneggiati, si costituiscono parte civile nello stesso processo, mentre ciò è loro precluso [incongruamente] "qualora l'accertamento del loro diritto al risarcimento avvenga in un processo civile".

Secondo il giudice *a quo* le stesse argomentazioni valevano per il divieto posto dall'art. 246 c.p.c. dal momento che: a) "anche l'incapacità a testimoniare di chi ha un interesse che potrebbe legittimare la sua partecipazione al giudizio è basata su una presunzione di parzialità che non appare giustificata "; b) il divieto non trova applicazione nel processo penale; e c) si prescinde "dall'accertamento di un effettivo interesse a rendere una falsa testimonianza in rapporto alla pretesa che potrebbe eventualmente essere fatta valere in giudizio dal teste "

Con la sentenza 23 luglio 1974, n.248 la Corte costituzionale ritiene fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 247 c.p.c. ravvisando nel divieto ivi stabilito "una ingiustificata compressione del diritto di azione e di quello di difesa garantiti dall'art. 24 Cost.". A tale riguardo la Corte ricorda di avere avuto più volte occasione di affermare che "il potere di agire in giudizio per la tutela del proprio diritto, così come il diritto di difesa, deve, al pari di ogni altro diritto garantito dalla Costituzione, essere regolato dalla legge ordinaria in modo da assicurarne la *effettività*" e che la garanzia della tutela giurisdizionale viene compromessa, "se si nega o si limita alla parte il potere processuale di rappresentare al giudice la realtà dei fatti ad essa favorevole, se le si nega o le si restringe il diritto di esibire i mezzi rappresentativi di quella realtà".

E' ben vero, spiega la Corte, che l'esclusione e la limitazione della disponibilità di un mezzo probatorio e in particolare del ricorso della prova per testi sono state ritenute

costituzionalmente legittime, se giustificate dall'esigenza di "salvaguardare altri diritti o altri interessi giudicati degni di protezione e in base a criteri di reciproco coordinamento". Tuttavia, "il divieto sancito dalla norma denunciata non ha alcun riferimento all'oggetto specifico del giudizio né alla rilevanza degli interessi in gioco, ma, pur ammettendo in generale il mezzo della prova per testi, discrimina la capacità, o legittimazione, di questi secondo che siano o non siano in un dato rapporto personale con le parti". Ricorre qui un giudizio preventivo, da parte del legislatore, di inattendibilità della deposizione testimoniale di chi è legato alla parte da stretto vincolo familiare.

"A giustificare siffatto regime aprioristico di valutazione negativa di credibilità – rileva ancora la Corte - non basta addurre criteri di probabilità". Quel regime reca l'impronta di antichi istituti del processo canonico e comune e in particolare del metodo di valutazione quantitativa dei testi; e non ha valida ragione di essere nei moderni sistemi, che in conformità della evoluzione giuridica universale in tema di prove tendono in misura sempre più larga, pur con alcune limitazioni inerenti alle così dette prove legali, al principio del libero convincimento del giudice. E' perciò che la maggior parte delle più moderne legislazioni straniere respingono il criterio di una aprioristica esclusione del valore probatorio della testimonianza di alcuni soggetti fondata soltanto su motivi di sospetto di non sincerità secondo indici di probabilità, affidandone invece la valutazione al prudente apprezzamento del giudice da compiersi *a posteriori*, caso per caso. L'art. 247 del nostro c.p.c., non solo contrasta con siffatta evoluzione giuridica, ma viola, per quanto sopra si è detto, l'art 24 Cost., limitando ingiustificatamente il diritto alla prova, che costituisce nucleo essenziale del diritto di azione e di difesa".⁸

La Corte ritiene invece non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 246 c.p.c..

La norma - spiegano i giudici – non vieta l'assunzione come testi di coloro che abbiano un qualsiasi interesse, il quale possa indurre a far sospettare della loro sincerità, ma riguarda soltanto le persone "aventi nella causa un interesse che potrebbe legittimare la loro partecipazione al giudizio". Essa ha quindi "una portata e una *ratio* ben diverse da

⁸ Va osservato, peraltro che la sentenza n. 248 del 1974 eliminando quel divieto, ha anche prodotto un effetto "non voluto" per i soggetti considerati dall'art. 247. Non essendo prevista nel sistema del processo civile alcuna facoltà di astensione a tutela dei vincoli familiari per gli stretti congiunti della parte in causa, questi soggetti sono passati da un divieto di testimonianza ad un obbligo di testimonianza con le conseguenze penali della falsa testimonianza. Nel processo penale invece, il diritto di astenersi dal deporre attribuito ai prossimi congiunti offre loro un'opportuna alternativa al potere di rendere testimonianza conforme a verità. Nel processo civile non è riconosciuta una simile facoltà di astensione. L'anomalia rimane anche dopo le più recenti riforme del codice di rito civile in quanto l'art 249 c.p.c. non richiama la disposizione dell'art. 199 c. p. p. Il dubbio che la previsione dell'art.249 c.p.c. nella parte in cui "non richiama anche la facoltà di astenersi dal testimoniare dei prossimi congiunti" possa essere in contrasto con i parametri costituzionali degli artt. 3, 24 e 29 Cost. è stato liquidato dalla Corte con ripetute dichiarazioni di inammissibilità della relativa questione. Per la Corte, le scelte relative alla facoltà di astenersi dal testimoniare restano totalmente affidate al potere discrezionale del legislatore. Così da ultimo, ord. 9 aprile 2009, n.113.

quelle che erano proprie della allegazione a sospetto già prevista dall'art. 237 c.p.c del 1865 e della ricusabilità dei così detti *témoins reprochables* elencati nell'art. 283 del codice francese del 1806 (...), il quale vi comprendeva, tra gli altri, gli eredi presuntivi delle parti, i loro commensali, i dipendenti e domestici”.

Il riferimento a un interesse tale da legittimare la partecipazione al giudizio dimostrerebbe che “il divieto dall'art. 246 è dettato in funzione del principio, proprio del nostro ordinamento processuale civile, di incompatibilità delle posizioni di teste e di parte nel giudizio”. Questa antitesi, secondo la Corte, non è stata vista dal legislatore soltanto con riguardo a colui che sia già parte formale nel giudizio ovvero parte in senso sostanziale, cioè quella in nome della quale o contro la quale viene chiesta l'attuazione della legge, ma anche rispetto a tutti coloro che possono spiegare intervento in giudizio in una delle forme previste dall'art. 105 c.p.c.

“Anche se chi versa in una delle predette situazioni sostanziali non intervenga in giudizio, il legislatore lo ha, ai fini della capacità di testimoniare assimilato alla parte. E ciò si inquadra, per una razionale assimilazione di questi soggetti alle parti, nello stesso principio vigente nel nostro ordinamento processuale civile che esclude la testimonianza delle parti in causa.

A giudizio della Corte non sussiste perciò il contrasto con l'art. 24 Cost. né la questione può dirsi fondata, in riferimento all'art. 3 Cost., per le differenze prospettate nell'ordinanza rispetto al processo penale, in cui l'offeso dal reato, anche se costituito parte civile, può essere chiamato a deporre come testimone, perché “la diversità di trattamento è in funzione della diversa rilevanza degli interessi che sono in gioco nel processo penale”.

3.3. Una nota sull'art. 247 c.p.c. e sull'evoluzione storica del diritto delle prove: il metodo di valutazione quantitativo.

Accantonando per un momento una più puntuale analisi del tema dei limiti probatori cd. relativi e, soprattutto, un'analisi della risposta differenziata che la Corte ha voluto rendere in ordine alla legittimità degli artt. 247 e 246, sembra opportuno soffermarsi su quel passo della motivazione della sentenza n. 248 che ha portato alla declaratoria di incostituzionalità dell'art.247 c.p.c., in cui i giudici della Consulta tratteggiano fuggacemente l'evoluzione storica del diritto delle prove, individuandone un momento chiave nel passaggio dal regime di *aprioristica_valutazione_delle* prove, ovvero del cd. metodo di *valutazione_quantitativa* al principio del libero convincimento del giudice.

Con il metodo cd. *quantitativo_di_valutazione_dei_testi* si intende far riferimento alle norme che in tutti i Paesi europei fino a tempi non certo remoti facevano della testimonianza una prova rigidamente predeterminata nel suo valore, con la fissazione di un complesso di regole vincolanti di applicazione meccanica, tali da non lasciare un margine per la completa valutazione giudiziale. Alludiamo a quella serie di regole, in base alle quali

era stabilito il valore della testimonianza: *testis unus testis nullus, in ore duorum vel trium stat veritas, ec.*; e ancora, alle regole per cui i testimoni si classificavano e la testimonianza si valutava sulla base di elementi del tutto esteriori: *condicio, sexus, aetas, discretio, fama, fortuna, fides,* onde la deposizione di due donne valeva quanto quella di un uomo, la testimonianza di un ebreo meno di quella di un cristiano, quella di un chierico o di un nobile prevaleva su quella del non nobile o del laico, con ulteriori graduazioni secondo il grado della nobiltà o l'ufficio ecclesiastico.

Per valutare correttamente questo regime probatorio bisogna tener nella dovuta considerazione un dato semplice ancorché fondamentale: le soluzioni in tema di diritto delle prove si presentano non come risultato di opzioni prettamente tecniche, ma come prodotto di componenti storiche, sociali, politiche e, in senso lato, culturali. A queste componenti bisogna guardare per stabilire un corretto raffronto con altri sistemi probatori del tempo presente e passato.

Non sarà difficile cogliere in questo rilievo l'avvertimento che occorre spogliarsi del senso di superiorità con il quale l'osservatore moderno può essere portato a giudicare delle esperienze del passato e cercare di cogliere la razionalità o la ragion d'essere dei vari sistemi probatori all'interno delle varie epoche storiche. Solo così si riesce a capire perché in determinati momenti le prove e il metodo cd. quantitativo abbiamo potuto svolgere una funzione di garanzia e, tutto sommato, di giustizia. E che analoga funzione abbiano svolto in altre epoche storiche le prove cd. irrazionali.

Nei fatti giudiziari - scriveva Salvioli - gli uomini non sono sempre andati alla ricerca della verità nella stessa maniera e non li hanno sempre interpretati cogli stessi criteri: hanno visto mille difficoltà, occulte o palesi che impediscono la scoperta del vero e contro quelle difficoltà vere o immaginarie, i rimedi sono stati cercati anche nel complesso delle regole sopra ricordate. Si volle per tal via trovare una relativa sicurezza in procedimenti esteriori formali determinati dalla legge. E' questa attitudine dello spirito [che oggi giudichiamo negativa ma] che in passato non si è manifestata soltanto nei procedimenti giudiziari, ma in tante altre circostanze, consistenti nell'ossequio all'autorità, nella rinuncia a ragionare, nella diffidenza ad ogni soggettivismo, elementi che poi nel processo giudiziale si sono tradotte nel sostituire alla certezza morale la certezza della legge facendo della decisione del giudice un'operazione formale e meccanica.

Nel tempo presente e nelle condizioni di una società fiduciosa nelle proprie risorse razionali e convinta della necessità di fondare il processo su una prova analitica dei fatti e su una valutazione che si espliciti in argomentazioni controllabili dalla collettività, determinate scelte sembrano definitivamente superate. Anziché "contare" i testimoni secondo canoni di attendibilità definiti da un'aprioristica valutazione legislativa, il giudice è chiamato a "pesarli" attraverso la *libera valutazione* della loro deposizione nel qual contesto deve, caso per caso, tener il debito conto delle circostanze dell'attendibilità del teste e della credibilità della deposizione resa nella lite.

In tema di prova testimoniale, nota un recente arresto della Corte di cassazione “l’insussistenza - per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 284 del 1974 - del divieto di testimoniare sancito per i parenti dall’art. 247c.p.c. non consente al giudice di merito una aprioristica valutazione di non credibilità delle deposizioni rese dalle persone indicate da detta norma, ma neppure esclude che l’esistenza di uno dei vincoli in essa indicati possa, in concorso con ogni altro utile elemento, essere considerato dal giudice di merito ai fini della verifica della maggiore o minore attendibilità delle deposizioni stesse (Cass. sez. lav., 28 luglio 2010, n. 17630) .

L’affermazione di tecniche di accertamento secondo le quali il giudice possa e debba liberamente svolgere la sua attività di apprezzamento delle risultanze probatorie appare anche il terreno naturale per una piena realizzazione del *diritto della prova*.

E’ evidente però che bisogna guardarsi da un atteggiamento di fiducia incondizionata nei confronti del principio del libero convincimento del giudice. La forma è necessaria per la vita di qualsiasi fenomeno processuale; nell’assoluta libertà di apprezzamento si cela il pericolo di una giustizia incontrollabile e, per ciò stesso, autoritaria. Non a caso la normativa vigente all’art. 116 del codice di rito fa riferimento al *prudente apprezzamento* delle prove , mentre di libertà di convincimento non può che parlarsi in senso relativo, dovendo il convincimento del giudice essere *motivato* ed acquistare così quelle caratteristiche oggettive che limitano il suo carattere personale.⁹

3.4. Limiti probatori relativi e il contemperamento di interessi.

Passando all’esame della tematica dei cd. limiti probatori relativi, l’attenzione va rivolta alla posizione assunta dalla Corte in ordine alla legittimità dell’art. 246 c.p.c.

Come si ricorderà, la Corte invoca a giustificazione della norma in esame “il principio di incompatibilità delle posizioni di teste e di parte nel giudizio” proprio dell’attuale ordinamento processuale che il legislatore avrebbe per “razionale assimilazione“ esteso alle “parti potenziali”. Nella stessa sentenza la Corte offre però anche un’importante indicazione di metodo avvertendo che la legittimità costituzionale dell’esclusione o della limitazione della disponibilità di un mezzo di prova (come nel caso del ricorso alla prova per testi) non può essere affermata o negata in via generale ed astratta, ma dev’essere saggiata , caso per caso, alla luce di una valutazione comparativa che consideri, da un lato, l’esigenza di garantire il diritto di azione e di difesa e dall’altro, le ragioni tecniche della

⁹ Caduta, a seguito della sentenza della Corte, l’aprioristica valutazione circa la inattendibilità della testimonianza dei parenti e degli altri soggetti indicati dall’art. 247 c.p.c. , il vincolo di parentela (coniugio, affinità o affiliazione) può, (in concorso con ogni altro utile elemento) essere considerato ai fini della verifica della maggiore o minore attendibilità delle disposizioni rese (Ved. in tal senso in giurisprudenza Cass., sez. lav., 18 aprile 1994, n. 3651). In altre parole il giudice può legittimamente tener conto quale criterio di valutazione della credibilità di un teste, del vincolo di parentela che unisce il teste stesso alle parti. (Così Cass., 24 febbraio 1992, n. 2250, in *Giur. it* 1994, I, 1, 667).

regola di esclusione della prova. In altre parole, in caso di limitazioni attinenti all'impiego di particolari mezzi di prova non sempre è dato ravvisare un chiaro contrasto tra norme probatorie e principi costituzionali. I limiti *relativi* del diritto alla prova sono o non sono legittimi a seconda che lo siano o meno le esigenze di salvaguardia di altri diritti o altri interessi giudicati degni di protezione in base a criteri di reciproco coordinamento. La precisazione ci sembra pienamente da approvare; non altrettanto si può dire invece per ciò che riguarda il merito della soluzione adottata in relazione al divieto dell'art. 246 c.p.c..

La giustificazione invocata dalla Corte con riguardo alla limitazione dettata da tale norma appare incerta e problematica e, per molti versi, insoddisfacente. Se è vero che il principio per cui *nemo testis in causa propria*, forte della tradizione romanistica, è radicato nel nostro ordinamento positivo, lo stesso principio non risponde ad una regola che ha carattere logico e razionale prima ancora che giuridico. Quel principio non appartiene al nucleo indispensabile del concetto di testimonianza né rappresenta "un cardine ineliminabile di ogni sistema probatorio" (Taruffo).

Vero e conforme alla natura delle cose è la considerazione di *scarsa credibilità* della testimonianza resa *in re sua*, ma non è affatto chiaro perché quella considerazione debba diventare una regola "legale", una presunzione *iuris* vincolante in ogni caso per il giudice e non possa invece valere, così come la Corte ha ritenuto per l'articolo 247 c.p.c. , come uno dei canoni logici e delle massime di esperienza del prudente apprezzamento giudiziale (art. 116 c.p.c.). In sostanza, non si comprende perché quella regola – se la si intende funzionale ad evitare l'ingresso di una prova intrinsecamente sospetta – debba operare sul piano dell'ammissibilità e non su quello della valutazione del sapere dei terzi interessati. E ancor meno si comprende perché i terzi di cui all'art.246 c.p.c. siano incapaci di testimoniare e le loro conoscenze fattuali non possano essere utilizzate in giudizio in alcuna forma, mentre analoga regola di esclusione non è stabilita per le parti.

Quanto al sapere delle parti, è vero soltanto che l'attuale ordinamento processuale civile esclude la sua utilizzazione nella forma della testimonianza. Esistono invece altri meccanismi attraverso i quali quel sapere può trovare l'ingresso nel processo con presupposti diversificati ed altrettanto diversificati effetti: i meccanismi formali e solenni del giuramento decisorio e suppletorio e dell'interrogatorio formale e, per quanto qui interessa, soprattutto il meccanismo non formale dell'interrogatorio libero (art. 117 c.p.c.). E le risposte date dalle parti in sede di interrogatorio libero, se pur qualificate come argomenti di prova, sono valutate liberamente dal giudice alla stessa stregua di una deposizione testimoniale, ragion per cui il legislatore ha formato una disciplina penalizzante per i terzi interessati nei confronti delle parti che mal si spiega con un' esigenza di assimilazione tra le due figure realizzata in termini così incoerenti.

Non solo; in seguito all'introduzione dell'art. 421, comma 4 c.p.c. (con la legge di riforma del 1973) nel rito del lavoro il giudice ha acquisito il potere di ordinare, "ove lo ritenga necessario, la comparizione, per interrogarle liberamente sui fatti della causa, *anche*

delle persone che siano incapaci di testimoniare a norma dell'art. 246 c.p.c.". La disposizione dell'art. 246 c.p.c. quale regola di incompatibilità sopravvive quindi soltanto nel processo ordinario di cognizione dove determina una esclusione totale dell'utilizzazione del sapere delle parti. Di qui nuovi dubbi di costituzionalità dell'art. 246 prospettati sia in relazione all'art. 3 Cost. sia in relazione all'art. 24 Cost. che però non hanno trovato la auspicabile considerazione da parte della Corte che, con una pronuncia di "manifesta inammissibilità" ha liquidato la questione rilevando che

"non è irragionevole la scelta del legislatore di non accordare fiducia alle dichiarazioni rese da chi abbia nella causa un interesse qualificato" e che, "trattandosi di una scelta effettuata dal legislatore nell'esercizio del suo potere discrezionale, le regole dettate dall'art. 421, comma 4 c.p.c. per lo speciale rito del lavoro non possono, con sentenza additiva della Corte, estendersi al rito ordinario" (ord., 10 dicembre 1987, n. 494).

Oltre all'incoerenza del rilievo fatto dalla Corte sulla "ragionevolezza" della sfiducia del legislatore del rito ordinario circa la veridicità delle dichiarazioni rese dai terzi interessati, rilievo che, a rigor di logica, significa "irragionevolezza" dello stesso legislatore nel consentire al giudice di trarre argomenti di prova dalle risposte date dalla parte in sede di interrogatorio libero, rimane la limitazione, questa davvero irragionevole, del diritto alla difesa per l'impossibilità di utilizzare, almeno a fini di argomenti di prova, il sapere del terzo interessato che certamente non è più della parte sospetto di mendacio in ragione del vantaggio che può derivargli dallo svolgimento dell'istruttoria e dall'esito del giudizio.

3.5. Interesse in causa e incapacità a testimoniare. L'incapacità a testimoniare del coniuge in regime di comunione di beni.

Tentativi successivi di indurre la Corte ad un riesame del proprio orientamento non hanno avuto un esito diverso.

Chiamata a valutare la legittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 159 c.c. e 246 c.p.c nella parte in cui prevede l'incapacità a testimoniare del coniuge in regime di comunione legale dei beni, la Corte ribadisce la validità delle considerazioni (*rationes decidendi*) svolte nella sentenza n. 248 del 1974 e nell'ordinanza n. 494 del 1987 ed esclude la violazione dei principi costituzionali (art. 3 e 24 Cost.) invocati dal giudice *a quo*.

Per la Corte, l'incapacità di testimoniare del coniuge va ricondotta all'interesse all'esito della lite che legittimerebbe il coniuge in regime di comunione legale di beni alla partecipazione al giudizio di cui è parte l'altro coniuge (interesse individuato in ciò che l'esito positivo della lite per il coniuge si tradurrebbe in un incremento del patrimonio comune). Ne vi sarebbe contrasto con l'art. 3 Cost. essendo "evidente" la diversità di situazioni in cui i coniugi vengono a versare a seguito della scelta compiuta in favore

dell'uno o dell'altro regime dei beni.(sent. 24 febbraio 1995, n. 62).

A questo riguardo mette conto notare però che la irrazionalità del sistema si rivela dal fatto che a rendere inattendibile la testimonianza possono incidere non solo gli interessi patrimoniali (propri del regime di comunione) ma anche le ragioni affettive su cui si fonda l'unione dei coniugi. Allora, perché ammettere la testimonianza del coniuge in regime di separazione e non del coniuge in regime di comunione di beni? Senza dire che la soluzione avallata dalla Corte finisce per far rivivere nel sistema, seppur in altra forma ed in presenza delle condizioni previste dall'art. 159 c.c., il divieto di testimonianza comminato al coniuge ai sensi dell'art. 247 c.p.c., che sembrava definitivamente bandito dall'ordinamento grazie alla dichiarazione di incostituzionalità operata dalla sentenza n.248 del 1974.

Parimenti infondata è stata dichiarata la questione di costituzionalità dell'art. 246 c.p.c. nella parte in cui non consente la testimonianza della parte effettiva o potenziale neppure nell'ipotesi in cui tale strumento debba considerarsi l'unico a disposizione dell'attore per la prova del fatto costitutivo (Corte cost., 28 marzo 1997, n.75).

La disposizione è stata nuovamente salvata dal giudice delle leggi con la sentenza n. 143 dell'8 maggio 2009, ove con poche battute e con tono apodittico, la Corte ha riaffermato la "razionalità" del relativo divieto; razionalità che non sarebbe messa in discussione "a causa del diverso trattamento previsto per la testimonianza nel processo penale, ancorché resa da chi si sia costituito ovvero avrebbe potuto costituirsi parte civile". Per la Corte, il sistema processuale civile e quello penale, nel quale non c'è incompatibilità tra la posizione del testimone e quella della parte civile, sono fra loro autonomi e non sono quindi comparabili ai fini della violazione del principio di eguaglianza di cui all'art.3 Cost.

A prescindere dall'opinabilità di quest'ultimo rilievo, nel decretare la manifesta infondatezza della questione, la Corte sembra dimenticare che il criterio generale di valutazione evidenziato nella sentenza n. 248 del 1974, per cui limitazioni del diritto alla prova sono o non sono legittimi a seconda che lo siano o meno le esigenze di salvaguardia di altri diritti o interessi degni di protezione in base a criteri di reciproco coordinamento. Se, come la stessa Corte insegna, il diritto alla prova o, se si preferisce, il diritto di difendersi provando è un diritto fondamentale di rango costituzionale, esso dovrebbe subire limitazioni nella sua applicazione effettiva soltanto qualora ciò fosse indispensabile ai fini di un altro valore di rango costituzionale e inoltre ove vi fossero valide ragioni capaci di giustificare la prevalenza di questo valore rispetto all'attuazione di una garanzia fondamentale del processo civile (Taruffo).

3.5. La testimonianza dei terzi interessati e la garanzia del giusto processo tra profili storico-evolutivi ed incertezze applicative

L'analisi dell'art. 246 c.p.c. su cui la Corte costituzionale si sofferma nella seconda parte della sentenza n. 248 del 1974 è tutta volta a porre in risalto la diversità delle due norme denunciate e la *ratio* specifica che sottende a ciascuna di esse. Si afferma infatti che l'incapacità a testimoniare dei soggetti aventi in causa un interesse tale da poterne legittimare la partecipazione al giudizio – diversamente dal divieto di testimoniare di cui all'art.247 c.p.c. - non trae origine da valutazioni astratte dei “sospetti di non sincerità”, né attiene alla contestazione dell'attendibilità di testi genericamente indifferenti, ma si fonda sulla inconciliabilità delle posizioni processuali del teste e della parte.

In realtà, è certamente opinabile la asserzione di una diversità di *ratio* fra l'art. 246 e la art. 247 in quanto *storicamente* l'incapacità a testimoniare dei terzi interessati e dei parenti od affini è scaturita unitariamente proprio dalla valutazione presuntiva del sospetto di “ non sincerità “ delle loro deposizioni (del resto, la stessa Corte nell'ordinanza n. 494 del 1987 in riferimento all'art. 246 c. p. c. parla di scelta del legislatore “di non accordare fiducia alle dichiarazioni rese da chi abbia nella causa un interesse qualificato“) e quindi da quella tradizione comune a molti ordinamenti continentali di fissare regole di esclusione della testimonianza fondate sulla qualità soggettiva del teste.

Nel caso dell'art. 246 c.p.c. si deve dire, anzi, che esso rappresenta in qualche modo una novità ed un passo indietro del codice di rito del 1942 rispetto alla normativa previgente, la quale aveva inserito il terzo interessato tra i cd. *testes suspecti* senza dedurne in generale l'esclusione dalla testimonianza. L'art. 237 del codice di rito del 1865 si limitava a stabilire che le parti potessero allegare i motivi idonei a “rendere sospetta“ la deposizione del testimone – tra i quali rientrava anche l'interesse del teste nella causa – salvo lasciare alla ragionevole valutazione del giudice l'apprezzamento della testimonianza. Il mero interesse alla partecipazione al giudizio non figurava dunque quale motivo di incapacità a testimoniare, ma rientrava fra i motivi di sospetto, liberamente apprezzabili dal giudice, poiché si riteneva che il terzo interessato non potesse qualificarsi come *testis in causa propria*, sino a quando, a seguito dell'intervento nel processo, non avesse concretamente assunto la veste di parte. Con l'art. 246 c.p.c. si è invece trasformato in una regola di esclusione aprioristica quello che in precedenza era soltanto un opportuno criterio di valutazione *ex post* circa l'attendibilità della testimonianza che andava dunque assunta malgrado l'allegazione dei “ motivi di sospetto “ (Taruffo).

La norma, oltre a segnare un regresso rispetto alla legislazione previgente, si pone anche in contrasto con quell'evoluzione in atto nei moderni sistemi processuali- cui pure accenna con qualche enfasi la Corte nella pronuncia con cui prende in esame i profili di illegittimità degli artt. 246 e 247 c.p.c. – tesa a superare “l'aprioristica esclusione“ di determinate testimonianze, giustificata da un calcolo probabilistico dei “ motivi di sospetto di non sincerità “ che dovrebbe inficiarne l'attendibilità in giudizio, per convergere verso

la generalizzazione del principio del libero convincimento del giudice. E' questo un dato incontrovertibile dell'evoluzione processuale, delineatasi in epoca moderna in numerosi ordinamenti continentali.

L'ammissibilità della testimonianza di qualsiasi persona interessata è pacificamente riconosciuta negli ordinamenti giuridici di tradizione germanica – Austria Germania federale, dove i rapporti intercorrenti fra il teste e le parti o fra il teste e l'oggetto della controversia devono al massimo risolversi in motivi di inattendibilità della singola deposizione, valutabili *a posteriori* dal giudice nel prudente apprezzamento delle prove globalmente acquisite. Quanto alla distinzione definitoria tra parte e teste, essa è formalmente rilevante al fine di determinare i presupposti tecnici della “deposizione testimoniale“ (*Zeugenvernehmung*) e della “deposizione della parte” (*Parteivernehmung*), senza pregiudizio per la libera valutazione del giudice.

Analogamente, nell'ordinamento francese che più tardivamente si è uniformato alle esigenze di abolizione di ogni *disqualification* testimoniale, è venuta meno la rilevanza dell'interesse in causa (diretto o indiretto, reale o presunto) quale motivo di esclusione dell'utilizzazione del sapere dei terzi interessanti all'esito del giudizio. Il richiamo all'evoluzione in atto nelle legislazioni processuali moderne dei paesi vicini al nostro per tradizione culturale, avrebbe dovuto suggerire alla nostra Corte l'opportunità di non scindere fra loro le ipotesi di divieto e di incapacità di testimoniare previste rispettivamente dall'art. 247 c.p.c. e dall'art. 246 c.p.c. ed accomunarle invece in un'unica declaratoria di incompatibilità con un adeguato sviluppo dei principi costituzionali di tutela giudiziaria.

Mantenendo in vita la regola dell'incapacità a deporre, la Corte ha salvato una disposizione che pone anche complessi problemi di delimitazione operativa sia in ordine all'individuazione dei soggetti che incorrono nella predetta incompatibilità e sono da ritenere incapaci a deporre sia in ordine all'identificazione dell'interesse in senso oggettivo che può legittimare la partecipazione al giudizio del terzo che in tale sede sia citato quale terzo.

L'incapacità a testimoniare – si suole affermare – dipende dalla presenza di un interesse giuridico, mentre la sussistenza di un qualche interesse di fatto del terzo chiamato a deporre afferisce alla veridicità della deposizione che il giudice dovrà discrezionalmente valutare. E sulla base di questa premessa, la giurisprudenza fa propria un'interpretazione lata favorevole all'estensibilità del raggio di azione dell'art. 246 c.p.c. ad ogni specie di intervento volontario e coatto; estensibilità contestata ad es. da chi ritiene che il solo intervento rilevante nel contesto dell'art. 246 c.p.c. sia quello *ad adiuvandum* in base all'art. 105, comma 2° c.p.c.¹⁰. Se ciò comporta, in linea di principio, l'esclusione del sapere di

¹⁰ La formula ricorrente che l'incapacità a testimoniare di cui all'art. 246 è “ correlabile soltanto ad un diretto coinvolgimento della persona chiamata a deporre nel rapporto controverso tale da legittimare una sua assunzione della qualità di parte in senso sostanziale o processuale nel diritto “ (Cass. 10 maggio 2010,

“un gran numero di terzi che meglio sarebbe consentire che siano ascoltati, sia pur con tutta la prudenza necessaria nei confronti di persone evidentemente interessate all’esito del processo”, la stessa giurisprudenza ha cura di limitarne gli effetti qualificando l’art. 246 c.p.c. norma posta a tutela di meri interessi privati e non del cosiddetto ordine pubblico processuale, la cui violazione non soggiace quindi alla rilevabilità di ufficio ad opera del giudice. Conseguentemente, si afferma che la nullità della deposizione comunque resa da un teste incapace integra una nullità meramente *relativa*, che deve essere eccepita nella prima istanza o difesa successiva e quindi, di solito, subito dopo l’assunzione della prova, dalla sola parte contro interessata ad opporla, essendo altrimenti definitivamente sanata o dovendosi anche tacitamente reputare rinunciata ai sensi dell’art. 157 comma 2 e 3 c.p.c. (Cass., 25 settembre 2009, n. 20652). Inoltre, la giurisprudenza ritiene che l’eccezione di incapacità del teste formulata preventivamente da una parte non sia affatto comprensiva o sostitutiva dell’eccezione di nullità che va invece formalmente proposta dalla parte legittimata, dopo la deposizione del teste, che sia stato egualmente escusso nonostante la preliminare opposizione (Cass. 30 ottobre 2009, n. 23054). Infine, per la stessa giurisprudenza la deposizione del teste incapace la cui nullità sia rimasta sanata come tale non può considerarsi di per sé inattendibile, ma è soggetta a motivato apprezzamento del giudice di merito (Cass. 16 maggio 2006, n. 11377).

3.6. La testimonianza dei terzi interessati e il diritto di difendersi provando: un monito della Corte europea dei diritti dell’uomo.

Un invito a rimeditare criticamente la regola di esclusione di cui all’art. 246 c.p.c è venuto dalla Corte europea dei diritti dell’uomo che ha esaminato il problema sotto il profilo della garanzia del giusto processo prevista dall’art. 6 dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo nel quadro di un ricorso individuale proposto ai sensi dall’art. 34 della stessa Convenzione.

Nel caso di specie, una società olandese aveva stipulato un accordo con una banca locale per ottenere facilitazioni di credito. Successivamente il tetto di massimo

n.11314), può apparire rassicurante nella sua linearità, ma non fa che rinviare a problemi di delimitazione applicativa della norma.

Al riguardo ricordiamo, a titolo di esempio, il tema dell’incapacità a testimoniare del lavoratore subordinato nel giudizio pendente tra il proprio datore di lavoro e soggetti terzi che la giurisprudenza risolve in modo differenziato a seconda dell’oggetto della causa. Si afferma che il divieto non sussiste nella controversia che vede opposto il datore di lavoro all’INPS per contributi non versati per il lavoratore che abbia sottoscritto, in data antecedente alla deposizione testimoniale, verbale di conciliazione della causa proposta contro il datore di lavoro (Cass., 8 febbraio 2011, n. 3051), mentre in relazione al giudizio tra datore di lavoro e istituti previdenziali “ove sorga contestazione sull’esistenza del rapporto di lavoro subordinato, con conseguente necessità di preliminare accertamento di detto rapporto”, il dipendente è considerato incapace a deporre (anche se il giudice può interrogarlo liberamente ai sensi dell’art. 421 c.p.c , Cass., 14 giugno 2010, n. 14197).

scoperto veniva ulteriormente elevato sulla base di una convenzione verbale, poi confermata formalmente. Sorte contestazioni tra le parti in ordine allo sviluppo dei rapporti finanziari, si apriva un procedimento civile nel corso del quale le parti fornivano versioni contrastanti sugli elementi più importanti dell'accordo. La Corte di Strasburgo viene chiamata a pronunciarsi sulla decisione del giudice di merito olandese che non aveva consentito al direttore della società di essere sentito nella qualità di testimone, in quanto parte in senso sostanziale o perchè terzo avente nella causa un interesse che poteva legittimare la sua partecipazione al giudizio (sul punto la pronuncia non offre un'indicazione univoca), mentre analogo divieto non veniva applicato nei confronti del rappresentante della banca, unica altra persona presente al momento della conclusione dell'accordo verbale

. Nell'argomentare la propria risposta, la Corte sottolinea anzitutto che il suo compito non è quello di entrare in merito alla questione generale della compatibilità di una data disciplina nazionale in tema di prove civili con le norme della Convenzione. Essa esamina il caso concreto che il ricorrente o i ricorrenti le sottopongono e valuta se in quella data circostanza o in quella specifica vicenda processuale siano stati violati i diritti fondamentali riconosciuti dalla Convenzione. E' il fatto processuale – di non aver sentito un certo soggetto come testimone – non la normativa (olandese) in tema di prova testimoniale - che costituisce l'oggetto del suo giudizio, anche se il fatto processuale può essere la spia di violazioni che derivano direttamente da una fonte normativa. Per la Corte di Strasburgo nel caso concreto vi è stata violazione dell'art. 6, par. 1 Conv. in quanto non si può escludere la possibilità di utilizzare la conoscenza dei fatti della causa posseduta da un soggetto "incapace" di testimoniare se questa è l'unico mezzo di prova di cui una parte dispone per contrastare la posizione dell'avversario e dimostrare i fatti posti a fondamento della propria domanda o eccezione, fermo restando che spetterà al giudice e al suo prudente apprezzamento valutarne l'efficacia e il valore probatorio. Nel caso di specie il giudice nazionale non avrebbe dovuto escludere la "testimonianza" del rappresentante della società anche in considerazione del più ampio contesto del riconoscimento della globale *fairness* del processo..¹¹

L'aspetto della sentenza che interessa la nostra indagine è l'affermazione della Corte che nel caso di specie non si è avuto un equo processo - tra le cui manifestazioni vi è anche quella "di disporre di una ragionevole opportunità di fornire la prova dei fatti controversi" - in quanto alla parte è stata negata la possibilità di far ricorso alla deposizione di un soggetto, pur essendo questo l'unico mezzo di prova di cui la parte disponeva per

¹¹ Alla decisione della Corte europea ha fatto riferimento la nostra Corte costituzionale nella sentenza del 4 maggio 2009, n. 143, fraintendendone, peraltro, significato e portata. Basti dire che la Corte sbaglia, e sbaglia due volte, quando afferma che nel caso in questione la Corte di Strasburgo "ha affermato il contrasto di una disposizione processuale dell'ordinamento olandese con la Convenzione" e quando mostra di voler cogliere il nucleo della pronuncia europea nella parte in cui evoca un profilo di ineguale ripartizione dell'onere probatorio dovuto a disposizioni di diritto sostanziale.

dimostrare il proprio assunto. Quali indicazioni è lecito trarre da questa pronuncia per il nostro ordinamento?

La casistica giurisprudenziale in materia di art. 246 c.p.c. ci mostra che spesso la deposizione del terzo interessato risulta l'unico mezzo di prova di cui una parte dispone per fornire la rappresentazione dei fatti sui quali si fonda il diritto sostanziale che fa valere in giudizio. Un esempio in tal senso è offerto dal caso che ha dato origine all'ordinanza di rimessione esaminata dalla Corte nella sentenza n. 248 del 1974. Altro esempio ci viene dalla fattispecie che ha dato origine all'ordinanza di rimessione sulla quale la Corte costituzionale ha reso la sentenza n. 62 del 24 febbraio 1995 in cui la testimonianza del coniuge in comunione dei beni si appalesava come l'unica risorsa probatoria per la parte deducente. Ed ancora; nella vicenda prospettata alla Corte nell'ordinanza di rimessione più recente e vagliata dal giudice costituzionale con la sentenza n.143 del 2009 in una causa di risarcimento dei danni per incidente stradale, l'assicurazione convenuta aveva indicato come testi un soggetto che, divenuto parte in seguito a successione *mortis causa* è risultato incompatibile con l'ufficio del teste ed altro soggetto che risultava versare in stato di incapacità a deporre perché terzo interessato ai sensi del combinato disposto degli artt. 159 c.c e 246 c.p.c., non avendo altre prove da esperire

La Corte europea sottolineava di non essere chiamata a decidere in via generale se sia legittimo stabilire regole di esclusione della testimonianza fondate sulla qualità soggettiva del teste. Ciò non significa che dalla pronuncia riportata, non debba essere desunto il monito che un sistema, come il nostro, che esclude *a priori* la possibilità di utilizzare la conoscenza dei fatti della causa da parte di terzi "interessati" rischia di limitare ingiustificatamente il diritto alla prova che costituisce un elemento integrante della garanzia dell'equo processo, quantomeno nel caso in cui la testimonianza di un soggetto, da reputarsi potenzialmente "incapace"(ai sensi dell'art. 246 c.p.c.), costituisca in concreto la sola risorsa probatoria disponibile per la parte che intenda con tale mezzo assolvere l'onere di provare i fatti su cui si fonda il diritto fatto valere in sede giurisdizionale. La soluzione più conforme alle garanzie del "giusto processo" è certamente quella scelta dal legislatore olandese, il quale ha provveduto a modificare la normativa interna in seguito alla pronuncia della Corte di Strasburgo. La stessa strada è da tempo seguita da altri ordinamenti di tradizione continentale che consentono l'acquisizione al processo del sapere dei terzi "interessati" lasciando alla ragionevole valutazione del giudice l'apprezzamento dell'attendibilità della loro deposizione; e rinunciano così a qualsivoglia regola di esclusione aprioristica del teste "interessato", dando rilievo alla particolare posizione dello stesso solo con criteri di valutazione circa l'attendibilità delle sue dichiarazioni.¹²

¹² Qui si apre però il discorso sulla inadeguatezza dell'attuale sistema di assunzione della prova testimoniale, che non solo non ha recepito nel processo civile la tecnica dell'esame diretto e del contro esame ad opera delle stesse parti, ma ha visto in alcune sedi giudiziarie radicarsi l'uso dell'assunzione del teste ad opera dei difensori delle parti senza la presenza del giudice. Inutile dire che tutto ciò compromette seriamente la possibilità che il mezzo di prova in questione venga a svolgere una significativa funzione di ricerca della

4. Il giudizio di fatto tra prove presuntive e prove scientifiche. L'accertamento nelle azioni di status di filiazione.

4.1. La dichiarazione giudiziale di paternità naturale tra tassatività delle fattispecie normative e accertamento indiziario.

La “finitezza” dell’orizzonte cognitivo che caratterizza la formazione del giudizio di fatto non scaturisce necessariamente dai limiti che la legge, su un piano generale, frappone all’esperibilità di un dato mezzo di prova. Limiti incidenti sulla formazione del giudizio di fatto come sulla possibilità di far valere in giudizio un ampio spettro di mezzi di prova possono derivare anche dalla natura dei fatti da provare e, prima ancora, dalla configurazione di una data fattispecie normativa. Così, nel sistema adottato dal legislatore del 1942 in materia di filiazione naturale, alla tipicità dell’azione per ottenere il riconoscimento in via giudiziale dello *status* di figlio faceva da *pendant* un sistema di accertamento basato su prove presuntive.

Ricordiamo che per la disposizione dell’art. 269 c.c. nella sua formulazione originaria “ la paternità naturale non può essere giudizialmente dichiarata che nei casi seguenti :

- 1) quando la madre e il presunto padre hanno notoriamente convissuto come coniugi nel tempo a cui risale il concepimento;
- 2) quando la paternità risulta indirettamente da sentenza civile o penale ovvero da non equivoca dichiarazione scritta di colui al quale si attribuisca la paternità;
- 3) quando vi è stato ratto o violenza carnale nel tempo che corrisponde a quello del concepimento;
- 4) quando vi è possesso di stato di figlio naturale”.

In ordine al “possesso di stato di figlio naturale“, l’art. 270 dello stesso codice precisa che esso “risulta da più fatti i quali nel loro complesso costituiscono grave indizio della relazione di filiazione tra una persona e colui al quale la paternità è attribuita”.

In ogni caso devono concorrere i seguenti fatti (comunemente identificati come *tractatus e fama*)

“che la persona sia stata trattata come figlio da colui che essa reclama per padre naturale e che questo abbia, come tale, provveduto al mantenimento, alla educazione e al collocamento di essa”;

“che essa sia stata costantemente considerata come tale nei rapporti sociali” [

verità.

intendendo quest'ultima circostanza come il “convincimento dei terzi” della paternità di chi tratta come figlio una determinata persona].

La tassatività dei presupposti cui è subordinata la dichiarazione di paternità naturale implica necessariamente una limitazione dei mezzi di prova utilizzabili: una limitazione derivante non da regole di esclusione ma dalla *natura* dei fatti da provare. Per la formazione del giudizio nelle ipotesi prefigurate dalla disposizione dell'art. 269 vi è spazio solo per strumenti, come la testimonianza ed i documenti, funzionali a “rappresentare” i fatti cui la disposizione collega la conseguenza inferenziale predeterminata della paternità naturale. In particolare, all'accertamento “in positivo” di quei fatti di causa nessun contributo avrebbe potuto offrire una prova tecnico-scientifica. Il soggetto cui l'ordinamento in virtù di presunzioni giuridiche attribuisce la qualifica di padre, con quegli strumenti non ha la possibilità di verificare con sufficiente certezza la propria paternità in senso fisico-òbiologico.

Con la riforma del diritto di famiglia, l'art.113 della legge n. 151 del 1975 riscrive l'art. 269c.c. non solo facendo venir meno i quattro casi in precedenza tassativamente previsti per la dichiarazione della paternità naturale, ma consentendone la prova “con ogni mezzo”. La paternità naturale - recita la novellata disposizione - “può essere giudizialmente dichiarata in tutti i casi in cui il riconoscimento è ammesso”, e quindi con le poche limitazioni stabilite negli artt. 250 e 251 c.c.

Questa apertura normativa è poi rafforzata dalla disposizione del secondo comma dell'art. 269 c.c. per il quale la prova della paternità può essere data con ogni mezzo, con la duplice precisazione, però, che la prova della paternità non può trarsi dalla sola dichiarazione della madre e che la sola esistenza di rapporti [sessuali] tra la madre e il preteso padre all'epoca del concepimento non costituiscono prova della paternità naturale.

A dispetto dell'obiettivo della riforma di allargare la ricerca della paternità e l'intento di privilegiare la verità biologica dei rapporti di discendenza, la nuova disciplina non migliora la posizione del figlio naturale ed il suo diritto a veder accertata l'identità del proprio padre naturale.; anzi, essa rende più aleatorio il risultato finale dell'accertamento giudiziale¹³.

Nel vecchio sistema il giudice poteva fondare la propria decisione sull'esistenza di una delle presunzioni legali contemplate dall'art. 269 c.c. (convivenza *more uxorio*,

¹³ Un ostacolo serio alla dichiarazione giudiziale di paternità è costituito inoltre dalla disposizione dell'articolo 274 c.c. e dal complesso vaglio preliminare dell'*ammissibilità* dell'azione ivi previsto, inizialmente volto a tutelare l'interesse del legittimato passivo, cioè del presunto padre contro azioni temerarie e pretestuose. La riforma mantiene in vita l'art.274 c.c., ragion per cui la proposizione dell'azione resta condizionata al risultato di una previa indagine su circostanze specifiche che la facciano apparire giustificata.

possesso di stato di figlio naturale, ecc.), ora invece, in conseguenza della soppressione delle presunzioni di paternità, ciascuno dei fatti che precedentemente poteva fondare la decisione può costituire elemento di prova soltanto come presunzione semplice, sempre che concorra con altre presunzioni gravi precise e concordanti a norma della art. 2729 c.c. Nessun fatto di comune esperienza viene considerato dalla legge come presunzione legale di paternità. L'apertura ad "ogni mezzo di prova" (di cui all'art. 269 comma 2 c.c.) viene per ora inteso come estensione del novero degli elementi presuntivi che il giudice può prendere in considerazione ai fini della prova della paternità. E così per la giurisprudenza vi rientrano anche le circostanze che l'ultimo comma dell'art 269 c.c. presenta come limiti alla prova in questa materia. Le dichiarazioni della madre e l'esistenza di rapporti tra la madre e il preteso padre all'epoca del concepimento possono concorrere alla formazione del convincimento giudiziale. Spetta al giudice individuare, nel caso concreto, i fatti rilevanti quali elementi indiziari in grado di incidere sulla formazione del suo convincimento in ordine al fatto principale ignoto. E la giurisprudenza ha cura di precisare che si ha presunzione giuridicamente valida non solo quando i fatti sui quali essa si fonda siano tali da far apparire il fatto ignoto come l'unica conseguenza possibile, essendo sufficiente che questo sia deducibile dai fatti noti secondo un procedimento logico basato sull'*id quod plerumque accidit*.

L'accertamento nelle azioni di filiazione naturale mantiene il suo carattere *indiziario* e *indiretto*. Gli strumenti probatori utilizzati – testimonianze, documenti, presunzioni – offrono la base conoscitiva di elementi riconducibili ai tradizionali requisiti della *fama* e del *tractatus*, ma non consentono di accertare il fatto biologico della procreazione. Nell'orizzonte conoscitivo del processo non entrano i dati genetici, fondamentali al fine della costituzione del rapporto di filiazione. Il provvedimento che chiude il giudizio dichiara chi *appare* (o *non appare*) *padre* non chi è (o *non è*) *padre*.

4.2. Il graduale ingresso della prova scientifica e la tensione tra attendibilità estrinseca ed attendibilità intrinseca dell'accertamento giudiziale.

Al legislatore del 1975 non era sfuggita la rilevanza che in materia di accertamento di *status* di filiazione della prole potevano avere le "caratteristiche genetiche o del gruppo sanguigno" prevedendo nel nuovo testo dell'art. 235, comma 1 n. 3 c.c. espressamente la possibilità per il marito di provare che il figlio presenta "caratteristiche genetiche e del gruppo sanguigno incompatibili con le proprie" se, in costanza del matrimonio, la moglie ha commesso adulterio (oppure ha tenuto celata la propria gravidanza e la nascita del figlio). Non era difficile argomentare che, se il rinvio alle prove di laboratorio ematologiche e immuno-genetiche era ammissibile per escludere la paternità, nel caso di filiazione legittima, poteva esserlo anche per accertare la paternità in caso di filiazione naturale, considerando, oltretutto, che per la dichiarazione giudiziale di paternità il nuovo testo dell'art. 269 c.c. prevede che la prova della paternità può essere data "con ogni

mezzo”

Nella prassi giudiziarie, l'ingresso della prova genetica nelle azioni di accertamento della paternità naturale avviene soltanto in modo graduale e non senza ricorrenti segni di diffidenza.

Negli anni '50 la giurisprudenza arriva a formulare un giudizio di “utilità” della prova del sangue ed in alcuni casi anche di “assoluta certezza”, ma solo se *negativa*, diretta cioè ad escludere il rapporto biologico di procreazione. Quale prova *positiva*, utile ad affermare la paternità, in modo del tutto sporadico si incomincia ad attribuire ad essa valore di mero indizio, senza ritenerla sufficiente per affermare l'esistenza della paternità.

Limitazioni all'ammissibilità della prova ematologico-genetica derivano anche dall'assimilazione di tale prova all'ispezione personale prevista dall'art. 118 c.p.c. il quale, se da un lato ne estende l'esperibilità anche d'ufficio, dall'altro esclude che possa essere considerata come un mezzo ordinario di prova. Si viene così a formare un indirizzo giurisprudenziale consolidato di cui vi è traccia anche in pronunce successive alla riforma del diritto di famiglia del 1975 che ritiene l'esame ematologico ed immuno-genetico prova del tutto *eccezionale* da ammettersi solo nei casi in cui si presenti *indispensabile* per conoscere i fatti della causa e cioè quando il giudice si trovi nell'impossibilità di attingere *aliunde* le fonti del proprio convincimento. (Cass., 2 marzo 1976, n.695). Sotto questo profilo in parte si sconta l'incomunicabilità spesso esistente tra cultura giuridica e cultura scientifica e in parte si sente il peso del sistema fondato o comunque costruito sul vecchio art. 269 c.c. che tendeva più a soppesare le responsabilità reciproche dei genitori che ad accertare la verità effettiva ed a tutelare gli interessi del figlio naturale.

E' solo con la storica sentenza della Corte di Cassazione dell'11 dicembre 1980 n. 6400 che si volta pagina, liberando gli accertamenti ematologico-genetici dalla qualificazione di mezzo di prova eccezionale e riconoscendo a tali accertamenti attitudine probatoria non solo per escludere il rapporto di paternità ma anche per affermarlo in positivo.

“Alla luce dello stato attuale degli sviluppi scientifici in materia“ – spiega la Corte – non vi è più ragione di relegare il ruolo della prova in esame a strumento che serve soltanto ad escludere la paternità. Le sue attitudini probative anche in positivo (derivanti dai riscontri tecnico-obiettivi valutati nel loro insieme secondo i metodi offerti dalla scienza), per quanto presentino ancora margini di errore e quindi non siano da soli sufficienti a fornire la certezza, sono indubbiamente utili a corroborare gli elementi extra scientifici previamente acquisiti attraverso prove testimoniali o documentali.” Le predette indagini tecnico-scientifiche – aggiunge la Corte – hanno dignità pari a quella di tutti gli altri elementi di giudizio.

Con quest'ultima precisazione le indagini ematologiche e genetiche vengono portate al di fuori dell'ambito di applicazione dell'art. 118 c.p.c. nel senso che possono formare

oggetto di richiesta, così come gli altri mezzi istruttori e non soltanto di istanza diretta a sollecitare l'esercizio proprio di un potere del giudice, così come accade per l'ispezione considerata "mezzo eccezionale di prova". Anche più importante è l'altra implicazione del richiamato ripensamento della giurisprudenza di dare corpo all'idea che a fondamento della disciplina vigente in tema di dichiarazione giudiziale di paternità si pone l'esigenza di tutelare il diritto, costituzionalmente garantito dagli art. 29 e 30 Cost. al conseguimento dello *status* corrispondente alla reale derivazione biologica del soggetto, ovvero a veder dichiarato giudizialmente chi è padre e non chi appare padre.

Invece, di lì a poco la giurisprudenza si allontana da questo ordine di idee quando afferma che "il carattere non più eccezionale della prova ematologica non implica che la prova stessa debba essere necessariamente disposta. Rientra nella facoltà del giudice di merito di escluderne la rilevanza, qualora sia in grado di formarsi il proprio convincimento in ordine all'affermazione della paternità naturale sulla base di altri elementi comportamentali, documentali, testimoniali già acquisiti al processo. (Cass., 1° giugno 1982, n. 3446; Cass., 30 gennaio 1985, n. 576). E per quanto non si manchi di rilevare che "la prova per presunzione non può avere, per sua stessa natura, l'evidenza e la concretezza della prova storica", si esclude che si possa censurare il rifiuto della prova ematologica, anche se da svolgersi secondo i nuovi criteri di ricerca (di isto-compatibilità e di tipizzazione del DNA) che avrebbero condotto a risultati maggiormente attendibili. E' sufficiente che "la corte di merito abbia raggiunto la certezza *logica* della paternità alla stregua degli elementi indiziari acquisiti, tra cui la rilevata infondatezza della *exceptio plurium concubentium*, che siano apparsi gravi, precisi e concordanti, così da poter legittimare, nel quadro della discrezionalità concessa al giudice in materia di prova, il motivato rifiuto di una prova ematologica, sotto il riflesso della sua "superfluità" (Cass., 30 gennaio 1985, n. 576).

Contro questo modo di argomentare, si rimarca giustamente che l'ordinamento non può accontentarsi di una certezza *logica* della paternità basata su presunzioni ed elementi indiziari quando esiste la possibilità di verificare con sufficiente certezza la paternità in senso fisico-biologico: certezza biologica oltremodo necessaria per una paternità responsabile nei confronti del minore. Cosa che non si può aspettare da un padre "giuridico" che si considera soltanto un obbligato al mantenimento di un minore. L'affermazione che la libertà della prova introdotta in tema di dichiarazione giudiziale della paternità naturale esclude qualsiasi gerarchia tra i diversi mezzi di prova e non comporta deroghe al potere discrezionale del giudice in ordine all'ammissione dei mezzi di prova, trascura che una limitazione dei mezzi di prova, come quella censurata, rappresenta un'inammissibile limitazione alla tutela riconosciuta ai diritti della persona. "Un minore non può essere privato e non gli si può impedire di provare anche con le nuove scoperte scientifiche di essere o di non essere figlio di un determinato genitore" (Carbone).

Ancora agli esordi del nuovo millennio la giurisprudenza della Corte di Cassazione ribadisce che l'ammissione delle prove scientifiche, nonostante l'elevatissimo grado di

attendibilità raggiunto, non è da ritenersi obbligatorio per il giudice, rimanendo rimesso alla sua libera valutazione, ragion per cui lo stesso giudice potrebbe anche ritenerle superflue laddove abbia già acquisito altri elementi sufficienti a fondare il suo giudizio (Cass., 17 novembre 2000, n. 14910; Cass. 25 febbraio 2002 n. 2749; Cass. 22 luglio 2004, 13665). Il diritto della parte non solo di proporre, ma di vedere acquisito il mezzo di prova maggiormente idoneo a svelare la verità del fatto biologico della procreazione ne risulta seriamente compromesso.

Per altro verso, quando si fa ricorso alla prova scientifica ed i riscontri risultanti dagli esami ematologici consentono di quantificare il grado di probabilità della genitura in una percentuale pari o superiore al 99,7%, l'orientamento maggioritario ripete che il valore probatorio in senso positivo da riconoscere alle indagini ematologiche e genetiche consente unicamente di pervenire ad un giudizio di *plausibilità* e non di assoluta certezza della paternità. Nelle ipotesi di concorso tra le prove tecnico-scientifiche e quelle storiche – afferma la giurisprudenza – il margine di incertezza che residua dalle prime viene superato dalla “forza persuasiva” delle seconde (Cass., 19 marzo 1992, n. 3416). Queste ultime riguardano, ad esempio, l'esistenza di una relazione stabile o di un durevole rapporto affettivo tra il preteso padre e la madre del minore, l'interessamento del padre in occasione della gravidanza e della nascita, l'esito negativo della *exceptio plurium concubentium* con cui il convenuto che l'ha sollevata avrebbe dovuto dimostrare il riscontro di altri rapporti sessuali avuti dalla madre al tempo del concepimento. Per le corti la prova biologica del DNA non sembra possedere i requisiti da considerarla un *prius* rispetto agli altri mezzi di prova – mezzi del “normale” sistema probatorio, come talvolta si usa dire (così ad es., Cass., 22 luglio 2004, n.13665) – a disposizione del giudice e delle parti in causa.

Ponendosi in questo ordine di idee, si afferma che il giudice di merito non è tenuto ad ammettere tutti gli esami consentiti dalla scienza, essendo libero di attingere il proprio convincimento dalle risultanze delle indagini che ritenga idonee e sufficienti per la soluzione della controversia purché ne dia adeguata motivazione. (Cass., 4 aprile 1998, n. 3486). Non solo; la giurisprudenza dei giudici di legittimità è ferma nel ritenere che ai fini della prova della paternità naturale è rimesso alla valutazione del giudice di merito decidere se far ricorso alle indagini ematologiche e genetiche per confermare gli elementi già acquisiti attraverso il “normale sistema probatorio” (prove testimoniali o documentali) o se, invece, prescindere, ove esistano elementi sufficienti a fondare il suo convincimento (Cass., 14 gennaio 1995, n. 432.). Si argomenta anche che non vi è ragione di far ricorso alle indagini ematologiche e genetiche ove la corte di merito ritenga, sulla base dei risultati delle prove testimoniali e della documentazione prodotta, che il quadro probatorio sia già esauriente per la paternità naturale “ (Cass., 18 aprile 1997, n. 3342). E poco successo ha il rilievo che, trattandosi di rapporto di *status*, deve ritenersi non consentito che il giudice fondi il proprio convincimento su presunzioni come tali non univoche e di valore indiziario, se sia possibile esperire indagini tecniche di appagante sicurezza scientificamente riconosciuta. “Non ricorre alcuna violazione del diritto di difesa proclamato dall'art. 24 Cost - ribatte la Cassazione – nel consentire al giudice di non

ricercare ulteriori prove di un fatto che risulti già provato sulla base degli elementi processuali già esistenti in atto” (Cass., 3 settembre 1997, n. 8451).

In questo contesto giova ricordare anche che secondo un consolidato insegnamento della Corte di cassazione “nella prova per presunzioni, ai sensi degli artt. 2727e 2729 c.c., non occorre che tra il fatto noto e quello ignoto sussista un legame di assoluta ed esclusiva necessità causale, ma è sufficiente che il fatto da provare sia desumibile dal fatto noto come conseguenza ragionevolmente possibile, secondo un criterio di normalità: basta che l’inferenza tra il fatto noto e quello ignoto sia effettuata alla stregua di un canone di probabilità, con riferimento ad una connessione possibile e verosimile di accadimenti, la cui sequenza e ricorrenza possono verificarsi secondo regole di esperienza colte dal giudice per giungere all’esperto convincimento circa tale probabilità di sussistenza e la compatibilità del fatto supposto con quello accertato” (Cass., S. U., 13 novembre 1996, n.9961).

Restano a lungo piuttosto isolate le pronunce in cui, “per effetto delle recenti acquisizioni scientifiche”, si prospetta la possibilità di fondare il giudizio di paternità naturale esclusivamente sull’esito degli esami ematologici e genetici o si afferma che le relative prove sono “autonomamente“ e “da sole“ sufficienti a fondare la certezza del rapporto biologico di paternità (o che hanno valore decisivo nei giudizi di filiazione e non solo meramente integrativo di risultanze acquisite altrimenti).

“Le prove emato-genetiche sono prove in senso proprio, e l’attuale livello della ricerca ed esperienza scientifica – argomenta la Sezione minorile della Corte di appello di Milano nella pronuncia del 9 novembre 2001 – consente di esprimere, grazie ad esse, sufficienti garanzie nel ritenere decisivo il loro contributo nell’attribuzione della paternità di un soggetto”. E qualche anno dopo la Corte di cassazione nota che “la consulenza immunoematologica ha funzione di mezzo obbiettivo di prova, costituendo, dati i progressi della scienza biomedica, lo strumento più idoneo(...) per l’acquisizione della conoscenza del rapporto di filiazione naturale, e con essa il giudice accerta l’esistenza o l’inesistenza di incompatibilità genetiche, ossia un fatto biologico di per sé suscettibile di rilevazione solo con l’ausilio di competenze tecniche particolari”(sent., 29 maggio, 2008, n.14462). Ma la giurisprudenza continua anche a ribadire che in tema di dichiarazione giudiziale di paternità, l’art. 269, comma 4, c.c. – secondo il quale la sola dichiarazione della madre e la sola esistenza di rapporti tra questa e il preteso padre all’epoca del concepimento non costituiscono prova della paternità – non esclude che tali circostanze, nel concorso di altri elementi, anche presuntivi, possano essere utilizzate a sostegno del proprio convincimento dal giudice del merito” (Cass., 9 giugno 2011, n. 12646).

Al positivo apprezzamento delle prove scientifiche ed al riconoscimento del loro ruolo centrale nella ricerca della paternità si perviene dopo un persistente atteggiamento di diffidenza. Sembra che le corti siano più sensibili all’attendibilità *estrinseca* delle prove e delle argomentazioni svolte a supporto del giudizio di accertamento della paternità - ossia

al grado di consenso che la soluzione adottata riscuote nella collettività - piuttosto che all'attendibilità *intrinseca* delle prove e all'esigenza di fornire una prova diretta del *factum probandum* (della procreazione). Eppure, il legislatore del 1975 aveva esplicitamente riconosciuto la rilevanza delle caratteristiche genetiche o del gruppo sanguigno (art. 235 n. 3 c.c.) ed avvertito l'importanza di un accertamento capace di determinare chi *sia* effettivamente il padre biologico e non chi *debba valere* come padre.

4.3. Il valore probatorio del rifiuto di sottoporsi alle prove genetiche: un ritorno all'accertamento presuntivo?

Quasi paradossalmente, la funzione delle indagini ematologiche e genetiche ai fini dell'accertamento della paternità naturale viene "rivalutata" quando si tratta di determinare il valore probatorio che nei giudizi in materia di status di filiazione deve attribuirsi al rifiuto della parte di sottoporsi alle prove biologiche ammesse dal giudice ai fini della ricostruzione del fatto biologico della procreazione.

Nella storica sentenza n. 6400 del 1980 la Cassazione, riconoscendo alle prove ematologiche attitudine a fornire elementi utili non solo per escludere il rapporto di paternità ma anche per affermarlo in positivo, ha avuto cura di avvertire che "l'ammissibilità delle predette prove tecnico-scientifiche va ovviamente coordinata alla loro compatibilità con i limiti previsti dalla legge per la disposizione del proprio corpo. Alle indagini ordinate dal giudice le parti, sulle quali vanno effettuati i prelievi, sono libere di sottrarsi". E, prevenendo possibili obiezioni in punto di indiretta limitazione della libertà di determinazione, la Corte osservava che "nella previsione normativa concorrono i presupposti che, ai sensi dell'art. 13 Cost., legittimano ogni restrizione della libertà personale: ossia l'espressa previsione legislativa ed il provvedimento motivato del giudice " All'affermata inviolabilità della persona consegue la incoercibilità del prelievo, ma il giudice - precisava la Corte - può dalle motivazioni del rifiuto, desumere argomenti di prova a norma dell'art. 116, comma 2 c.p.c."

La giurisprudenza successiva riafferma in modo costante che se la volontà di sottoporsi alle prove ematologico-genetiche non è coercibile, nulla impedisce al giudice di valutare, in caso di rifiuto, sia pur legittimo, ma privo di una adeguata giustificazione – ovvero con giustificazioni aventi il sapore di mero espediente difensivo – il comportamento della parte ai sensi della art 116 c.p.c. E nel trarre argomento di prova dall'ingiustificato rifiuto della parte di sottoporsi all'esame genetico si pone l'accento sull'elevatissimo grado di probabilità di confermare la contestata paternità che la prova in questione, alla stregua delle attuali conoscenze scientifiche, è in grado di offrire. Di conseguenza non si esita a dare rilievo (determinante?) al rifiuto di sottoporsi agli accertamenti tecnici biologici sulla paternità "anche in assenza di prove specifiche dei rapporti sessuali tra le parti e della loro esclusività, atteso che proprio la mancanza di prove oggettive assolutamente certe e ben difficilmente acquisibili circa la reale natura dei

rapporti tra le parti, giustifica il ricorso agli accertamenti biologici (Cass., 22 ottobre 1997, n. 10377).

Altre volte si giunge alla dichiarazione di paternità affermando che “il combinarsi delle dichiarazioni della madre con il rifiuto del preteso padre a sottoporsi agli accertamenti biologici sulla paternità può assurgere, secondo le valutazioni del giudice di merito a prova della paternità. tenuto conto che i progressi scientifici hanno reso tali accertamenti affidabili in misura vicina al 100%, per cui il sottrarsi agli stessi, in un contesto che lo faccia ritenere un espediente per ostacolare la dimostrazione della paternità, rende la valutazione anzidetta conforme a criteri logici” (Cass., 24 febbraio 1997, n. 1661)

L'impressione che si trae dalla giurisprudenza in esame è che alla scelta del presunto padre di sottrarsi ai richiesti accertamenti biologici, pur qualificata “comportamento valutabile ai sensi dell'art. 116, comma 2 c.p.c”, e dunque in mero argomento di prova, si riconosca in realtà un'efficacia probatoria diversa, più intensa rispetto a quella propria dell'argomento di prova, accostabile a quella della mancata risposta all'interrogatorio formale di cui all'art. 232 c.p.c., valutabile non come *ficta confessio* e tuttavia più che un semplice elemento del contegno della parte; valutabile come comportamento omissivo qualificato e quindi particolarmente significativo con l'attitudine a costituire l'elemento determinante che permette di ritenere come provato, tenuto conto di ogni altro elemento, il fatto al cui accertamento la parte era chiamata ad offrire la propria collaborazione. Insomma, nei casi in questione si perviene all'accoglimento della domanda di dichiarazione giudiziale di paternità sulla base della reciproca combinazione tra il comportamento del convenuto che si sottrae immotivatamente all'accertamento tecnico scientifico e le dichiarazioni della madre le quali da sole, per espressa disposizione normativa (art. 269 comma 4 c.c.), non costituiscono prova della paternità. Molto esplicita in questo senso (sulla scia di Cass., 9 aprile 2009, n. 8733), la decisione della Corte di appello di Bari del 25 febbraio 2011, in cui si afferma che “ il rifiuto ingiustificato di sottoporsi ad indagini genetico-ematologiche (...), può costituire anche unica e sufficiente fonte di prova e di convincimento del giudice”.

La scelta di sanzionare in maniera forte il mancato esperimento degli accertamenti imputabile al pretestuoso ed immotivato rifiuto del convenuto si pone in relazione all'esigenza di assicurare tutela *effettiva* alla situazione soggettiva, giuridicamente protetta dalla stessa Costituzione, prima fra tutte dalla disposizione dell'art. 30 comma 1 e 3 Cost., dove è sancito il diritto di ogni figlio, nato in costanza o al di fuori del matrimonio, al mantenimento all'istruzione, all'educazione e dunque ad ottenere da chi lo ha procreato gli strumenti indispensabili alla formazione allo sviluppo della propria persona. La stessa Costituzione equipara da questo punto di vista filiazione legittima e filiazione naturale dando rilievo ad un concetto unitario di filiazione che scaturisce dal solo fatto della procreazione. In un simile contesto assume una sua specifica pregnanza anche il diritto del figlio nato fuori del matrimonio all'accertamento della propria provenienza biologica ed all'accertamento del proprio *status*, diritto – come ci ricorda una corte di merito – in cui si

riassumono e si realizzano importanti istanze quali "il bisogno psico-affettivo di avere un padre, l'utilità di essere individuato e conosciuto come figlio di un determinato genitore, la soddisfazione delle naturali esigenze di serenità e sicurezza, nonché l'ovvia utilità per un figlio di essere aiutato anche dal punto di vista del mantenimento, da entrambi i genitori (Trib. Genova, 6 maggio 1993). Per tutelare questo diritto l'art. 269 c.c. ha liberalizzato la prova nel giudizio di dichiarazione giudiziale di paternità e tale liberalizzazione non può non tradursi nell'esigenza di sanzionare in maniera "adeguata" il comportamento di chi, attraverso l'ingiustificato rifiuto di sottoporsi alle prove biologiche o, anche soltanto con l'eventuale elusione di mero fatto dei relativi accertamenti pur non espressamente rifiutati, illegittimamente ostacola la realizzazione, in via giudiziale, di quel diritto.

4.4. Alla ricerca di un bilanciamento di valori in gioco: il caso Miculic: le indicazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Sollecitazioni nel senso ora indicato provengono oggi anche dall'Europa, ed in particolare dalla pronuncia della Corte dei diritti dell'uomo di Strasburgo del 2 febbraio 2002 resa nell'affare *Miculic contro Croazia*.

Nel caso di specie, in un'azione di accertamento della paternità avviata davanti il tribunale nazionale, il presunto padre si era ripetutamente sottratto all'ordine giudiziale che disponeva il test del DNA. Mentre il tribunale di primo grado aveva dichiarato la paternità fondandosi sulla dichiarazione della madre e sulla circostanza che il presunto padre si era sottratto al test del DNA, la Corte di appello ritenne tale prova insufficiente per stabilire la paternità.

Adita in via di ricorso individuale e chiamata a vagliare la presenza di una violazione dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la Corte di Strasburgo chiarisce anzitutto che i giudizi sulla paternità ricadono nel raggio di azione di tale disposizione per cui "ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare "(...) e che non "vi è alcun motivo di principio per cui la nozione di vita privata debba essere utilizzata per escludere la individuazione del rapporto giuridico esistente tra un figlio nato fuori dal vincolo matrimoniale e il suo padre naturale". "Il rispetto della vita privata - spiega la Corte - richiede anche che ciascuno sia in grado di determinare i dati della propria identità quale essere umano, considerando l'importanza che tale identificazione riveste per le implicazioni formative della personalità di un individuo".

Un figlio nato fuori dal vincolo matrimoniale il quale sta cercando, tramite il procedimento giudiziario, di stabilire chi sia il proprio padre naturale deve avere la possibilità concreta ed effettiva "di vedere accertata o negata la paternità e quindi di vedere superata l'incertezza relativa all'identità del proprio padre naturale ". Di qui l'obbligo *positivo* degli Stati di predisporre "metodi appropriati per accertare la paternità attraverso

un procedimento giudiziale”. Ciò non significa - precisano i giudici europei - che “un sistema nazionale che non disponga di strumenti di carattere coercitivo per obbligare il presunto padre ad attenersi all’ordine del tribunale di effettuare gli esami del DNA non possa, in linea di principio, essere ritenuto compatibile con gli obblighi derivanti dall’art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, alla luce del margine di discrezionalità riconosciuto allo Stato”.

Tuttavia, la Corte considera che in un sistema di tal fatta “gli interessi dell’individuo che stia cercando di raggiungere la determinazione della paternità devono essere comunque garantiti quando tale paternità non possa essere stabilita mediante lo strumento degli esami del DNA”. La mancanza di ogni misura procedurale per costringere il padre ad attenersi all’ordine del tribunale è conforme al principio di proporzionalità solo “se il sistema fornisce strumenti alternativi che consentano ad un’autorità indipendente di decidere rapidamente sul giudizio di paternità”. Tra questi strumenti alternativi – a quanto sembra di poter desumere dalla pronuncia della Corte - rientra quello di “sanzionare“ in modo adeguato, sul piano probatorio, il rifiuto ingiustificato e pretestuoso di un soggetto di sottoporsi ad indagini genetico–ematologiche.

4.5. La prova nell’azione di disconoscimento di paternità e la fattispecie dell’art. 235, n. 3 c.c.: sequenza storica degli eventi o successione logica tra prove?

“ Il marito è padre del figlio concepito durante il matrimonio “, stabilisce l’art. 231 c.c. Tuttavia, la presunzione di paternità è destinata a venir meno in presenza di determinate situazioni di fatto tassativamente indicate dalla legge, ovvero in presenza di determinati *fatti impeditivi* che il marito è chiamato a provare.

Nell’originario disegno del codice disconoscimento del figlio concepito durante il matrimonio poteva aversi in quattro 4 casi.

Affiancata dalla limitata cerchia dei soggetti legittimati ad agire e dalla previsione di termini decadenziali per l’esperimento della relativa azione (art. 244 c.c.), la disciplina in materia aveva lo scopo di rafforzare lo statuto protettivo dei figli legittimi “dal rischio di essere presi di mira da azioni temerarie ed infondate“.

Quanto alle 4 ipotesi tassative di disconoscimento di paternità va rimarcata la profonda differenza tra le fattispecie elencate nei numeri da 1 a 3 dell’art. 235 c.c., da un lato, – vale a dire, impossibilità fisica di coabitazione durante il periodo della presunzione del concepimento; impotenza del marito durante il detto periodo; e separazione legale sempre in questo periodo - e l’ipotesi prevista al numero 4 dell’art.235, dall’altro. Mentre le prime 3 sono sufficienti a giustificare il disconoscimento, l’adulterio della moglie e il celamento della gravidanza e della nascita costituiscono soltanto condizione per l’ammissione della prova sulla paternità. In altre parole, mentre nei casi di mancata coabitazione e di impotenza la prova dei fatti (impeditivi) integranti la relativa fattispecie

poteva essere da sola sufficiente per escludere anche il rapporto di paternità, nell'ipotesi prevista dall'art. 235 n. 4 c.c. per vedere accolta la domanda di disconoscimento, il marito era chiamato a fornire anzitutto la prova dell'adulterio, del celamento della gravidanza e della nascita del figlio e, dopo aver fornito la prova di tali fatti, doveva dimostrare altri fatti o circostanze tendenti ad escludere la sua presunta paternità.

La prova dell'adulterio (e del celamento della gravidanza e della nascita), pur essendo fortemente significativa della fondatezza dell'azione, necessitava di essere accompagnata dalla dimostrazione di altri fatti o circostanze inconciliabili con la paternità (Cass., 4 luglio 1958, n. 2391) per l'ovvia considerazione, che, quantomeno l'adulterio, si muove su un terreno più difficile e più insicuro, potendo ben coesistere un concepimento ed un rapporto di paternità biologica effettiva, coeva a rapporti adulterini che non abbiano dato luogo ad "ulteriori conseguenze fattuali" come la nascita di un figlio. Ma, prima ancora di questa difficoltà - non certo attenuata dalla formula rassicurante dell'art.235, n.4 ult.parte secondo cui "in questo caso, il marito è ammesso a provare ogni altro fatto tendente a escludere la paternità" - vi è da considerare che, nel caso dell'adulterio, la posizione probatoria del marito è decisamente più onerosa rispetto a quella della moglie, poiché i fatti impeditivi della presunzione ruotano tutti intorno ad un fatto di cui è autrice (ed è a conoscenza) la moglie stessa e sono fatti che, di regola, non possono che essere accertati attraverso un ragionamento presuntivo.

La riforma del diritto di famiglia con la legge 19 maggio 1975 n. 151, orientata ad impedire l'attribuzione di *status* familiari fittizi ed a ridisegnare il rapporto tra certezza formale e verità naturale del rapporto di filiazione, porta ad alcune modifiche significative in tema di disconoscimento di paternità. Nella direzione di una progressiva attenuazione del *favor legitimitatis* si muove l'esclusione della presunzione di paternità in caso di separazione legale dei coniugi posto che ai sensi dell'art. 232, comma 2 c.c. come novellato dalla riforma del diritto di famiglia, la presunzione di paternità non opera quando siano decorsi 300 giorni dalla pronuncia della separazione giudiziale o dalla omologazione di quella consensuale, oppure dalla data di comparizione dei coniugi davanti al giudice, se questi li ha autorizzati a vivere separatamente nelle more del giudizio di separazione o in quello di annullamento, scioglimento o cessazione degli effetti civili di matrimonio. In questo caso, a differenza di quanto avveniva in passato, quando la separazione legale era prevista *sic et simpliciter* tra le cause che giustificavano la proposizione dell'azione di disconoscimento, non operando più la presunzione di paternità, chi afferma che, malgrado la separazione, il figlio nato da un incontro – sia pure occasionale – dei coniugi separati, dovrà farsi carico del relativo onere probatorio.

Sul versante specifico della disciplina dell'azione di disconoscimento della paternità, la riforma provvede ad estendere la legittimazione che prima era " monopolio del marito " al figlio che abbia raggiunto la maggiore età e alla moglie, ed amplia il termine per il disconoscimento da tre mesi ad un anno (art. 244 c.c.).

Anche l'art. 235 c.c. subisce una parziale riscrittura. Nel nuovo testo le ipotesi di disconoscimento di paternità, che restano pur sempre tassative, passano da 1 a 3 in quanto viene meno l'ipotesi prevista dal numero 3 del testo previgente dell'art. 235 c.c. (e ciò perchè la legge elimina la relativa presunzione di paternità). Inoltre, nel n. 3 dell'art. 235 c.c. riformato la "e" viene sostituita con una "o" con la conseguenza che, mentre con il vecchio testo occorre che la moglie avesse commesso adulterio e in più avesse tenuto celato al marito sia la propria gravidanza che la nascita del figlio con il testo riformato è sufficiente l'una o l'altra di queste circostanze per l'ammissibilità dell'azione. In più – ed è un dato di grande significato soprattutto nell'ottica della nostra analisi – l'art. 235 n. 3 c.c. nella nuova formulazione della sua seconda parte aggiunge, proprio in relazione alle azioni esperite sulla base dell'una o dell'altra delle cause di disconoscimento menzionate – adulterio o celamento della gravidanza e della nascita, criteri ormai disgiunti – che "in tali casi il marito è ammesso a provare che il figlio presenta caratteristiche genetiche e del gruppo sanguigno incompatibili con quelle del presunto padre". A questo punto poteva sembrare che (anche) le difficoltà della prova (del fatto impeditivo dell'adulterio) nell'azione di disconoscimento fossero sostanzialmente ridimensionate per non dire superate.

Infatti, se in passato la richiesta prova dell'adulterio necessaria per l'accoglimento dell'azione di disconoscimento, trovava la propria *ratio* nel fatto che non esistevano sistemi scientifici come la prova ematologica o quella genetica delle quali si potesse disporre in questi campi, capaci di dare un responso scientificamente attendibile, ora poteva ritenersi sufficiente, per l'accoglimento della domanda di disconoscimento, la prova dell'adulterio della moglie integrata dalla prova biologica che il figlio presenta "caratteristiche genetiche e ematologiche incompatibili con quelle del presunto padre". Invece, le difficoltà di esperire con successo l'azione di disconoscimento, ovvero di vincere la presunzione di concepimento ex art. 232, comma 1 c.c. ritornano o meglio permangono a causa della formulazione infelice della norma dell'art. 235 c.c. che non evidenzia la *diversa portata strutturale* tra i primi due casi (basati sui fatti impeditivi della mancanza di coabitazione e dell'impotenza del marito) che escludono ogni confusione sulla genesi della gravidanza e della nascita – cosicché la loro prova di quei fatti è di per se anche prova dell'impossibilità della paternità biologica - e la terza ipotesi (adulterio o celamento della gravidanza) in cui la prova dei relativi fatti non è da sola sufficiente ad escludere la paternità, potendo sussistere rapporti tra coniugi idonei alla procreazione, nonostante l'adulterio o il celamento della gravidanza.

La giurisprudenza nel suo orientamento dominante si mostra ferma nel ritenere che per la "inequivoca chiarezza" del tenore letterale della disposizione consacrata nell'art. 235 n. 3 c.c. l'adulterio della moglie, al fine della paternità, debba essere autonomamente dimostrato e che il marito non possa avvalersi degli elementi forniti dalla prova genetica e ematologica per integrare quella carente dell'adulterio della moglie, dato che quella prova può essere esaminata solo *dopo* che si è raggiunta la prova dell'adulterio. In tema di disconoscimento di paternità fondato sull'adulterio – si ribadisce, a con ferma di un

consolidato orientamento – l'indagine sull'adulterio ha carattere *preliminare* rispetto a quella sulla sussistenza o no del rapporto procreativo e deve prescindere dalle prove inerenti a quest'ultimo (Cass., 17 agosto 1998, n. 8897). Nel dettato dell'articolo 235 n. 3 c.c. si ravvisa infatti una graduazione, una *successione logica* tra prova dell'adulterio e prova emato-genetica sicché, soltanto una volta raggiunta la prima, il giudice può dare ingresso all'altra. Correlativamente, si ritiene ininfluenza il comportamento della parte che rifiuta la prova ematologica, non essendo ammissibile la suddetta prova se non in subordine alla previa autonoma prova dell'adulterio (Cass., 5 gennaio 1984, n. 20).

Nell'interpretazione della giurisprudenza non è pacifico invece se la menzionata successione logica delle prove implichi anche, necessariamente, una successione cronologica oppure se l'espletamento della prova ematologica e genetica possa avvenire anche contemporaneamente alla prova dell'adulterio. Poco cambia comunque per la parte che aspiri a vedere accolta la domanda di disconoscimento.

Anche per le corti che affermano che la prova biologica può essere contestuale rispetto alla prova dell'adulterio, rimane fermo il principio che i risultati della prova biologica non sono utilizzabili per integrare la prova dell'adulterio quando di questo, attraverso prove indirette o indizi, non sia stata dimostrata la verosimiglianza. “Il dettato dell'art. 235 n. 3 c.c. – si sostiene – impone tale conclusione, in quanto alla prova dell'adulterio risulta subordinata la prova genetica e/o ematologica, pur essendo possibile espletare le prove tecniche contemporaneamente a quelle inerenti all'adulterio”.

A giustificazione di tale orientamento si aggiunge che la prova tecnica non può consistere in un mezzo puramente *esplorativo*, espletato sulla base di meri sospetti di una moglie della quale non sia stato provato l'adulterio (Cass., 23 gennaio 1984, n. 541). Certo è, peraltro, che nell'ipotesi di cui al n.3 dell'art. 235 c.c. all'accoglimento della domanda si perviene solo per via della reciproca integrazione fra la prova dell'adulterio (essendo evidente che ad escludere l'esistenza del rapporto di paternità non posso essere sufficiente la sola dimostrazione dell'adulterio) e quella biologica nonché, secondo una interpretazione-ricostruzione che si ritiene pienamente condivisibile, per via della combinazione fra la stessa prova dell'adulterio e il rifiuto ingiustificato della madre all'espletamento della prova ematologica.

4.6. Le implicazioni dell'orientamento dominante e la tensione tra favor legitimitatis e favor veritatis.

Le conseguenze che derivano dai menzionati orientamenti giurisprudenziali, concordi nell'escludere la possibilità di utilizzare le prove tecniche anche al fine di integrare la prova dell'adulterio della moglie possono essere illustrate con il seguente caso giunto in epoca recente all'esame dei giudici di merito:

Un marito, avuto notizia della infedeltà coniugale dalla stessa consorte, decide di

sottoporre due suoi figli a test genetici per accertarne l'effettiva paternità. Scoperto di non esserne il vero padre, promuove giudizio di disconoscimento della paternità ai sensi del art. 235 n. 3 c.c. adducendo a prova dell'adulterio gli esami ematologici. Il giudice di merito esclude che la prova ematologica possa sopperire alla prova dell'adulterio, essendo preliminare e dirimente, nel giudizio di disconoscimento della paternità, provare *ante omnia* l'adulterio della donna. Non risultando, di per se, preliminarmente ed indipendentemente raggiunta la prova dell'adulterio, la domanda viene respinta “ non essendo sufficiente la procreazione di figli con soggetti diversi dal marito in costanza di matrimonio “.

Chiamata a vagliare la correttezza della decisione, la Corte di Cassazione la conferma e spiega che le censure mosse contro quella decisione si basano su “un equivoco di fondo”: “quello secondo il quale le aree fenomeniche del rapporto adulterino della moglie, da un lato, e del difetto di paternità in testa al coniuge legittimo, dall'altro, si sovrappongano fra di loro venendo di fatto a coincidere dal punto di vista normativo e rendendo perciò fungibili tra loro le relative prove”. Invece, spiega la Corte, “per la scelta del legislatore, ispirata ad un evidente disegno di tutela tendenziale della filiazione legittima a favore dei soggetti nati in costanza di matrimonio, la strada agli accertamenti istruttori sulla paternità effettiva (e perciò anche a quelli ematologici) è aperta solo ove sia stata preventivamente acquisita la prova dell'adulterio in epoca coincidente con quella dell'avvenuto concepimento“. E ciò anche ove, come nel caso di specie, “nei fatti” l'ordine della sequenza storica sia stato invertito, essendosi acquisita la prova ematologica prima ed indipendentemente da quella sull'adulterio della moglie. Un eventuale difetto di (pregiudiziale) prova dell'adulterio non può essere surrogato e superato attraverso l'utilizzo della prova ematologica nella sua concomitante valenza di implicita prova dell'adulterio “ (Cass., 22 ottobre 2002, n. 14887).

L'orientamento trova il consenso di chi vede nel tenore letterale della disposizione dell'art.235, n.3, c.c. l'espressione di una chiara scelta nel senso “dell'accantonamento dell'accesso al piano biologico naturalistico finché non venga prima acquisita la prova storica dell'adulterio”, e teme l'uso dell'accertamento genetico ematologico come mezzo esplorativo per soddisfare i propri sospetti. E dubita inoltre che con l'attuale stadio del diritto di famiglia si sia realizzata, una volta per tutte, “una supposta più generale tendenza del legislatore a privilegiare sempre e comunque il *favor veritatis*.”

In senso critico si osserva invece che quell'orientamento non tiene conto che nei casi in parola non si verte in tema di rapporti orizzontali tra coniugi, in cui anche l'adulterio senza conseguenze “fattuali“ (come si esprime la citata sentenza) ha la sua rilevanza, in quanto violazione dell'obbligo reciproco di fedeltà, ma di rapporti verticali tra genitore e figlio in cui la prova del rapporto adulterino senza conseguenze non avrebbe alcun senso ai fini del vero oggetto dell'azione di disconoscimento, se non avesse dato luogo al concepimento di un figlio da parte della donna con uno spermatozoo non coniugale (Carbone).

Quanto all'esistenza di una discrasia tra "l'area fenomenica nel rapporto adulterino della moglie" e "l'area fenomenica del difetto di paternità in testa al coniuge legittimo", non si tratta certo di negare codesta discrasia, ma "di guardarsi dall'errore di trasporla integralmente sul piano probatorio". Ed è qui che si scorge l'equivoco creato dalla stessa giurisprudenza (equivoco che altri descrivono come "confusione, sul piano metodologico, di causa con effetti"), bloccando ogni prova sull'eventuale causa senza considerare che la prova dell'effetto è anche prova della causa". Invero, si nota giustamente, se "nessuno potrebbe sostenere né che provato l'adulterio resti provato anche il difetto di paternità né che la prova dell'adulterio possa sostituire la prova del difetto di paternità (ben potendo l'adulterio accompagnarsi a rapporti con il coniuge e da questi effettivamente conseguire la generazione del figlio), non è altrettanto scontato che non possa valere l'ipotesi reciproca e, cioè, che non possa raggiungersi la prova dell'adulterio della madre attraverso la prova della non paternità del figlio (visto che nella specie umana è scientificamente esclusa la partenogenesi)". (Renda).

4.7. La prova scientifica come mezzo istruttorio polivalente: la parziale incostituzionalità dell'art. 235, n. 3 c.c.

Si apre così la prospettiva di una diversa interpretazione-ricostruzione della disciplina normativa che muove anzitutto dal rilievo che la prova dell'adulterio, quale condizione di ammissibilità dell'azione, è libera, non essendo dato riscontrare nell'art 235 n. 3 c.c. alcuna limitazione in proposito. Di conseguenza, non vi è ragione di negare che per la dimostrazione dell'adulterio possano trovare applicazione anche le disposizioni in tema di presunzioni semplici di cui agli art. 2727ss. c.c.. Restringere arbitrariamente il bacino di applicazione della normativa in materia di presunzioni, sostenendo che l'adulterio possa essere provato soltanto in modo più diretto significherebbe plasmare surrettiziamente un'ipotesi normativa di mezzo di prova vincolato che l'ordinamento non può ammettere. Pertanto, se la prova biologica secondo la *ratio* stessa dell'azione di disconoscimento è essenzialmente diretta al fine di cui alla parte finale dell'art. 235 n. 3 c.c. – ossia all'accertamento della compatibilità delle caratteristiche genetiche del figlio – non si può escludere che la stessa, in funzione del suo esito, possa entrare a comporre il novero degli elementi gravi, precisi e concordanti della sussistenza o meno dell'adulterio della moglie in quanto il fatto ignoto (adulterio) rappresenta, in base all'*id quod plerumque accidit*, la conseguenza logica del fatto noto (esclusione della paternità). A tale prova va riconosciuto quindi una funzione *polivalente* in quanto, oltre a dimostrare l'esclusione della paternità (unitamente ad altre dirette a comprovare l'adulterio), può essere posta a fondamento di una presunzione circa l'esistenza di un pregresso adulterio. Quanto al rilievo che interpretando in siffatto modo la norma, si finirebbe per compiere prima l'accertamento dell'esclusione della paternità rispetto a quello della sussistenza della condizione di ammissibilità, si obietta giustamente che quel rilievo non è probante in quanto " la prova di tale esclusione è rilevanti in questa fase del giudizio finale, solo al fine

del pregresso adulterio (Finocchiaro).

L'esigenza che si avverte è di adeguare in via interpretativa la normativa in materia, prima ancora che al dettato costituzionale dell'art.24 Cost., ad un principio di comune buonsenso "per il quale riesce incomprensibile la conclusione secondo cui, esclusa la paternità del marito per la presenza nel figlio di caratteristiche genetiche o del gruppo sanguigno incompatibili con quelle del presunto padre, si neghi che tale fatto sia riferibile, quantomeno nella normalità dei casi, ad un adulterio della madre."¹⁴

La giurisprudenza, che pur incomincia ad avvertire l'iniquità della soluzione rigidamente imposta a fronte di un accentuato favore per una conformità dello *status* alla realtà della procreazione, non ritiene di poter imboccare la via di un mutamento di indirizzo nonostante gli elementi ed argomenti di ordine sia logico che giuridico, oltre che di ordine sociale, non manchino. Mossa probabilmente dalla volontà di non sconfessare decenni di un orientamento consolidato, preferisce spostare le censure dall'interpretazione dell'art. 235 n. 3 c.c. a quella *dell'incostituzionalità* della norma stessa in relazione agli artt. 3 e 24, comma 2. Cost.

La questione di legittimità – rileva la Corte di Cassazione nell'ordinanza di rimessione del 2004 - non appare manifestamente infondata con riferimento al principio di ragionevolezza ed al diritto di difesa [dato che] l'esercizio del diritto di difesa non può compiutamente realizzarsi se non è reso possibile l'accertamento dei fatti su cui si fondano le ragioni sottoposte al giudice e non è consentito fornire la prova dei fatti stessi, e dato che norme che rendono estremamente difficile l'esercizio del diritto di difesa possono comportare violazione del precetto costituzionale dell'art. 24 Cost.¹⁵

Nell'*iter* motivazionale la Corte pone in evidenza che "nell'attuale realtà sociale la prova dell'adulterio della moglie nel periodo del concepimento può costituire per il marito una circostanza la cui dimostrazione è di fatto impossibile o estremamente difficile in un gran numero di casi (...)" e riconosce che "è dubbio che possa considerarsi ancora ragionevole una previsione legislativa che, ai fini del disconoscimento della paternità, richiede la previa prova dell'adulterio della moglie, in presenza di un progresso scientifico che consente di ottenere direttamente (e quindi senza passare attraverso la dimostrazione dell'adulterio) una sicura esclusione della paternità che rappresenta l'obiettivo finale dell'azione in questione attraverso accertamenti tecnici capaci di fornire risultati la cui piena attendibilità è

¹⁴ Spetterà alla controparte eccepire e provare, eventualmente, che l'adulterio non sussiste per essere intervenuta una inseminazione artificiale eterologa.

¹⁵ Considerando, oltretutto che la giurisprudenza richiede la prova di un vero e proprio adulterio tale da procurare il concepimento e non una semplice relazione extraconiugale.(Cass., 23 aprile 2003, n.6477). Ciò costringe l'attore ad una defatigante attività probatoria che si ripercuote inevitabilmente sulla durata del processo.

unanimemente riconosciuta”.

Ritenendo preclusa dalla *chiara volontà del legislatore* “una possibile diversa interpretazione costituzionalmente orientata dell’art. 235 n. 3 c.c.”, essa rimette alla Corte costituzionale la questione di legittimità della disposizione in parola “nella parte in cui subordina la valutazione della prova genetica o ematologica alla raggiunta dimostrazione, con prove distinte, dell’adulterio della moglie, sotto il profilo della limitazione del diritto di difesa e della ragionevolezza di tale limitazione”.

La Corte costituzionale accoglie le sollecitazioni e riconosce a sua volta che

“il subordinare – sulla base del diritto vivente [ascrivibile al consolidato orientamento dei giudici di legittimità] – l’accesso alle prove tecniche, che, da sole, consentono di affermare se il figlio è nato o meno da colui che è considerato il padre legittimo, alla previa prova dell’adulterio è, da una parte, irragionevole, attesa l’irrelevanza di quest’ultima prova al fine dell’accoglimento, nel merito, della domanda proposta; e dall’altra, si risolve in un sostanziale impedimento all’esercizio del diritto di azione garantito dall’art. 24 Cost. E ciò per giunta in relazione ad azioni volte alla tutela di diritti fondamentali attinenti allo *status* e alla identità biologica”. [Inciso che è un chiaro segnale in favore della paternità biologica piuttosto che quella putativa del *favor legitimitatis*].

“Ciò comporta – concludono i giudici della Consulta – che deve essere dichiarata l’illegittimità costituzionale della norma impugnata nella parte in cui, ai fini dell’azione di disconoscimento della paternità, subordina l’esame delle prove genetiche, da cui risulta “che il figlio presenta caratteristiche genetiche o del gruppo sanguigno incompatibili con quelle del presunto padre”, alla previa dimostrazione dell’adulterio della moglie”.(sent., 6 luglio 2006, n.266)

La Corte di cassazione si adeguerà alla decisione della Consulta ridefinendo i rapporti tra la prova dell’adulterio e la prova genetica-ematologica – e con ciò stesso i rapporti tra *favor legitimitatis* e *favor veritatis* – nel senso di consentire, nel giudizio di disconoscimento della paternità, l’accesso alle prove biologiche indipendentemente dalla previa dimostrazione dell’adulterio (Cass., 6 giugno 2008, n.15088).

5. Giudizio di fatto e ipotesi normative di prova vincolata.

5.1 La prova della traslazione nell’indebito tributario: le indicazioni della Corte di giustizia

Il diritto alla prova inteso nel senso più volte ricordato di diritto o potere di provare i fatti posti a fondamento della domanda o eccezioni con i mezzi offerti in generale dall’ordinamento giuridico può subire limitazioni che ne condizionano le modalità di esercizio, non solo quando il legislatore sancisce la inammissibilità di determinati mezzi di

prova come avviene nel caso della prova testimoniale o quando, per la natura dei fatti da provare o per le caratteristiche strutturali di una data fattispecie sostanziale (ne abbiamo appena incontrato un esempio), certi mezzi rappresentativi della realtà non sono utilizzabili. Limitazioni possono aversi anche quando il legislatore, per la ricostruzione giudiziale dei fatti controversi, prefigura ipotesi normative di mezzo di prova vincolato, ammettendo cioè *un solo mezzo di prova*, in via esclusiva, per rappresentare in giudizio i fatti posti a fondamento della domanda o dell'eccezione. I problemi e le tensioni che in tali casi sorgono in relazione alla formazione del giudizio di fatto e, prima ancora, in relazione allo stesso diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva delle situazioni giuridiche soggettive riconosciute sul piano sostanziale, possono essere efficacemente illustrati ripercorrendo le vicende che hanno caratterizzato l'esperienza applicativa delle azioni di ripetizione dell'indebito.

Un campo privilegiato di osservazione, anche per la vivacità degli apporti giurisprudenziali offerti in questa materia non solo dalle corti nazionali ed in particolare dalla Corte costituzionale ma anche dalla Corte di giustizia europea, è costituito dalla formazione del giudizio di fatto nelle azioni di ripetizione di tributi indebitamente versati in quanto contrari (o vietati) dal diritto comunitario.

Nell'ordinamento italiano inizialmente non esiste una normativa specifica in materia di rimborso di tasse o imposte indebitamente riscosse dallo Stato. Trova applicazione la disposizione dell'art. 2033 c.c. in tema di pagamento dell'indebito tra privati, secondo cui “ chi ha eseguito un pagamento non dovuto ha diritto di ripetere ciò che ha pagato”. Ciò in particolare quando il carattere indebito della percezione fiscale deriva non dall'illegittimità dell'atto impositivo ma dall'inesistenza originaria o sopravvenuta di disposizioni legislative che autorizzino l'imposizione.

Quanto alla configurazione strutturale dell'indebito, la giurisprudenza, in modo univoco, afferma che “ è nozione pacificamente ricevuta che, nell'ordinamento nazionale, soltanto due elementi sono costitutivi della fattispecie dell'indebito oggettivo: l'esistenza di un pagamento ed il fatto che esso non doveva in realtà essere eseguito. Affatto estranea alla fattispecie è invece la circostanza che per effetto della conseguita ripetizione il soggetto che ne beneficia si limiti a ripianare la perdita subita (cioè, l'esborso sopportato) ovvero ne ricavi una locupletazione (per aver già trasferito a danno di terzi il depauperamento subito in conseguenza del pagamento indebitamente effettuato)”. Di conseguenza, si stabilisce che “ il pagamento, relativamente a merci importate di imposte non dovute – imposte previste dal diritto nazionale, ma vietate dall'ordinamento comunitario - legittima l'importatore alla ripetizione delle somme a tale titolo corrisposte allo Stato indipendentemente dalla persistenza di un suo depauperamento, tanto cioè se il *solvens* abbia definitivamente sopportato nel proprio patrimonio la incidenza economica di quel tributo, quanto se invece l'abbia in tutto o in parte trasferita sul consumatore in sede (e per mezzo del prezzo di rivendita) delle merci stesse “ (Cass., 21 luglio 1981, n. 4682).

Di fronte a questo orientamento l'Amministrazione delle finanze si trova però esposta al rischio di dover restituire la integralità delle somme riscosse (nel corso di un periodo di 10 anni, applicandosi in questa materia la prescrizione ordinaria di cui all'art. 2949 c.c). Per scongiurare tale pericolo e limitare le conseguenze finanziarie dell'obbligo restitutorio dello Stato, il legislatore ricorre al principio della *traslazione* dell'imposta che consenta di tener conto della possibilità che tasse indebitamente percepite siano state incorporate nei prezzi dell'operatore economico assoggettato alla tassa o imposta e trasferito sugli acquirenti, con la conseguenza che gli operatori economici, che abbiano incorporato l'onere corrispondente alla tassa indebitamente versata nei prezzi di vendita dei loro prodotti, non hanno diritto (o quantomeno non dovrebbero aver diritto) alla restituzione di tale tassa.

Avvalendosi di questo strumento (accorgimento) il d.l. 30 settembre 1982 n. 688 (convertito nella Legge 27 novembre 1982 n. 873) relativo a misure urgenti in materia di entrate fiscali stabilisce all'art. 19 che:

“chi ha indebitamente corrisposto diritti doganali all'importazione, imposte di fabbricazione, imposte di consumo o di diritti erariali anche anteriormente alla data di entrata in vigore del presente decreto, ha diritto al rimborso delle somme pagate quando prova *documentalmente* che l'onere relativo non è stato in qualsiasi modo trasferito su altri soggetti salvo il caso di errore materiale. “

“ La prova documentale di cui al comma precedente deve essere fornita anche quando le merci, in relazione alle quali il pagamento è stato operato, siano state cedute dopo la lavorazione, trasformazione, montaggio, assemblaggio o adattamento di esse .“

Come si vede, la disposizione citata non solo introduce il principio della *traslazione* dell'imposta - per cui i contribuenti che abbiano incorporato l'onere relativo ad un tributo indebitamente pagato nei prezzi di vendita delle loro merci o dei loro prodotti non hanno diritto alla restituzione di quanto versato – ma sposta altresì l'onere della prova ed impone al contribuente di provare “documentalmente“ la mancata traslazione.

Questo duplice aspetto della “manovra” non tarda a sollevare critiche e perplessità in riferimento agli art. 3, 24 e 113 Cost. sia perché di fronte ad un diritto sorto ed esercitabile viene imposto al contribuente, nella sua qualità di *solvens*, l'onere di provare l'inesistenza di un fatto estintivo, ossia la irrilevanza dell'incidenza dell'imposta sulla formazione del prezzo, sia perché la particolare limitazione in merito alla prova da fornire, consentendo solo quella documentale, si risolve di fatto in una *probatio diabolica* a carico del contribuente. La scienza economica – si fa notare criticamente – è concorde nel ritenere che il prezzo è dato da una quantità di variabili che è assolutamente impossibile disaggregare ed analizzare in modo razionale. Non si vede come possa provarsi, tanto più documentalmente, l'esistenza o meno del fattore fiscale tra queste variabili. La prova è quindi diabolica e per ciò stesso viola non soltanto il principio di tutela giurisdizionale del diritto a verso la p.a. consacrata dall'art. 113 Cost; ma altresì il principio consacrato

dall'art. 24 Cost. che assicura a tutti la possibilità di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti (Berni).

Censure analoghe da parte dei giudici di merito portano a molteplici ordinanze di rinvio alla Corte costituzionale la quale, tuttavia, con le decisioni n. 651 del 16 giugno 1988 e n. 807 del 14 luglio 1988 (e in altre successive occasioni) dichiara le censure manifestamente infondate affermando che la deroga apportata dalla normativa in esame alla generale disciplina della ripetizione dell'indebito stabilita dall'art. 2033 del c.c. – consistente nel porre a carico del *solvens* la prova della mancata traslazione dell'onere economico dell'imposta – non è di per se lesiva del diritto di agire in giudizio e che tale diritto non è vanificato o illegittimamente compresso nemmeno dalla previsione della sola prova documentale. A giudizio della Corte, la disciplina eccezionale dettata dalla norma in discussione trova adeguata giustificazione nell'esigenza di evitare un arricchimento senza causa di alcuni operatori economici in danno alla collettività, limitatamente ad imposte per le quali l'onere fiscale viene di norma trasferito a terzi (consumatori e acquirenti).

Mentre la Consulta sostiene la legittimità delle scelte operate dal legislatore sotto il profilo della conformità ai precetti costituzionali, importanti sviluppi intervengono a livello comunitario dove la Corte di giustizia sottolinea con forza che il fondamento del diritto alla restituzione delle somme indebitamente percepite dall'amministrazione è ancorata all'effetto diretto delle norme comunitarie (in particolare degli artt.13ss. Trattato CEE) che in linea con l'obiettivo politico della Comunità di instaurare un mercato comune, cioè uno spazio dove le merci possano circolare liberamente in regime concorrenziale, fanno divieto agli Stati membri di mantenere e/o di introdurre dazi doganali all'importazione e all'esportazione e qualsiasi tassa di effetto equivalente (come i diritti di visita sanitaria o diritti per servizi amministrativi). La tutela delle situazioni giuridiche soggettive create da tali norme non sarebbe effettiva se non fosse accompagnata dalla possibilità concreta per il singolo di ottenere il rimborso di ciò che ha indebitamente versato alle autorità nazionali. Ebbene, questo requisito (condizione) non è soddisfatto se una normativa nazionale, come nel caso della legge italiana, prevede limitazioni al regime della prova tali da rendere *praticamente impossibile* al contribuente ottenere la restituzione delle somme indebitamente versate all'erario.

Chiamati a vagliare le scelte adottate dal legislatore italiano con la l'art.19 della l. n.688/1982, i giudici europei spiegano:

“la tutela dei diritti garantiti in materia dall'ordinamento comunitario non esige che si conceda la restituzione di tasse indebitamente percepite a condizioni tali da causare un arricchimento senza giusta causa degli aventi diritto. Nulla impedisce, dal punto di vista del diritto comunitario, che i giudici nazionali tengano conto, conformemente al proprio diritto interno, della possibilità che tasse indebitamente percepite siano state incorporate nei prezzi dell'impresa (operatore economico) assoggettata alla tassa e trasferite agli acquirenti. Uno Stato membro, però, “non può subordinare il rimborso di tributi nazionali

riscossi in contrasto con quanto disposto dal diritto comunitario alla prova che detti tributi non sono stati trasferiti su altri soggetti qualora il rimborso sia subordinato a criteri di prova che rendono *praticamente impossibile* l'esercizio di tale diritto. E' quanto avviene con la disposizione dell'art. 19 del d.l. 30 settembre 1982 n. 688 che esige dall'operatore economico una prova *solo documentale* della mancata traslazione e di tributi indebitamente versati su altri soggetti. E ciò:

in primo luogo, perché nella grandissima maggioranza dei casi non esiste la possibilità di dimostrare che la perdita patrimoniale, sempre e incontestabilmente sofferta dal *solvens* quando paga l'indebita imposta, sia compensata dall'incorporazione dell'imposta medesima nel prezzo della merce a cui afferisce, dato che il prezzo è una creatura del mercato sulla quale agiscono fattori innumerevoli e conoscibili solo in modo estremamente approssimativo;

e in secondo luogo, perché l'ordinaria documentazione commerciale (che ogni impresa è tenuta a conservare secondo gli artt. 2214ss. c.c.) riguarda i costi e permette di far luce sui profitti dell'imprenditore ma non consente certo di identificare tutti i fattori da cui è determinato il prezzo (sent. San Giorgio, 9 novembre 1983)

Qualche anno dopo la sentenza *San Giorgio*, la Corte di Giustizia condannerà lo Stato italiano per non aver eliminato dall'ordinamento giuridico interno la disposizione dell'art.19 d.l.688/1982 recante l'onere della prova documentale negativa, giudicata contrastante con i principi comunitari. Infatti, spiega la Corte – il mantenimento in vigore della stessa pone gli interessati in uno stato di incertezza circa le possibilità di fare appello al diritto comunitario per far valere in modo efficace i loro diritti. (*Commissione c. Italia*, sent. 24 marzo 1988, C-104/86).

Nel 1990 il legislatore italiano modifica la disciplina stabilendo con l'art. 29 della l. 29 dicembre 1990, n. 428 che “i diritti doganali all'importazione, le imposte di fabbricazione, le imposte di consumo ed i diritti erariali riscossi in applicazione di disposizioni nazionali incompatibili con norme comunitarie sono rimborsati a meno che il relativo onere non sia stato trasferito su altri soggetti”.Viene eliminato così il limite della prova vincolata di carattere documentale, ma si delinea presto un nuovo fronte di contrasto con la giurisprudenza di Lussemburgo in quanto le corti italiane, e in particolare la Corte di Cassazione qualificano il trasferimento dei tributi corrisposti nel prezzo di vendita di un prodotto alla stregua di un “fatto economico“ normale e, quindi, di un fatto che non richiede prova e riversano così sul contribuente il compito di dare dimostrazione diretta della non avvenuta traslazione dei tributi illegittimi su altri operatori economici o su i consumatori. Formalmente si muove dall'assetto distributivo dell'onere probatorio nelle azioni di restituzione ma poi si esclude la sua operatività in quanto si statuisce che, ai fini dell'assolvimento di tale onere da parte dell'amministrazione finanziaria, “può essere prova valida la presunzione basata sul fatto notorio che sistematicamente commercianti e industriali trasferiscono sulla clientela gli oneri per tributi indiretti ed accessori

qualificandoli nominalmente come costi di produzione “ (Cass., 12 marzo 1993, n. 3006).

Al riguardo di questa statuizione è il caso di notare che la presunzione non deve essere confusa con il fatto notorio. Il fatto notorio è un fatto pacifico che non richiede prova, mentre la presunzione è una prova. Il notorio può essere il *factum probans* non il *factum probandum* nel contesto di un ragionamento presuntivo. Per la giurisprudenza in parola, la traslazione degli oneri tributari sui terzi è semplicemente data per presupposta e non analiticamente dimostrata, sia pure per via indiziaria.

Contro questa applicazione del regime probatorio in materia di traslazione delle imposte nella giurisprudenza italiana che finisce per spostare sul contribuente l'onere probatorio della non traslazione del tributo si dirige nuovamente la Corte di giustizia. Con la sentenza *Dilexport* del 9 febbraio 1999 i giudici europei ribadiscono che sono incompatibile con il diritto comunitario “presunzioni o discipline della prova dirette a far incombere sul contribuente l'onere di dimostrare che i tributi indebitamente pagati non sono stati trasferiti su altri soggetti“, e che il diritto comunitario “osta a che uno Stato membro assoggetti il rimborso di diritti doganali e di imposte incompatibili con il diritto comunitario a una condizione, quale l'assenza di ripercussione di tali diritti e imposte su altri soggetti, relativamente ai ricorrere della quale l'onere della prova incomberebbe al ricorrente. “

Qualche anno dopo la stessa Corte, pronunciandosi sull'azione di infrazione esperita dalla Commissione contro l'Italia statuisce che “non avendo modificato l'art. 29 comma 1, l. 29 dicembre 1990, n. 428 che viene interpretato e applicato in sede amministrativa e da una parte significativa degli organi giurisdizionali, compresa la Corte di cassazione, in modo da provocare un'inversione dell'onere della prova a carico del contribuente, rendendo in tal modo l'esercizio del diritto al rimborso di tributi riscossi in violazione del diritto comunitario eccessivamente difficile per il contribuente, la Repubblica Italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza del trattato CE “ (sentenza 9 dicembre 2003 in causa C – 129/00).

La necessità di rendere effettiva dinanzi ai giudici nazionali la tutela delle situazioni giuridiche soggettive previste dall'ordinamento comunitario induce la Corte a valutare la portata delle disposizioni legislative nazionali – in tema di prova di formazione del giudizio di fatto – tenendo conto anche dell'interpretazione che ne danno i giudici nazionali e l'amministrazione finanziaria. Il principio di effettività del diritto di ottenere dall'amministrazione finanziaria il rimborso di imposte non dovute, non deve essere vanificato dall'applicazione che una data normativa in materia di accertamento probatorio riceve in sede nazionale (Così, anche di recente, Corte di giustizia, 15 dicembre 2011, C-427/10).

5.2. I ripensamenti della Corte costituzionale.

La controversa disposizione della normativa italiana, resa formalmente inapplicabile con riferimento ai tributi nazionali riscossi in contrasto con quanto disposto

dal diritto comunitario, resta a lungo in vigore invece per le azioni di restituzione dei tributi interni nazionali. Anzi, con l'art 29 del L. 29 dicembre 1990 n. 428, il legislatore "conferma" la diversificazione del regime della prova nell'azione di ripetizione dell'indebito tributario a seconda che i tributi di cui si chiede il rimborso abbiano o meno una rilevanza per l'ordinamento comunitario, mantenendo ferma, per questi ultimi, l'applicabilità dell'art. 19 d.l. n. 688/ 1982. Contro questa scelta si levano le censure dei giudici nazionali che non mancano di rilevare, nella normativa interna e nel suo regime probatorio, uno standard di tutela incompatibile con la disposizione dell'art. 24 Cost. in quanto grava il contribuente dell'onere di fornire una prova praticamente impossibile. Le censure rimarcano ancora una volta che in un mercato internazionale non sempre è possibile per il produttore aumentare il prezzo in conseguenza di un aumento degli oneri fiscali e che è il mercato e non il singolo produttore a stabilire il prezzo, spesso imponendo, in luogo della traslazione di un nuovo onere fiscale, una contrazione dei profitti. Inoltre, dalla documentazione contabile dell'imprenditore è possibile trarre indicazioni sui profitti dell'imprenditore ma non è dato in alcun modo evincere l'incidenza dell'imposta su ciascuna unità di prodotto o identificare i fattori da cui fu determinato il prezzo.

Con la sentenza n. 114 del 21 aprile 2000 anche la Corte Costituzionale – non senza richiamare le indicazioni che a tale riguardo provengono dal diritto comunitario e in particolare dalla giurisprudenza della Corte di giustizia – muta il proprio precedente orientamento e riconosce che la disposizione dell'art. 19 del d.l. n. 688/1982 è costituzionalmente illegittima per la violazione dell'art. 24 Cost., "nella parte in cui dispone che la prova ivi prevista possa essere data solo documentalmente in quanto, se da un lato può ribadirsi che la mera inversione dell'onere della prova non è in contrasto con l'art. 24 Cost., trattandosi di materia indubbiamente rimessa alla discrezionalità del legislatore, deve per altro verso ritenersi che il prevedere che tale onere possa essere assolto solamente per mezzo della prova documentale, intesa in senso tecnico, comporta una sicura lesione del diritto di agire in giudizio del *solvens*: infatti, tale previsione viene a subordinare la tutela giurisdizionale ad una prova che, secondo criteri di normalità, si palesa impossibile, non potendo in via generale essere ipotizzata l'esistenza di un documento contenente la diretta rappresentazione del fatto negativo costituito dalla mancata traslazione del peso economico di un'imposta".

Come si sarà notato, la declaratoria di illegittimità non colpisce anche l'inversione dell'onere della prova, in quanto ritenuta rientrare nella discrezionalità del legislatore, senza però che la Corte si adoperi a spiegarne la ragionevolezza rispetto al generale regime della ripetizione dell'indebito. Invece, proprio la ragionevolezza di quella scelta era stata messa in discussione dalla Corte europea la quale affermava che nella materia in esame deve valere la regola generale per la quale la prova della "traslazione su terzi", trattandosi di fatto impeditivo del diritto alla ripetizione, non può non incombere all'*accipiens* convenuto (e quindi all'Amministrazione delle finanze).

Di lì a poco lo riconoscerà anche la Corte costituzionale la quale, con la sentenza 9

luglio 2002, n.332, rileva che “in materia tributaria il legislatore può escludere la ripetizione dell’indebitito al fine di evitare un ingiustificato arricchimento del *solvens* allorché il peso economico dell’imposta sia stato trasferito da questi su altri soggetti, ma la traslazione dell’imposta, in quanto fatto impeditivo del diritto alla ripetizione, dovrebbe essere opponibile solo in via di eccezione *dall’accipiens* (art. 2697 c.c.), mentre la norma dell’art. 19 D.L n. 688/1982, onerando il *solvens* della prova negativa della mancata traslazione dell’imposta ha operato una inversione legale dell’onere della prova lesiva del generale canone di ragionevolezza garantito dall’art 3. Cost.”. In astratto, tale operazione non è vietata al legislatore, mentre diventa illegittima in concreto e, come nel caso di specie, quando collide con il principio di ragionevolezza cristallizzando una posizione di vantaggio ingiustificato dello Stato.

5.3. La prova vincolata del rapporto di lavoro nella costituzione della rendita vitalizia: dal confronto al dialogo.

Problemi non dissimili a quelli ora illustrati si sono posti nell’ordinamento interno con riguardo alla prova di fatti costitutivi del diritto alla costituzione di una rendita vitalizia reversibile ai sensi dell’art. 13 comma 1 e 5 della l. 12 agosto 1962, n. 1338 (avente per oggetto “ Disposizioni per il miglioramento dei trattamenti di pensione”)

Giova ricordare che la disposizione in parola prevede che il datore di lavoro, qualora abbia omesso di versare contributi per l’assicurazione obbligatoria invalidità, vecchiaia e superstiti e non possa più versarli per sopravvenuta prescrizione, può chiedere all’INPS la costituzione di una rendita vitalizia reversibile pari alla pensione o quota di pensione spettante e che il lavoratore, quando non possa ottenere dal datore di lavoro la costituzione di suddetta rendita può egli stesso sostituirsi al datore di lavoro, salvo il diritto al risarcimento del danno. A tale scopo le disposizioni dell’art. 13 comma 4 e 5 prescrivono, rispettivamente, che il datore di lavoro è tenuto ad esibire al INPS “ documenti di data certa “ ed il lavoratore è tenuto a fornire “le prove“ del rapporto di lavoro, della sua durata e della corrispondente retribuzione. Poiché il 5° comma fa riferimento al 4°, in giurisprudenza si ritiene che “le prove“ richieste al lavoratore non possano non consistere nei “documenti di data certa“ richiesti al datore di lavoro. In particolare, la Corte di cassazione, pronunciandosi sull’istituto della costituzione della rendita vitalizia ai sensi dell’art. 13 L. n. 1338/1962 ripetutamente stabilisce che, ove venga richiesta l’applicazione di tale norma - non importa se dal datore di lavoro o dal lavoratore –“non è ammissibile in giudizio prova diversa da quella documentale di data certa, giacché solo questa garantisce l’effettiva esistenza e durata del rapporto di lavoro, per cui non è surrogabile con altre fonti probatorie”. La ragione giustificativa della scelta normativa di imporre un mezzo di prova vincolato con esclusione di altri mezzi in luogo della documentazione di data certa viene individuata nella preoccupazione e

nell'intendimento del legislatore di "impedire eventuali manovre fraudolente anche da parte del datore di lavoro e collusioni tra questo e il lavoratore" (Cass. S.u. n. 1924 del 1977; Cass., 24 aprile 1981, n. 2499).

In dissenso dal più rigoroso indirizzo interpretativo che richiede anche per il lavoratore documenti di data certa per la prova tanto dell'esistenza del rapporto di lavoro che della sua durata e della misura della retribuzione percepita, alcune corti tendono ad attenuare l'onere probatorio con documenti di data certa, ammettendo mezzi di prova diversi in ispecie la prova testimoniale. Altre - ed è l'aspetto che più interessa in questo contesto - a cavallo tra gli anni '70 e '80 sollevano dubbi di legittimità costituzionale della disposizione dell'art. 13 comma 5 l.n. 1388/1962 in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost. "nella parte in cui preclude al lavoratore, secondo la prevalente interpretazione giurisprudenziale, di provare con mezzi diversi da documenti di data certa il pregresso rapporto di lavoro, la sua durata e retribuzione, al fine di ottenere la costituzione di una rendita vitalizia".

Nella prospettazione dei motivi a sostegno delle censure che si intrecciano intorno all'art.24 Cost. viene denunciata "la gravosità dell'onere probatorio accollato al lavoratore" che renderebbe "impossibile l'esercizio in giudizio del diritto alla costituzione della rendita vitalizia ". La norma indicata - si afferma in una delle ordinanze di rinvio - "frappone ostacoli pressoché insormontabili all'esercizio del diritto". In altre, il risultato della limitazione dei mezzi di prova viene individuato nell'avere "privato nella pratica di effettività il diritto (alla costituzione della rendita vitalizia)", data la estrema difficoltà, per non dire la impossibilità per il lavoratore, a causa di condizioni soggettive ed oggettive non certo a lui imputabili, di fornire documenti che corrispondano a qualcuna delle ipotesi descritte nel 1° comma dell'art. 2704 c.c..

La fattispecie sostanziale costitutiva del diritto alla rendita vitalizia - si nota - è costituita non già dall'avvenuta stipula in se del contratto di lavoro, ma dall'effettiva esistenza, durata etc. del rapporto di lavoro e cioè da un fatto *non negoziale* per il quale non avrebbe senso parlare di forma scritta *ad substantiam*. E' evidente quindi che il lavoratore si trova in grandissima difficoltà di provare con documenti scritti aventi data certa sia il fatto non negoziale dell'avvenuta prestazione del lavoro della sua durata e tanto più della misura della retribuzione effettivamente percepita, sia la stessa stipula del contratto di lavoro e la sua durata e retribuzione come in esso pattuite posto che:

a) la legge civile non richiede per tale contratto la forma scritta, neppure *ad probationem*;

b) la legge fiscale non richiede e non ha mai richiesto la registrazione a termine fisso del contratto di lavoro scritto né la denuncia del contratto di lavoro orale.

Inoltre, si ricorda che il lavoratore non ha mai avuto il diritto di controllare nei libri e registri aziendali se il datore abbia provveduto a registrarli e a regolarizzare la sua

posizione previdenziale. Pertanto, la norma in questione, la cui funzione è proprio quella di rimediare all'omissione di contributi in data anteriore a 10 anni, per poter trovare applicazione a cura del lavoratore ed in sede giudiziaria richiede che in precedenza (10 anni prima e oltre) lo stesso lavoratore abbia assolto ad oneri di diligenza (attinenti alle preconstituzione di prova scritta con data certa del proprio lavoro e della propria retribuzione) che appaiono eccessivamente gravosi sì da risultare - specie per i lavoratori più deboli disposti ad accettare un lavoro nero o presso imprese di problematica consistenza economica e quindi più esposti al pericolo di omissioni contributive – praticamente irrealizzabili.

Per la Corte costituzionale, che avverte la serietà dei problemi denunciati, la soluzione può essere trovata sul piano ermeneutico e, pertanto, senza eliminare “dal mondo dei valori giuridici“ una normativa che non irragionevolmente – in vista dello scopo di evitare che “germogolino“ posizioni assicurative fittizie – ha disposto, per un istituto speciale, speciali limiti probatori. Delineando la propria proposta interpretativa, la Corte rileva anzitutto che tre sono i fatti che il lavoratore, ai sensi dell'art. 13, comma 5 l. n. 1338/1962, è tenuto a provare per ottenere la costituzione della rendita vitalizia e cioè:

- a) l'effettiva esistenza del rapporto di lavoro;
- b) la durata dello stesso
- c) l'ammontare della retribuzione percepita.

Si tratta di fatti tra loro intimamente legati e pure giuridicamente distinguibili ed autonomamente apprezzabili ai quali non vi sarebbe motivo di applicare la medesima disciplina probatoria. Per la Corte, “una volta provata documentalmente l'effettiva esistenza del rapporto di lavoro” – in quanto fatto attinente al *an* e perciò presupposto legittimante l'esercizio del diritto di accensione della rendita – “ben può il giudice ammettere mezzi diversi dai documenti di data certa per raggiungere la prova della durata di esso e dell'ammontare della retribuzione“. Inoltre, secondo la Corte, per dare operatività alla norma non è necessario chiedere sussidio al comma 1 dell'art. 2704 c.c.. Se è incontestata l'autenticità del documento e si tratta solo di accertare la sua data “ il giudice, tenuto conto delle circostanze, può ammettere qualsiasi messo di prova come previsto dal comma 3 dell'art. 2704 c.c.". Con queste precisazioni la Corte dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13, comma 5° l. n. 12 agosto 1962 n. 1338 (sent. 15 febbraio 1984, n. 26).

La scelta “strategica” di optare per una sentenza interpretativa di rigetto non si rivelerà particolarmente felice. La prevalente giurisprudenza non seguirà l'interpretazione della norma in questione suggerita dalla Corte costituzionale. Con una sentenza di pochi giorni successiva alla pronuncia del giudice delle leggi, la Corte di cassazione ribadisce che “il lavoratore che agisce per ottenere, in sostituzione del datore di lavoro inadempiente, la costituzione della rendita vitalizia ai sensi dell'art. 13 L.1338/1962 può provare la

esistenza del rapporto di lavoro, la durata di esso e la misura della retribuzione solo con documenti di data certa“. Quanto all’affermazione secondo cui il lavoratore è normalmente sprovvisto di documentazione riguardante il rapporto di lavoro la Corte rileva che “è da ritenersi invece piuttosto plausibile che il lavoratore agevolmente dispone delle buste paga o dei prospetti di paga, oltre che dei documenti provenienti da enti previdenziali e del libretto di lavoro. (Cass., 24 febbraio 1984, n. 1283).

Perdurando il sospetto che la normativa in parola comporti in realtà una irragionevole e grave compressione del diritto di azione e di difesa (art. 24 Cost.) nonché del diritto al trattamento previdenziale che il legislatore ha inteso riconoscere al lavoratore, la questione ritorna nuovamente alla Corte costituzionale.

La Corte, che già si era mostrata sensibile a questo disagio, non si nasconde che la possibilità del riconoscimento del diritto del lavoratore alla rendita vitalizia, a causa del regime probatorio imposto dal prevalente orientamento giurisprudenziale, possa diventare talmente difficoltoso da rendere quel riconoscimento inattuabile, con chiara violazione del precetto costituzionale dell’art. 24 Cost. Di qui la conclusione che non può assolutamente pretendersi la rigida applicazione del primo comma del art. 2704 c.c. come prova dell’esistenza del rapporto di lavoro, ma piuttosto deve trovare applicazione il terzo comma di quell’articolo con la conseguenza che “quando si tratta solo di accertarne la data, il giudice, tenuto conto delle circostanze, può ammettere qualunque mezzo di prova“. Quanto alla durata del rapporto e l’ammontare della retribuzione, i relativi fatti, “possono essere provati con altri mezzi, anche orali“.

In questi termini – che ribadiscono sostanzialmente quanto già affermato in precedenza - ma scegliendo questa volta lo strumento più incisivo ed efficace della pronuncia interpretativa di *accoglimento* – la Corte dichiara la parziale illegittimità dell’art. 13 dell’art. 4° e 5° comma l. n. 1338/1962, per violazione dell’art. 24 Cost (oltreché dell’art. 38 Cost.), nella parte in cui, ai fini del diritto a rendita vitalizia per i periodi di contribuzione omessa e irrecuperabile perché prescritta, salva la necessità della prova scritta sull’esistenza del rapporto di lavoro da fornirsi dal lavoratore, “non consente di provare altrimenti la durata del rapporto stesso e l’ammontare della retribuzione”.

6. Giudizio di fatto e accesso alle prove documentali.

6.1 L’esibizione documentale tra diritto sulla res e potere di acquisirne il contenuto. Uno strumento istruttorio in cerca di effettività.

Per la parte che intende servirsi di un documento come mezzo di prova per rappresentare in sede giudiziale determinati fatti, la modalità principale (e più semplice) per assicurarne l’acquisizione al processo, è costituita dalla relativa *produzione*: atto spontaneo, manifestazione del potere dispositivo della parte che è in possesso del documento o che comunque lo detiene. Il codice specifica le attività che la parte deve

compiere per la produzione documentale a seconda che la produzione avvenga al momento della costituzione in giudizio (artt. 163, n.5 e 167, comma 1, c.p.c.) oppure in momenti successivi (art. 87 disp. att. c.p.c.)

Come modalità alternativa di acquisizione della prova documentale, il codice prevede l'istituto dell'*esibizione*. Chi ha interesse alla prova documentale, ma non la può direttamente produrre, *non avendone la disponibilità* (art.210. comma 1 c.p.c.), può fare istanza al giudice, affinché ordini al detentore del documento – che può essere la controparte o un terzo - la produzione in giudizio e quindi la presentazione fisica o il deposito presso l'ufficio giudiziario del documento, sempre che ne ritenga “necessaria” l'acquisizione.

Ricordiamo in via preliminare che nel documento come mezzo di prova rileva la *rappresentatività* del documento-oggetto (cosa o *res*) nel suo rapporto con il fatto o i fatti da provare. Il collegamento tra il documento e i fatti che costituiscono il tema della prova è reso esplicito dalla legge proprio laddove è il giudice ad ordinare l'esibizione ritenendone *necessaria* l'acquisizione. A prescindere dal significato che si voglia attribuire al requisito della “necessità”, si è qui in presenza di una valutazione che istituisce un rapporto tra la rappresentazione fornita dal documento ed i fatti che devono essere accertati dal giudice.

Quanto alla rappresentatività, essa non è un dato costitutivo del documento, bensì un giudizio, sia nella formulazione ipotetica e provvisoria che ne da la parte o il giudice stesso, nel momento della sua acquisizione, sia nella formulazione definitiva in sede di decisione intorno ai fatti della causa. Nel caso del documento scritto (e delle relative riproduzioni) sul piano logico la rappresentatività identifica il contenuto degli enunciati che descrivono fatti o avvenimenti e perciò costituisce un attributo non del documento, ma delle proposizioni che la lettura consente di formulare (Denti).

E vediamo l'istituto dell'esibizione processuale.

L'esibizione documentale, sconosciuta al codice di rito del 1865, quale autonomo e generale istituto di diritto processuale, entra nel nuovo codice del 1940/42 governata da una disposizione di portata assai ampia che indica come requisito legittimante l'ordine esibitorio semplicemente la *necessità* di acquisire al processo un documento o un'altra cosa. «Negli 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 – recita il nuovo art. 210 c.p.c. – il giudice istruttore, *su istanza di parte, può ordinare all'altra parte o a un terzo di esibire in giudizio un documento o un'altra cosa di cui ritenga necessaria l'acquisizione al processo*».

Ad illustrazione degli intenti sottesi a tale disposizione la Relazione ministeriale di accompagnamento al codice affermava che il potere dell'organo giudiziario di ordinare l'esibizione «corrisponde, in conformità dei voti della dottrina e della pratica, a quelle stesse considerazioni di solidarietà sociale e di cooperazione al miglior funzionamento

della giustizia, sul quale è basato il dovere pubblico di rendere testimonianza; come il cittadino è tenuto a deporre secondo verità in giudizio, quando l'interesse della giustizia lo reclama, egli deve essere tenuto a mettere a disposizione di questa le proprie cose».

Accompagnato dall'impegnativa dichiarazione di intenti della Relazione illustrativa del codice, il nuovo istituto dell'esibizione istruttoria si trova a dover affrontare la propria sfida operativa in un contesto poco attrezzato (e preparato) a sostenerla. Non può sorprendere perciò che l'applicazione del nuovo dettato normativo incontri non poche resistenze e subisca i condizionamenti derivanti da idee e concetti maturati sotto la passata sistemazione dell'istituto. Prima di tutto il condizionamento della teoria del documento «comune». L'atto di cui la parte domanda l'esibizione dev'essere «comune» alla parte stessa – afferma in modo nient'affatto sporadico una parte autorevole della giurisprudenza - aggiungendo che «documento comune, non è soltanto quello sul quale il richiedente abbia un diritto di proprietà o di autore, ma anche quello alla cui formazione abbia partecipato giuridicamente, allo scopo di dimostrare e riconoscere l'esistenza del diritto o della obbligazione oppure di costituire la fonte o la prova comune di diritti patrimoniali» (così ancora Cass., 15 febbraio 1979 , 993).

Le scelte innovative dei codificatori del 1940/42 provocano reazioni critiche e preoccupazioni anche per le opzioni di «valore» o, se si preferisce, di politica giudiziaria sottese a quelle scelte: la pubblicizzazione del processo e la riaffermata autorità del giudice. Di qui l'evocazione del pericolo che con l'istituto dell'esibizione documentale forzosa il processo civile possa diventare «un incivile strumento di vessazione» (Satta); e il timore che l'ordine esibitorio possa comportare un'invasione «cieca» del campo di pertinenza esclusiva dell'altro soggetto. E ancora, e più in generale, la preoccupazione che il nuovo meccanismo istruttorio possa o finisca per comprimere indebitamente il *principio dispositivo*, cardine del processo civile, a fronte del quale l'interesse al miglior funzionamento della giustizia, l'interesse alla miglior istruttoria possibile e la ricerca della verità nel processo – citate nella Relazione al codice – appaiono come dogmi privi di significato specifico. «L'interesse della parte a dare la prova – si osserva – è pur sempre un interesse del tutto unilaterale; e nulla autorizza a credere che una particolare intensità dell'interesse di estranei all'uso del documento giustifichi automaticamente il venir meno della sua riservatezza; proprio perché tale riservatezza o esclusività di godimento è concessa dall'ordinamento, in linea di principio, contro tutti gli ipotetici interessi di estranei a servirsene, interessi che anche fuori del processo potrebbero essere relevantissimi» (La China). Non è difficile cogliere il carattere «ideologico» di queste argomentazioni che non trova alcun riscontro nel dato di diritto positivo, il quale anzi ha cura di prevedere che il giudice non ordini l'esibizione di un documento (o cosa) nel caso in cui la controparte o il terzo possa essere esposto ad un grave danno, vanti un segreto professionale o d'ufficio sul contenuto del documento o, ancora, il terzo abbia diritti su di esso inconciliabili con l'interesse della giustizia (art. 211 c.p.c.).

Senza dire – lo abbiamo già ricordato - che il giudice deve in ogni caso compiere

una valutazione sulla «necessità» di acquisire il mezzo probatorio (art. 210 c.p.c.) e che (per la disposizione dell'art. 94 disp. att. c.p.c.) l'istanza «deve contenere la specifica indicazione del documento o della cosa», con il che si vuole impedire che l'interesse del richiedente possa spingersi fino ad una esibizione c.d. *esplorativa*.

Le argomentazioni sopra riportate restano tuttavia significative perché testimoniano il clima di sfiducia e di sfavore che circonda il nuovo istituto condizionando le sue proiezioni operative; un clima di sfiducia e di sfavore verso il nuovo istituto che comprova la «tenace sopravvivenza nel costume e nella cultura giuridica, più che nella legge, del principio del «*nemo tenetur edere contra se*» - per cui una parte non è tenuta a far conoscere alla controparte il proprio materiale probatorio anche se a sé sfavorevole – e, più in generale, dell'idea che il possessore di un documento privato (...) abbia diritto di non palesarne il contenuto, quante volte esso non sia comune ad altri, oppure non nasca (come nel caso dei libri o delle scritture delle imprese commerciali) con una potenziale destinazione alla conoscenza da parte di una pluralità indeterminata di terzi» (Cavallone).

Al momento dell'introduzione nel codice, le ragioni fondanti dell'istituto venivano indicate nella «solidarietà sociale», nella «cooperazione dei cittadini al miglior funzionamento della giustizia», nell'«interesse della giustizia»: espressioni (o obiettivi) variamente collegate con la (pretesa) svolta in senso «pubblicistico» dello strumento processuale. Queste giustificazioni si sono rivelate abbastanza fragili oltre che insidiose, perché hanno aperto la porta a un dibattito di carattere «ideologico» con inevitabili e poco fruttuose esasperazioni dall'una e dall'altra parte.

Oggi, l'istituto dell'esibizione processuale regolato dagli artt. 210 ss. del codice di rito può trovare un diverso e più solido fondamento. Il fondamento è costituito dalla garanzia di azione e di difesa, elevata dall'art. 24 della Costituzione a canone fondamentale della tutela giurisdizionale dei diritti e inserita nel rinnovato art. 111 Cost. tra le componenti essenziali di un «giusto processo». Più precisamente, il riferimento corre a quella particolare manifestazione dell'art. 24 Cost. costituito dal *diritto alla prova.*, che non può essere inteso soltanto in senso negativo come attinente all'eliminazione di certi limiti di ammissibilità delle prove. Il *diritto alla prova*, oltre che attraverso l'eliminazione delle condizioni e dei vincoli che ingiustamente gli vengono imposti dalla legge ordinaria, deve trovare la sua realizzazione attraverso l'attuazione concreta del suo profilo positivo, il quale consiste nel diritto all'assunzione e, più in generale, all'acquisizione delle prove ritenute necessarie per l'accertamento dei fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni. Lo strumento di cui l'ordinamento dispone per offrire alla parte che non ha la disponibilità materiale di un documento la possibilità di utilizzarlo in giudizio è rappresentato dall'esibizione istruttoria.

Ma le ombre del tradizionale principio *nemo tenetur edere contra se* riaffiorano in modo pesante proprio in relazione all'aspetto più delicato (e più criticabile) dell'attuale disciplina normativa dell'istituto: quello della mancanza di un adeguato apparato

sanzionatorio capace di assicurare *effettività* all'ordine giudiziale di esibizione.

L'”opzione” che il legislatore ha lasciato ai destinatari dell'ordine – parte o terzi – di non collaborare alla raccolta del materiale probatorio e, quindi, di non esibire il documento o i documenti la cui acquisizione al processo è ritenuta *necessaria* ai fini dell'accertamento dei fatti di causa, rischia di minare la funzionalità dell'istituto e, con ciò stesso, di privare di concreta utilità uno degli strumenti attraverso cui passa la effettività della tutela giurisdizionale dei diritti. La parte costretta a fondare la propria pretesa su materiale documentale in mano altrui, in caso di mancata esecuzione spontanea del provvedimento del giudice, è destinata a soccombere, in ragione del normale operare della regola di giudizio fondata sull'onere probatorio.

Poco serve la possibilità per il giudice di trarre “argomenti di prova” dall'inadempimento della parte. Oltretutto, in caso di mancata esibizione di documenti di contenuto complesso, il giudice assai poco potrà ricostruire per induzione dal comportamento della parte. Quanto al comportamento non collaborativo di terzi, fino ad epoca recentissima sanzionato (sempre che si ritenga applicabile l'art.118, comma 3 c.p.c.) con una pena pecuniaria ferma al vetusto e risibile limite “non superare a cinque Euro”, la modifica apportata all'art. 118 c.p.c. dalla l. n. 69 del 2009 fissa ora la misura “da un minimo di Euro 250 ad un massimo di Euro 1.500”.

L'esperienza di altri ordinamenti europei, vicini al nostro per tradizione giuridica, ma più sensibili all'esigenza di una effettiva collaborazione delle parti (e dei terzi) “*a la justice en vue de la manifestation de la verité*” – per usare le espressioni dell'art. 11 del Codice di procedura civile francese - suggerisce di individuare strumenti compulsori di maggior incisività per colpire la mancata esecuzione spontanea del provvedimento giudiziale: strumenti che possono andare dal ritenere ammessi i fatti allegati dall'istante e rappresentati nel o nei documenti non esibiti, all'utilizzazione dell'*astreinte* come misura di coercizione indiretta anche per l'ordine di esibizione rivolto alla parte¹⁶.

La Corte costituzionale, sollecitata da un giudice di merito a “rimeditare” la normativa vigente alla luce dei principi di cui all'art.24 Cost., non ha ritenuto di affrontare nel merito le implicazioni di ineffettività dell'istituto dell'esibizione documentale. Eppure, la stessa Corte in altra occasione e in un settore finitimo ha statuito che “in base al

¹⁶ La possibilità di disporre, di fronte al comportamento omissivo del terzo, l'ispezione ai sensi dell'art. 118 c.p.c. è stata espressamente esclusa da Cass., 10 dicembre 2003, n. 18833. Non appare invocabile l'art. 614 *bis* c.p.c. il quale presuppone un provvedimento di condanna che definisce la controversia sulla questione di *facere* infungibile (o di non fare). E non sono queste le valutazioni che il giudice compie ai fini dell'ordine ex art. 210 c. p. c.

principio di effettività della tutela giurisdizionale deve ritenersi connotato intrinseco della stessa funzione giurisdizionale, nonché della imprescindibile esigenza di credibilità collegata al suo esercizio, il potere di imporre, anche coattivamente in caso di necessità, il rispetto della statuizione contenuta nella pronuncia e, quindi, in definitiva, il rispetto della legge stessa. Una decisione di giustizia che non possa essere portata ad effettiva esecuzione (...) altro no sarebbe che un'inutile enunciazione di principi, con conseguente violazione degli artt. 24 e 113 della Costituzione, i quali garantiscono il soddisfacimento effettivo dei diritti e degli interessi accertati in giudizio nei confronti di qualsiasi soggetto.”(Corte cost., 8 settembre 1995, n. 419).

Effettività e credibilità sono valori che devono accompagnare anche la vita dei provvedimenti giurisdizionali di carattere istruttorio essenziali alla corretta formazione del giudizio di fatto.

6.2. Esibizione documentale e accertamento della situazione patrimoniale dei coniugi nel giudizio di separazione e di divorzio.

Un settore del contenzioso civile in cui il mezzo dell'esibizione documentale - anche in virtù di specifiche scelte normative che hanno attenuato le implicazioni di ineffettività della disciplina codicistica fortemente condizionata dalle ombre del *nemo tenetur* - può e, in pratica, viene a svolgere un ruolo importante in tema di istruzione probatoria, è quello dei procedimenti di separazione e di divorzio, allorché sono in discussione - e spesso lo sono, visto che da sempre il contenzioso in questa materia ha natura prevalentemente, se non esclusivamente economica - i provvedimenti di carattere patrimoniale come gli assegni a favore del coniuge economicamente più debole e per i figli. Si è rilevato anzi, che in questa materia, in molti casi la decisione di intraprendere la via giudiziale piuttosto che quella di ricercare una soluzione consensuale in sede stragiudiziale viene fatta dipendere dalla possibilità (o prospettiva) di acquisire al giudizio determinati mezzi di prova. Ciò non sorprende se si considera che nell'ambito dei processi in questione al fine dell'accertamento di fatti controversi allegati dalle parti - fatti riguardanti la situazione patrimoniale della parte chiamata a contribuire al mantenimento del coniuge o dei figli - può rivelarsi cruciale l'accesso ai documenti e, più in generale, ad informazioni che si trovano in possesso non già della parte che tali fatti debba provare, ma della controparte o di un terzo estraneo al giudizio. Si pensi alla documentazione relativa alle operazioni di carattere finanziario (conto corrente, carte di credito, titoli e partecipazioni azionarie, polizze assicurative ecc.) della controparte, anche cointestati con terzi, dalla cui acquisizione al giudizio dipende in molti casi l'esito della causa con riferimento sia al *an* che al *quantum* dei contributi al mantenimento per il coniuge o i figli e quindi la stessa possibilità di vedere effettivamente tutelati i diritti in discussione.

Quanto al quadro normativo in materia, giova segnalare che a seguito delle modifiche introdotte con la novella del 2005 (l. n. 80/2005) che ha riscritto le norme di rito in materia di procedimento di separazione personale dei coniugi, il legislatore ha

espressamente stabilito all'art. 706 comma 3°, c.p.c. che l'attore e il convenuto alleghino, rispettivamente al ricorso e alla prima memoria difensiva "le ultime dichiarazioni dei redditi presentate". Analoga disposizione è prevista nel processo del divorzio, dove l'art. 4, comma 6° prescrive che "al ricorso e alla prima memoria difensiva sono allegati le ultime dichiarazioni dei redditi rispettivamente presentate".

Accanto a questi precetti sopravvive, con applicazione anche al giudizio di separazione dei coniugi, il dettato dell'art. 5 comma 9° della l. div. il quale, da un lato, stabilisce che le parti devono produrre, oltre alla dichiarazione fiscale, anche "ogni documentazione relativa ai loro redditi e al loro patrimonio personale e comune" e, dall'altro, legittima "in caso di contestazione", il ricorso da parte del tribunale, a "indagini sui redditi, sui patrimoni e sull'effettivo tenore di vita, valendosi, se del caso, anche della polizia tributaria". Inoltre, l'art. 155 ult. comma c.c., nella formulazione ricevuta con la l. 8 febbraio 2006, n. 54 (legge sull'affidamento condiviso) avverte che "ove le informazioni di carattere economico fornite dai genitori non risultino sufficientemente documentate, il giudice dispone un accertamento della polizia tributaria sui redditi e sui beni oggetto della contestazione anche se intestati a soggetti diversi".

Le norme menzionate, ponendo a carico delle parti l'obbligo di presentare non solo la dichiarazione personale dei redditi, ma anche ogni altra documentazione relativa ai loro redditi e al loro patrimonio personale e comune, e prevedendo la possibilità in capo al giudice di disporre, se del caso, un accertamento della polizia tributaria sui redditi e sui beni oggetto della contestazione anche se intestati a soggetti diversi, manifestano la volontà del legislatore di acquisire al processo, in considerazione degli interessi coinvolti, ogni più ampio elemento di valutazione al fine di stabilire la reale situazione economica dei genitori e consentire così l'emanazione di provvedimenti ad essa coerenti. Si tratta di un'esigenza avvertita sia per provvedere sulla domanda di assegno divorzile sia per statuire sull'assegno di mantenimento a favore della prole, anche se la disposizione dell'art. 155, ult. comma, c.c., introdotta in tema di separazione, sembra attribuire all'iniziativa del giudice spazi più ampi di quelli previsti rispetto al giudizio di divorzio in quanto pone come requisito essenziale per il suo esercizio solo la "insufficienza" dalla documentazione dei redditi prodotta da parte dei coniugi – intesa come non idoneità a consentire una soddisfacente ricostruzione del fatto da provare - mentre per l'espletamento delle indagini sui redditi e sulla situazione patrimoniale dei coniugi l'art. 5 comma 9 l. div. richiede la "contestazione".

Per soddisfare tale condizione – avverte la giurisprudenza – non basta la mera negazione, ma occorre che questa sia "supportata da sufficienti elementi di ragionevolezza" vale a dire, da un principio di prova o, comunque, da elementi che valgano a far dubitare della infedeltà o della incompletezza delle informazioni economiche prospettate dalla controparte (Cass., 17 maggio 2005, n. 11230).

Guardando alla *ratio* della disciplina sommariamente tracciata, non è difficile

avvedersi che il legislatore si mostra consapevole che la produzione delle ultime dichiarazioni dei redditi, in molte situazioni non è sufficiente ad acclarare l'effettiva situazione patrimoniale della parte gravata dell'obbligo di mantenimento. Con riguardo a tale limitato rilievo sul piano probatorio trova ragione la previsione di contestazione delle parti e di ampi poteri di iniziativa istruttoria del giudice che, a dispetto di quanto possa far ritenere il dettato letterale dell'art. 155 ultimo comma c.c., non si esauriscono nelle indagini da svolgere tramite la polizia tributaria estese all'eventuale intestazione fittizia di beni a terzi. La disposizione in parola va ricollegata al precetto dell'art. 155 *sexies* c.c. che, in apertura, enuncia l'importante principio in virtù del quale il giudice, in qualsiasi fase del giudizio, può assumere anche d'ufficio mezzi di prova strumentali rispetto alla natura e alla funzione dei provvedimenti da adottare.

Si chiarisce così che il giudice ha il potere di disporre indagini sui redditi, sul patrimonio e sull'effettivo tenore di vita dei genitori, ricorrendo anche a strumenti diversi dalla polizia tributaria. Non solo; per l'ampio disposto dell'art. 155 *sexies* c.c. il potere di disporre gli accertamenti necessari a stabilire le condizioni patrimoniali dei genitori, può essere esercitato dal giudice anche in vista dell'emanazione, in via provvisoria, dei provvedimenti di cui all'art. 155 c.c. E quindi, il presidente del tribunale, all'esito negativo del tentativo di conciliazione, nel dare con ordinanza i provvedimenti temporanei ed urgenti nell'interesse della prole e dei coniugi (art. 708 c.p.c.), non deve attenersi unicamente agli elementi addotti dalle parti a giustificazione delle loro rispettive pretese.

Il legislatore si mostra così consapevole dell'importanza cruciale che la fase presidenziale assume per le sorti del relativo giudizio, sia perchè i provvedimenti provvisori ed urgenti adottati in quella fase costituiscono spesso la base dell'accordo per una separazione consensuale - che la parte economicamente più debole sceglie non di rado, per evitare un procedimento lungo, costoso e dagli esiti incerti - sia perchè quei provvedimenti sono destinati ad influenzare anche i successivi provvedimenti adottati dal collegio. Inoltre, nel lasso di tempo (di svariati anni) che di regola intercorre tra i provvedimenti presidenziali e quelli definitivi, si formano abitudini di vita che si consolidano e sono quindi più difficilmente modificabili. Per questo viene accordato al giudice, anche in tale fase, un ampio potere di effettuare le indagini che ritenga opportuno al fine di determinare la capacità economica dei genitori con riguardo a tutte le componenti patrimoniali e reddituali¹⁷.

¹⁷ A giudizio di una parte della dottrina occorre fare una distinzione tra provvedimenti interinali, assunti dal presidente nell'esclusivo interesse della prole, i quali troverebbero la loro disciplina negli articoli 155 e 155 *sexies*, e quelli riguardanti i rapporti patrimoniali tra i coniugi, il cui referente normativo resterebbe l'art. 5, comma 9 l. div., ancora applicabile al giudizio di separazione. Solo le indagini reddituali nell'interesse della prole sarebbero compatibili con la fase presidenziale della separazione o del divorzio e non le indagini sui redditi dei coniugi quando nel procedimento siano in gioco esclusivamente,

Tra i mezzi istruttori che il giudice può disporre d'ufficio assume particolare rilevanza, oltre alla consulenza tecnica - specie nella forma della consulenza tecnica contabile, di cui il giudice si avvale ove ritenga di non aver la competenza tecnica per accertare le reali sostanze di un coniuge a fronte di una particolare complessità nell'articolazione del suo patrimonio - e ad eventuali ispezioni, *l'ordine di esibizione documentale* alle parti o a terzi (unitamente alla richiesta di informazioni presso terzi).

Dell'istituto esibitorio la giurisprudenza fa uso per consentire alla parte di acquisire al giudizio un documento del quale la parte non abbia la materiale disponibilità allorché il documento risulti necessario all'accertamento dei fatti che la stessa è chiamata o interessata a provare. Di regola il relativo ordine viene reso nel rispetto degli indici normativi di carattere generale (i cd. limiti soggettivi ed oggettivi) che concorrono a delineare la fisionomia dell'istituto dell'esibizione processuale; vale a dire: istanza di parte ai sensi dell'art. 210 c. p. c., indicazione specifica del documento o dei documenti da esibire in giudizio e, quando è necessario, l'offerta della prova che la parte o il terzo li possiede.

Ma dello strumento esibitorio le corti fanno uso nel contenzioso in esame anche al di là dei confini tracciati dalla normativa del codice di rito che disciplina l'esibizione documentale come mezzo istruttorio. Così si ribadisce la possibilità per il giudice di disporre *d'ufficio* l'esibizione documentale in deroga alla rigida ripartizione dell'*onus probandi*(Cass. 21 marzo 1992, n. 3529) giustificata dalle finalità pubblicistiche che presiedono alla materia dei rapporti patrimoniali conseguenti al divorzio e alla separazione. E si precisa che il relativo potere è esercitabile sia per integrare il materiale documentale presentato dalle parti sia per verificarne l'attendibilità. Non si manca di rilevare poi che le informazioni e le risultanze che si traggono dalla documentazione spontaneamente prodotta – di regola, la sola dichiarazione dei redditi degli ultimi anni – per le ragioni ben note (di evasione fiscale) spesso non fotografano il vero stato economico del dichiarante e sono perciò insufficienti ai fini di una ricostruzione quanto meno attendibile del tenore di vita e delle capacità reddituali delle parti. Ciò anche perché in questo campo, non di rado, si assiste ad una sospetta riduzione, in coincidenza delle vicende della separazione, delle capacità di produrre il reddito da parte del coniuge economicamente più forte, il quale tenta così di rappresentare in causa la realtà delle sue finanze peggiore di quanto non sia effettivamente. “Le dichiarazioni di redditi – nota la giurisprudenza - in quanto svolgono una funzione tipicamente fiscale, in una controversia relativa a rapporti estranei al sistema tributario, non rivestono valore vincolante per il giudice, il quale, nella sua valutazione, ben può disattenderle, fondando il suo convincimento su altre risultanze probatorie” (Cass., 21 maggio 2002, n. 7435).

Ovviamente, il sistema non impone al giudice, in via diretta ed automatica, di

i diritti patrimoniali (e disponibili) di questi ultimi.

disporre indagini ogni volta che sia contestato un reddito indicato e documentato. La valutazione della relativa esigenza è rimessa allo stesso giudice in forza del principio generale che affida al giudice la facoltà di ammettere i mezzi di prova proposti dalle parti e di ordinare gli altri che può disporre d'ufficio previa valutazione della loro rilevanza e concludenza. I poteri di iniziativa probatoria che la legge prevede si convertono però in veri e propri poteri-doveri quando si delinea l'esigenza di integrare le fonti di prova acquisite, al fine di eliminare aporie istruttorie non imputabili alla colpa soggettiva di una parte o al negligente assolvimento dell'onere della prova da cui una parte sia gravata e di intervenire in funzione dell'accertamento della verità storica dei fatti che altrimenti non sarebbe realmente conoscibile nel giudizio. In tali casi il giudice non può rigettare la domanda per la mancata dimostrazione della situazione economica delle parti. In altri termini, il giudice non può rigettare le richieste di una parte relative al riconoscimento ed alla determinazione dell'assegno sotto il profilo della mancata prova da parte sua degli assunti sui quali le richieste si basano, ma deve attivarsi per ricostruire il quadro delle condizioni economiche dell'altro coniuge, avvalendosi dei poteri istruttori d'ufficio (Cass., 17 giugno 2009, n.14081).

Facendo uso dei poteri istruttori d'ufficio il giudice può emettere ordini di esibizione anche nei confronti di terzi, imponendo ad esempio agli istituti di credito di esibire gli estratti del conto corrente intrattenuto dal coniuge con la banca o gli estratti e le carte di credito (Cass.1990. n. 7593).

In considerazione dell'esigenza di consentire un rigoroso accertamento della reale situazione economica delle parti la giurisprudenza tende ad attenuare anche il divieto di esibizione esplorative (desunto per l'esibizione processuale "codicistica", in via di principio, dalla disposizione dell'art. 94 disp. att. c.p.c.) ritenendo sufficiente l'aver la parte istante in qualche modo delimitato e precisato l'ambito della richiesta in senso oggettivo o soggettivo (Cass., 3 luglio 1996, n. 6087). Viene giudicata sufficiente l'indicazione del *tipo* di documentazione (ad esempio relativa alle operazioni di conto corrente) che si vuole conoscere ed i soggetti che ne sono in possesso, mentre questi ultimi devono esibire tutta la documentazione attinente alle risorse economiche dei coniugi utili per il giudizio.

Quanto alla protezione della *privacy* del coniuge nel caso di ordine di esibizione diretto a terzi individuati come detentori della documentazione relativa alla situazione reddituale e patrimoniale da acquisire al giudizio (istituti bancari e datori di lavoro del coniuge), la Cassazione ha avuto modo di precisare in una recente pronuncia resa in occasione di una lite di divorzio che "la peculiare rilevanza attribuita dall'ordinamento al diritto di agire e di difendersi in giudizio, costituzionalmente garantito, legittima la previsione di deroghe rispetto alla disciplina generale in tema trattamento dei dati personali". Ed a tale riguardo ha ricordato che vi sono all'interno dello stesso codice della *privacy* (d.lgs. n. 196/2003) una serie di norme (come gli artt. 8, comma 3 lettera e, 24, 46 e 47) che sanciscono la preminenza del diritto di azione e di difesa rispetto agli

interessi sostanziali che il legislatore del 2003 si prefigge di tutelare. Nel caso di specie trattato dalle Sezioni Unite, il ricorrente lamentava che la notificazione agli istituti di credito interessati del provvedimento con cui il giudice istruttore aveva ordinato l'esibizione di documentazione bancaria, avrebbe reso accessibile a terzi i dati sensibili che lo riguardavano. La Corte rispondeva che "la disciplina generale in tema di trattamento di dati personali subisce deroghe ed eccezioni quando si tratta di far valere in giudizio il diritto di difesa (Cass. S.U, 8 febbraio 2011, n. 3034).

6.3. Oltre i vincoli del nemo tenetur: un obbligo di collaborazione delle parti.

Illustrando i principi che presiedono alla formazione del giudizio di fatto nella materia in esame, la giurisprudenza ha ricordato, in ripetute occasioni, che nel sistema delineato dalla legge sul divorzio [ma lo stesso vale sostanzialmente per il procedimento di separazione giudiziale] la norma che dispone che i coniugi presentino, all'udienza di comparizione dinanzi al presidente del tribunale la dichiarazione personale dei redditi e ogni documentazione relativa ai loro redditi e al loro patrimonio personale e comune "pone una deroga al principio generale sull'onere della prova [e, diremmo, ancor prima al principio del *nemo tenetur*] imponendo ad entrambi i soggetti un *obbligo di collaborazione* nella formazione della prova stessa"(Cass., n. 7435/2002 cit.).

In giurisprudenza si è anche venuto delineando un preciso impegno di dare corpo al citato principio di collaborazione delle parti nella formazione dell'accertamento probatorio ordinando ai coniugi di mettere a disposizione dell'ufficio, fin dall'inizio del processo, tutti gli elementi di valutazione della loro complessiva situazione economica e di considerare la eventuale inosservanza del relativo obbligo non soltanto come comportamento rilevante per desumere argomenti di prova, ai sensi dell'art. 116 c.p.c., idonei a dare credito alla versione della controparte che del contenuto dei documenti non esibiti avrebbe potuto giovare al fine della prova della fondatezza delle sue istanze. Un esempio di notevole interesse di questo sforzo volto a disincentivare comportamenti ostruzionistici e garantire determinazioni reddituali ancorate ad adeguata verifica delle condizioni patrimoniali dei coniugi e delle esigenze di vita dei figli e quindi, in ultima analisi, a garantire effettività alla tutela giurisdizionale dei diritti coinvolti nelle relative controversie, è offerto dal provvedimento del Tribunale di Roma del 25 novembre 2011.

Nel fissare l'udienza di comparizione ai sensi dell'art.708 c.p.c. ed i termini per la notifica del decreto e del deposito della memoria difensiva del convenuto, il presidente ha ordinato alle parti di provvedere a depositare nel termine di 40 giorni prima dell'udienza, non soltanto le loro ultime dichiarazioni dei redditi ma altresì una dichiarazione sostitutiva di atto notorio con l'indicazione dettagliata dei seguenti elementi attinenti ai redditi e al patrimonio di ciascuna parte:

- a. indicazioni concernenti l'attività lavorativa e tutte le fonti di reddito (retribuzioni,

redditi da lavoro autonomo, pensioni, canoni di locazione, ecc.);

- b. redditi netti annui relativi agli ultimi tre anni e redditi netti mensili percepiti negli ultimi sei mesi;
- c. proprietà immobiliari elencate singolarmente indicandone la tipologia (abitazioni, uffici, negozi, terreni edificabili, ecc.), l'anno di acquisto, l'ubicazione, la superficie e la destinazione (se rimasti nella disponibilità, se abitati da componenti del nucleo familiare, se concessi in godimento a terzi e l'eventuale corrispettivo mensile;
- d. proprietà di beni mobili registrati e, in particolare: autovetture (da elencare singolarmente indicando il tipo e l'anno di acquisto); imbarcazioni da diporto con l'indicazione della tipologia (a vela o a motore) e della lunghezza; aeromobili;
- e. collaboratori domestici, indicando la retribuzione corrisposta;
- f. spese per mutui e finanziamenti con l'indicazione della rata mensile dovuta, dell'anno di erogazione e della durata, per canoni di locazione, per rette di iscrizione a circoli sportivi e/o ricreativi, iscrizione di figli a scuole o università private”.

“Avverte le parti che la falsità delle dichiarazioni rese è punita ai sensi dell'art. 76 d.p.r. 28 dicembre 2000, n. 445, che l'omessa allegazione o la tardività del deposito e la lacunosità della dichiarazione saranno valutate quali argomenti di prova ai sensi dell'art. 116 c.p.c. già in sede di pronuncia dei provvedimenti provvisori e, qualora i coniugi abbiano figli minori, nella definizione del regime di affidamento, oltre che ai sensi dell'art. 709 ter c.p.c. ed in sede di regolamentazione delle spese processuali ed ai sensi dell'art. 96 c.p.c. sulla base della considerazione che l'occultamento dei propri redditi costituisce grave violazione degli obblighi genitoriali oltre che motivo di dilatazione dei tempi del processo”.

Com'è stato puntualmente notato, più che alcune carenze sul piano dei contenuti delle informazioni richieste - sorprende in particolare la mancata richiesta di indicazioni circa il denaro depositato in conti bancari e la presenza di strumenti finanziari - colpisce la scelta del giudice di fornire le informazioni ed i dati richiesti mediante il deposito di una autocertificazione. Se questa soluzione appare apprezzabile in quanto consente o, quanto meno, dovrebbe consentire al giudice di accedere ad una notevole quantità di informazioni in breve tempo e con costi limitati, perplessità nascono in ordine all'efficacia probatoria delle dichiarazioni rese dalle parti (e forse più ancora, in ordine alla possibilità di rendere dichiarazioni sostitutive di atti di notorietà ai sensi e per gli effetti del D.P.R n. 445/2000 al giudice che esplica attività giurisdizionali). La finalità perseguita dal provvedimento giudiziale, probabilmente si sarebbe potuta realizzare in modo più efficace e più conforme al tenore delle norme in precedenza illustrate, mediante l'ordine di deposito dei documenti relativi alle informazioni elencate.

Apprezzabile appare anche il tentativo del tribunale romano di colpire con un adeguato apparato sanzionatorio la omessa o carente collaborazione delle parti. Vi è tutta via qualche dubbio circa il richiamo fatto dal tribunale alle misure di cui all'art. 709 *ter* c.p.c., disposizione ideata per colpire la violazione o l'inottemperanza di provvedimenti giudiziali relativi all'affidamento della prole, mentre qui è in gioco un comportamento processuale del genitore, a meno di non voler evincere da tale comportamento un atteggiamento di trascuratezza degli obblighi genitoriali.

Quanto alle conseguenze sul fronte delle spese processuali, il provvedimento riprende un'idea già affacciata in dottrina da chi considera la mancata produzione delle dichiarazioni dei redditi alla stregua di un comportamento contrario ad un dovere di lealtà e probità di cui all'art. 88 c. p. c. "che assume rilievo non solo ai fini della possibilità del giudice di trarre argomenti di prova ex art. 116 c. p. c., ma anche sul piano processuali ai sensi dell'art. 92 c. p. c. (Carratta). Il Tribunale romano prospetta la possibilità di colpire il comportamento ostruzionistico "sulla base della considerazione che l'occultamento dei propri redditi costituisce motivo di dilazione dei tempi del processo". Affermazione di certo vera, ma forse non idonea a soddisfare i presupposti – l'aver agito o resistito in giudizio con malafede o colpa grave - cui è subordinata la condanna al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 96 c. p. c. La strada preferibile al riguardo sembra essere il ricorso all'art. 92 c. p. c. che in sede di condanna alle spese consente al giudice di escludere la ripetizione di spese ritenute eccessive o superflue e condannare una parte al rimborso delle spese, anche non ripetibili, che, per trasgressione al dovere di cui all'art. 88 c.p.c. essa ha causato all'altra parte.

Quanto alla valutazione da parte del giudice del comportamento non collaborativo della parte come argomento di prova, si tratta di sanzione o conseguenza spesso invocata ma poco efficace e significativa soprattutto perché, in caso di mancata produzione di documenti o dichiarazioni di contenuto complesso, il giudice assai poco potrà ricostruire per induzione del comportamento omissivo della parte. Come misura compulsiva potrebbe operare invece il rischio di subire indagini da parte della polizia tributaria ordinate dal giudice al fine addivenire a quell'accurato accertamento dei redditi e dei patrimoni del coniuge non ottenuti attraverso la collaborazione delle parti.

Alla polizia tributaria, quale ausiliaria del giudice, sono delegabili attività di acquisizione e comunicazione di informazioni riconducibili alle ipotesi di cui all'art. 213 c.p.c., attività di valutazione degli elementi ai sensi degli artt.191e 198 c.p.c. ed esecuzione di indagini, comprensive dell'assunzione di informazioni da terzi, dell'estrazione di eventuali documentazioni (art.261 c.p.c.) e dell'effettuazione di ispezioni (art.258c.p.c.) Tra le attività riconducibili alle ipotesi di cui all'art. 213 c.p.c. rientra l'accesso ai sistemi informatici dell'Anagrafe tributaria, delle Camere di commercio, del Pubblico registro automobilistico, delle Conservatorie dei registri immobiliari per acquisire informazioni dalle quali sia possibile desumere indicazioni in ordine alla veridicità e completezza di quanto dichiarato dalle parti nel corso del procedimento. Il delegato accertamento della

polizia tributaria può riferirsi inoltre all'esistenza di partecipazioni azionarie, di conti fiscali e bancari, di depositi titoli con acquisizione dei relativi estratti (Trib. Salerno, ord. 15 febbraio 2011). Le indagini di polizia tributaria possono estendersi anche a società fiduciarie che si presume effettuino attività di gestione e di intermediazione finanziaria per conto del coniuge. Ved. in tal senso il parere del 1° luglio 2003 del Consiglio di Stato, in Fisco 2003, 5050. Per una fattispecie applicativa Trib. Reggio Emilia, ord. 7 marzo 2006, Fisco, 2006, 421.

6.4. L'esibizione di documenti nella prospettiva sostanziale: fondamento e funzione

In passato dottrina e giurisprudenza facevano leva sull'esistenza di posizioni soggettive sostanziali – sul “bene” documento – per costruirvi forme di acquisizione documentale. La parte cui spettava un vero e proprio diritto sostanziale sul documento (o sulla “cosa”) in possesso della controparte o di un terzo, quantomeno in base ad un titolo di proprietà derivante dalla “comunanza” del contenuto negoziale o “rappresentativo” del documento (o della cosa), era legittimata ad esperire un'azione esibitoria nei confronti del possessore. Inoltre, si veniva radicando la convinzione che in un sistema rispettoso del principio *nemo tenetur edere contra se* si poteva configurare un dovere della parte di esibire in giudizio documenti a se sfavorevoli solo “come conseguenza del suo obbligo (sostanziale) di consegnare alla controparte la cosa che a questa è dovuta o di impedire che questa si serva in giudizio della cosa che le appartiene”. Ed in questa prospettiva si costruiva l'ordine di esibizione documentale, reso dal giudice, come una “scorciatoia”, nell'ambito del giudizio già instaurato, rispetto all'esercizio dell'azione esibitoria per via ordinaria in un autonomo giudizio (Calamandrei).

Oggi, l'esibizione di cui si parla nell'art.210 c.p.c. ha un sicuro fondamento processuale, ma la sua operatività è confinata entro precisi limiti dalla sua natura *istruttoria*: è potere – secondo la lettera della norma che la disciplina – volto ad ordinare l'acquisizione di documenti (o cose) *necessari* alla prova dei fatti rilevanti in causa: fatti prospettati o esposti a fondamento di una domanda o di un'eccezione quali elementi genetici dell'effetto giuridico invocato (e contestati). Ed è potere subordinato alla pendenza di un procedimento giurisdizionale e attivabile da un'istanza di parte nell'ambito dello stesso. La necessità di conseguire al giudizio strumenti probatori tendenti alla verifica di determinate proposizioni di fatto legittima l'ordine di esibizione, ma ne segna anche i confini di operatività.

Nel sistema attuale, accanto al diritto *processuale* all'esibizione, il quale in presenza delle condizioni sancite dalla legge (artt. 118, 210 c. p. c), può essere esercitato nel corso di un giudizio già promosso per la tutela di un diverso diritto soggettivo, esistono, separati e distinti, diritti *sostanziali* all'esibizione o all'acquisizione documentale che godono di una propria autonomia giuridica e quindi possono, eventualmente, essere fatti valere mediante l'esercizio di un'autonoma azione giurisdizionale in sede cognitoria

od anche in sede cautelare. L'introduzione nel codice di rito di un istituto di esibizione con finalità istruttorie non ha comportato il venir meno, per un singolare fenomeno di assorbimento, dei diritti sostanziali all'esibizione, di natura reale o personale, ove questi siano previsti da disposizioni di diritto sostanziale (legge o contratto).

Numerose sono le norme privatistiche che pongono a carico di taluno l'obbligo di esibire, mettere a disposizione, consegnare determinati documenti, senza che venga in tal modo intaccato l'eventuale diritto di proprietà dell'obbligato.

Possiamo ricordare, a titolo esemplificativo, alcune tra le fattispecie principali. L'art. 1710, comma 2, c.c., in tema di contratto di mandato, prevede che il mandatario sia tenuto a rendere note al mandante le circostanze sopravvenute che possono determinare la revoca o la modificazione del mandato medesimo; l'art. 1713 c.c., sempre in tema di mandato, stabilisce che il mandatario deve rendere al mandante il conto del suo operato e rimmettergli tutto ciò che ha ricevuto a causa del suo ufficio. E, nonostante la formula «rendere il conto» si possa prestare ad un'interpretazione restrittiva limitata ad una prospettazione numerica, l'art. 1713 c.c. deve essere inteso in senso ampio sì da farvi rientrare non solo un'esposizione contabile che rispecchi le entrate e le uscite, ma una dettagliata giustificazione dell'operato del mandatario con i relativi documenti giustificativi. Altri esempi sono offerti dall'art. 1262 c.c. che in tema di cessione dei crediti stabilisce che il cedente deve consegnare al cessionario i documenti probatori del credito che sono in suo possesso, dall'art. 1393 c.c. che in tema di rappresentanza prevede che il terzo che contratta col rappresentante può esigere copia dell'atto scritto da cui risulta la rappresentanza, dall'art. 1687 c.c. che in materia di trasporto di cose parla di “esibizione della lettera di vettura al destinatario”.

Oltre ai diritti sostanziali all'informazione e più particolarmente all'esibizione documentale che si rinvencono sul piano civilistico nell'ambito di specifici rapporti di formazione negoziale che prevedono obblighi di rendiconto o che sono previsti nel contesto di situazioni giuridiche soggettive attribuite ai soci di società di capitali per l'ispezione e l'esame dei libri sociali (art. 2422 c.c.) meritano considerazione i diritti di tal genere enucleati nel quadro di alcune normative di carattere generale, come l'art. 1337 c.c. che, richiedendo alle parti di comportarsi secondo buona fede sia nello svolgimento delle trattative che nella formazione del contratto configura indubbiamente un obbligo di informazione a carico delle stesse e l'art. 1338 c.c. che sancisce l'obbligo di comunicazione all'altra parte di cause di invalidità del contratto. Quale fonte particolarmente feconda di diritti di natura sostanziale all'esibizione o alla comunicazione di documenti si sono rivelate poi, anche in virtù di una loro generale rivalutazione giurisprudenziale, gli artt. 1374 e 1375 c.c. che fanno della clausola generale della buona fede e della correttezza una fonte di integrazione del contratto, prima ancora che una regola di esecuzione ed interpretazione del contratto stesso, operante sul piano dei comportamenti del debitore e del creditore nell'ambito del singolo rapporto obbligatorio.

Diritti all'informazione e, più in particolare, diritti sostanziali all'esibizione di documenti sono previsti poi da una serie di leggi speciali ed è ad alcune di queste che intendiamo rivolgere la nostra attenzione, non senza aver sottolineato sin da ora la duplice funzione che quei diritti assolvono: da un lato, aprendo l'accesso a fonti o mezzi di prova diventano strumenti di integrazione dell'esibizione processuale e dei limiti che condizionano l'operatività di quest'ultima nell'ambito di un processo pendente, e dall'altro come "veicoli" di accesso a fonti di conoscenza di fatti prima ed indipendentemente dall'attuale pendenza di un giudizio diventano strumenti di corroborazione del diritto di azione. In altri termini, mentre l'istituto dell'esibizione processuale rappresenta uno strumento di acquisizione al processo di una prova precostituita relativa a fatti che siano stati già individuati e dedotti nel giudizio, i diritti sostanziali all'esibizione, il cui esercizio prescinde dall'attuale pendenza di un processo e che possono avere per oggetto la consegna di un documento come la messa a disposizione o la consultazione dello stesso, assolvono una funzione che non è necessariamente limitata al piano probatorio. L'utilità giuridicamente rilevante che il diritto all'esibizione apporta può consistere anche nell'acquisizione di fatti eventualmente rilevanti in un futuro giudizio; fatti da porre a fondamento di una futura domanda giudiziale. Insomma, l'esercizio di un diritto sostanziale all'esibizione può mirare sia a conoscere fatti che ad apprendere la fonte di prova di un fatto già noto ed in tal modo svolgere un ruolo di rafforzamento e di tutela prima che del diritto di difendersi provando del diritto di far valere in giudizio una posizione giuridica soggettiva riconosciuta dall'ordinamento.

6.5. Il diritto di accesso ai documenti amministrativi: l'acquisizione di materiale probatorio prima del processo.

Uno dei settori più significativi in cui ha trovato riconoscimento esplicito un diritto sostanziale all'esibizione suscettibile di essere fatto valere non con un'istanza incidentale in un giudizio già in corso, ma come oggetto di un'autonoma domanda giudiziale è quello disciplinato dalla legge 7 agosto 1990, n. 241 (successivamente più volte modificata) la quale, oltre a dare espressione ad un tipo predefinito di *procedimento amministrativo*, prevede e disciplina il *diritto* dei cittadini *all'accesso ai documenti amministrativi*

A tutela del diritto di accesso l'art. 25 della legge in esame prevede un'apposita azione. Se l'amministrazione nega l'accesso a un documento o non risponde a una richiesta di accesso il cittadino interessato può ricorrere al TAR e il giudice amministrativo, se accoglie il ricorso, *ordina* all'amministrazione di esibire il documento (art. 116 cod. proc. amm.).

Il diritto di accesso ai documenti amministrativi – stabilisce l'art. 22 della l. 241/1990 – è riconosciuto a chi "(...) abbia un interesse diretto, concreto ed attuale corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento del quale è chiesto l'accesso". Tra le situazioni giuridicamente tutelate rientra sicuramente il

diritto alla tutela giurisdizionale inteso sia come diritto di proporre un'azione in giudizio sia come diritto di difendersi in giudizio in corso.

L'attività amministrativa presa in considerazione dalla legge n. 241/1990 non è solo quella connotata dall'elemento di "autoritatività amministrativa" in senso stretto, ma anche quella cd. "privatistica" connessa con lo svolgimento di servizi pubblici (Cons. Stato, sez. VI, 5 marzo 2002). Di conseguenza, la cerchia dei soggetti tenuti a dischiudere i propri atti e documenti, secondo i dettami della legge, comprende, oltre alle pubbliche amministrazioni tradizionali anche i concessionari e gestori, a qualunque titolo, di pubblici servizi. Ciò ha notevoli implicazioni positive, ad esempio, in un settore come quello sanitario, di grande importanza per i cittadini interessati all'accertamento e al soddisfacimento dei propri diritti anche attraverso il ricorso al giudice. In campo sanitario risultano accessibili tutti i tipi di accertamenti diagnostici tra cui analisi ematiche, radiografie, elettrocardiogrammi e le attività anamnesi e prescrizioni terapeutiche, siano queste consacrate o meno in una cartella clinica (naturalmente nel rispetto delle esigenze di riservatezza e di tutela della sfera privata secondo il bilanciamento da effettuare sulla base delle norme del codice della *privacy*).

Per quanto riguarda la portata del diritto in parola, il quadro normativo di riferimento è rappresentato dall'art. 24 l. n. 241/1990 che al comma 7 stabilisce che "deve essere comunque garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici. Qualora detto accesso riguardi i dati sensibili – quelli, cioè, che attengono alla sfera più intima della persona - esso è ammesso "nei limiti in cui sia strettamente indispensabile" e nei termini previsti dall'art. 60 del codice della *privacy*, vale a dire, "quando la situazione che si intende tutelare con la richiesta di accesso a documenti amministrativi è di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero consiste in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile". La disposizione implica una regola di attenta ponderazione comparativa tra opposti interessi con margini di discrezionalità, fermo restando, tuttavia, il rispetto del principio di necessità del trattamento dei dati e delle regole generali di correttezza, compatibilità, temporaneità, pertinenza e non eccedenza enunciate nell'art. 11 del codice della *privacy*.

Un aspetto che merita di essere evidenziato è che l'istanza di accesso ai dati sensibili non è subordinata all'interesse ad ottenere il o i documenti relativi in relazione ad un processo in corso ed ai fini ivi perseguiti. La giurisprudenza dei giudici amministrativi ha precisato che è "indifferente il fatto che la richiesta di accesso ai documenti contenenti i dati (sensibili) diventi espediente volto alla precostituzione di un mezzo istruttorio in un giudizio pendente o soltanto eventuale". E ciò in ragione del fatto che secondo i giudici "*il diritto alla prova* non si specifica soltanto nel diritto di dedurre la prova nel confronto giudiziale, ma anche nel diritto di preconstituire la prova allo scopo di utilizzarla in un futuro giudizio". Ove, infatti, l'accesso ai dati venisse impedito nel corso delle attività stragiudiziali preparatorie volte a ricercare fatti o elementi di prova rilevanti ai fini di dare

fondamento ad una futura domanda giudiziale - si precisa - la parte vedrebbe limitati i propri poteri di azione e di difesa come garantiti dall'art.24 della Costituzione non meno di quanto accadrebbe se ciò si verificasse in sede giudiziale”(Tar. Puglia 27 luglio 2007). Il diritto di accesso ai documenti diventa così uno strumento – come abbiamo già anticipato - che supera la tradizionale e più limitata prospettiva dell'esibizione processuale legata all'acquisizione di dati conoscenza “necessari” all'accertamento di fatti controversi nell'ambito di un giudizio in corso.

Facendo applicazione del principio citato, il Consiglio di Stato ha deciso che a fondare l'istanza di accesso ai dati sensibili può essere “la semplice *ragionevole intenzione* di intentare un eventuale giudizio”. Nel caso di specie l'istanza riguardava l'accesso alla documentazione clinica attestante le infermità di una persona da utilizzare in “un futuro giudizio volto a verificare la validità del matrimonio con persona che si riteneva essere stata affetta da non lievi disturbi psichici già prima del matrimonio”¹⁸.

Proprio perché si tratta di situazioni di pari rango, spiegava il Consiglio di Stato - il fine dello scioglimento del vincolo matrimoniale costituisce certamente una situazione giuridica di rango almeno pari alla tutela del diritto alla riservatezza dei dati sensibili alla salute, in quanto involgente un significativo diritto della personalità – “non è necessario alcuna penetrante indagine in merito alla essenzialità o meno della documentazione richiesta, né circa le prospettive di buon esito del rito processuale (...); quel che rileva è che attraverso l'accesso alla documentazione sia data al richiedente la possibilità di supportare nei termini più concreti la propria instauranda azione giudiziaria, senza potersi operare alcun previo giudizio prognostico circa l'esito dell'azione stessa” (Cons. Stato. 14 novembre 2006 n. 6681) “. Ed ecco che il diritto *sostanziale* all'acquisizione documentale, prima ancora che strumento di tutela del diritto di difendersi provando in un giudizio avviato ed attualmente pendente diventa strumento di tutela del diritto di azione.

6.6. Il diritto alla documentazione bancaria: un'esibizione ad explorandum?

Un altro settore in cui si è venuto estendendo il fenomeno dell'esibizione *sostanziale* è quello dell'accesso ai documenti bancari.

Un vero e proprio diritto sostanziale all'esibizione di documenti inerenti a singole operazioni relative al rapporto contrattuale con la banca (e in quanto tale azionabile e suscettibile di accertamento e di esecuzione coattiva) è previsto dal d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 – cioè dal Testo unico delle leggi in materia bancaria o creditizia (TUB) – che

¹⁸ Come è noto, la malattia mentale costituisce possibile causa di invalidità del vincolo matrimoniale, ancorché a condizioni diverse, tanto dinanzi al giudice civile (art. 122 comma 3 n. 1, c.c.) e dinanzi a quello ecclesiastico, così come può costituire una delle possibili ragioni per le quali può divenire intollerabile la convivenza, dando luogo alla separazione coniugale ed allo scioglimento del matrimonio

all'art. 119 comma 4°, inserito nell'ambito del titolo VI, significativamente dedicato alla "trasparenza delle condizioni contrattuali e controlli", stabilisce che "il cliente, colui che gli succede a qualunque titolo e colui che subentra nell'amministrazione dei suoi beni " hanno diritto "di ottenere [dalla banca o da altri intermediari finanziari, art. 115, comma 1 TUB] a proprie spese, entro un congruo termine e comunque non oltre 90 giorni) copia della documentazione inerente a singole operazioni poste in essere negli ultimi dieci anni".

Inquadrato in una *ratio* normativa ispirata alla trasparenza delle operazioni e dei servizi della banca, il diritto alla documentazione in parola va al di là degli obblighi civilistici derivanti dal rapporto di mandato che pur prevede il diritto all'informazione e di rendiconto (art. 1713 c.c.). In quanto diritto di natura sostanziale, esso può essere dedotto in giudizio quale oggetto autonomo del processo con eventuale condanna alla consegna, eseguibile ai sensi degli art. 605 ss. c.p.c. (in caso di condanna alla consegna) o dell'art. 612 c. p. c. (in ipotesi di condanna alla messa a disposizione del documento o al rilascio delle informazioni rappresentate dal documento). E, come la giurisprudenza ha avuto modo di precisare, non può escludersi una tutela cautelare (Trib. Napoli 3 gennaio 1997).

Il diritto dei *clienti* all'informazione e documentazione relativa alle operazioni poste in essere con la banca è configurato dalla giurisprudenza come "un diritto autonomo che, pur derivando dal contratto, è estraneo alle obbligazioni tipiche che ne costituiscono lo specifico contenuto", in quanto nasce dall'obbligo di buona fede che, in tema di esecuzione del contratto, si atteggia come un impegno di solidarietà che impone a ciascuna parte di tenere quei comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali e dal dovere extracontrattuale del "*neminem laedere*", siano idonei a preservare gli interessi dell'altra parte, senza rappresentare un apprezzabile sacrificio a suo carico, ed è operante tanto sul piano dei comportamenti del debitore e del creditore nell'ambito del singolo rapporto obbligatorio, quanto sul piano del complessivo assetto di interessi sottostanti alla esecuzione del contratto, specificandosi nel dovere di ciascun contraente di cooperare alla realizzazione dell'interesse della controparte (Cass., 27 settembre 2001, n. 12093; Cass., 12 maggio 2006, n.11004). Tale dovere di collaborazione non viene meno con la cessazione del rapporto contrattuale, ma alla stregua di quanto normalmente previsto dai contratti di collaborazione (si pensi all'obbligo di informazione e di rendiconto in capo al mandatario), produce i suoi effetti fino a quando permane l'interesse giuridicamente riconosciuto e tutelato della controparte a essere informata (Cass., 22 maggio 1997, n. 4598; Cass., n.11004/2006 applica il principio in caso di morte del cliente e richiesta dei documenti da parte dell'erede).

In base alle stesse considerazioni è stato affermato anche il diritto dei *curatori fallimentari* di acquisire dagli istituti di credito la documentazione inerente alle vicende bancarie del fallito. In virtù del principio della buona fede quale fonte di integrazione della regolamentazione contrattuale, - insegna la giurisprudenza - la banca ha l'obbligo di trasmettere la documentazione ad essa richiesta poiché l'art. 119 comma 4 d.lgs. n. 385/1993 da vita ad un vero e proprio diritto soggettivo a conseguire esibizione di

documenti ed estrazioni di copie e non già ad una mera “facoltà” non tutelabile in via autonoma (Cass., 22 maggio 1997, n. 4598).

L’esperienza applicativa in tema di diritto alla consegna dei documenti bancari, oltre a confermare il rilievo già svolto circa l’indipendenza dell’esercizio del diritto in parola dall’attuale pendenza di un giudizio, consente di mettere in evidenza anche un altro aspetto particolare che differenzia i diritti sostanziali all’esibizione o alla comunicazione documentale dall’istituto dell’esibizione processuale quanto a funzione e ambito di operatività.

Nel vagliare l’ammissibilità delle richieste esibitorie ai sensi della normativa bancaria, la giurisprudenza ha avuto modo di affermare che “l’obbligo della banca di far ottenere al cliente copia della documentazione inerente a operazioni poste in essere [nel corso degli anni] non può essere limitato alla documentazione strettamente attinente alle *singole* operazioni poste in essere, al punto da rendere inesigibile la pretesa a conseguire la documentazione di *tutte* quelle avvenute in un certo arco temporale, restando altrimenti frustrata la sua portata (Cass., 27 settembre 2001, n. 12093). Queste affermazioni spiegano perché si sia superato il riferimento a “singole operazioni” contenuto nel testo dell’art. 119, comma 4 TUB. La parte istante nel formulare la richiesta esibitoria non ha l’onere di specificare i singoli documenti da produrre, ma può limitarsi a richiamare gli elementi minimi indispensabili per consentire alla controparte [la banca] l’individuazione dei documenti. Tale requisito può essere soddisfatto anche con l’indicazione soltanto del *tipo* di rapporto cui si riferisce la documentazione e del periodo di tempo entro il quale le operazioni da documentare si sono svolte.

Queste precisazioni si rivelano particolarmente importanti per le richieste formulate dal curatore che possono riguardare un gruppo di operazioni del fallito non specificamente determinato, liberando il curatore dall’onere di indicare in dettaglio gli estremi dei documenti esistenti presso la banca dei quali vuole ottenere la consegna o la messa a disposizione. Sono ammesse quindi istanze non rispettose del requisito cui è subordinata l’esibizione processuale, vale a dire, non rispettose del requisito della “specifica indicazione” del documento previsto ai sensi dell’art. 94 disp. att. c.p.c. per l’istanza di esibizione processuale. In altre parole, contrariamente all’esibizione *processuale*, attuabile in un giudizio in corso, che nel nostro ordinamento non può avere uno scopo meramente *esplorativo*, in quanto mezzo istruttorio finalizzato all’acquisizione di mezzi di prova utili all’accertamento di fatti specificamente individuati, filtrati nel processo attraverso gli atti introduttivi del giudizio e l’attività di trattazione della causa, le situazioni giuridiche *sostanziali* da cui derivano diritto soggettivi e, correlativamente, obblighi alla consegna o comunicazione di un documento (ovvero alla messa a disposizione delle informazioni rappresentate dal documento stesso), hanno quasi sempre una proiezione esplorativa. Il loro esercizio, anche in via giudiziale, non presuppone la precisa determinazione dell’oggetto della consegna ma può essere motivato anche da finalità esplorative attinenti alla stessa conoscenza dei fatti prima che alla loro prova.

Anche nell'accesso ai documenti amministrativi la valutazione dell'interesse all'esibizione documentale avviene senza necessità di operare, in relazione al caso di specie, un sindacato sull'ammissibilità o sulla fondatezza della domanda giudiziale che l'interessato potrebbe eventualmente proporre. L'azione esibitoria di cui all'art. 25 l. n. 241/1990 ha ad oggetto del "contendere" una posizione di diritto sostanziale tutelabile a livello finale e non strumentale.

Ciò non significa, ovviamente, che l'azione in parola non possa mirare, e spesso miri, a soddisfare esigenze conoscitive legate a finalità di carattere istruttorio che non potrebbero essere soddisfatte mediante lo strumento dell'esibizione processuale in quanto meccanismo subordinato alla previa definizione del *thema probandum*. La possibilità di utilizzare in giudizio documenti ottenuti mediante l'azione di cui all'art. 25 l. n. 241/1990 rappresenta anzi tipicamente una delle "situazioni giuridicamente rilevanti" che legittimano alla proposizione della relativa istanza, secondo l'ampia locuzione adottata dall'art. 22 della l. n. 241/1990. E così, i dati di conoscenza su fatti, accadimenti o situazioni del mondo reale, ottenuti attraverso l'esercizio del diritto sostanziale all'informazione e alla documentazione possono contribuire e spesso contribuiscono a rendere effettivo, insieme al diritto d'azione, il diritto di difendersi provando integrando ed arricchendo quanto può essere acquisito attraverso l'esibizione processuale per la quale la parte istante deve riferirsi a specifici documenti previamente e specificamente individuati sia nella loro esistenza che nella loro idoneità a rappresentare fatti *a priori* identificati. Per l'ammissibilità dell'istanza di cui all'art. 210 c.p.c. la giurisprudenza richiede infatti, oltre all'individuazione del documento e la certezza della sua esistenza anche l'indicazione del contenuto probatorio del documento allo scopo di mettere il giudice in grado di valutare la necessità della sua acquisizione al giudizio.

I dati di conoscenza che si acquisiscono attraverso l'esercizio dei diritti sostanziali all'informazione e alla produzione documentale possono avere una destinazione più ampia di quella strettamente istruttorio in quanto strumentali oltre che alla difesa in giudizio all'attivazione dei rimedi giurisdizionali. E ciò in un duplice senso. In primo luogo, quei dati di conoscenza (relativi a fatti) possono essere importanti al fine di valutare l'opportunità della proposizione di un'azione in giudizio piuttosto che la ricerca di una soluzione in sede stragiudiziale. In secondo luogo, quei dati di conoscenza o elementi di informazione possono essere essenziali per individuare gli elementi costitutivi di un diritto da far valere in sede giudiziale e per proporre un'azione che rispetti i requisiti di "sostanziazione" della domanda giudiziale fissati dalla legge, a pena di nullità (art. 164 c.p.c) . Invero, una parte che si trovi in una situazione di carenza informativa in ordine ad elementi costitutivi di un diritto o di una pretesa da far valere in via giudiziale, può di fatto trovarsi nell'impossibilità di proporre una domanda chiaramente definita nei i confini soggettivi e oggettivi e, quindi, in ultima analisi, nell'impossibilità di esercitare in modo effettivo il proprio diritto alla tutela giurisdizionale, costituzionalmente garantito.

6.7.L'esibizione documentale in materia di proprietà intellettuale: uno strumento "importato" dall'Europa.

Figure di esibizione la cui funzione non si esaurisce sul piano strettamente probatorio, ossia nell'acquisizione ad un processo in corso di prove precostituite, ma che possono essere utilizzate per ottenere dati ed informazioni su fatti eventualmente rilevanti nel giudizio, sono previste anche dalla normativa in materia di proprietà intellettuale. Ci riferiamo agli artt. 156 *bis* e 156 *ter* della legge 1941/n. 633 sul diritto d'autore ed agli artt. 121 e 121 *bis* del codice della proprietà industriale inseriti nella normativa nazionale (interna) ad opera del d.lgs.16 marzo 2006 n. 140 in attuazione della Direttiva 2004/ 48 CE (cd. direttiva *enforcement*) emanata con l'obiettivo, nell'ambito del processo di armonizzazione della legislazione degli Stati membri, di rafforzare i diritti di proprietà intellettuale non sotto il profilo del loro contenuto sostanziale, bensì sotto il diverso angolo visuale degli strumenti di tutela giurisdizionale.

La prima di tali disposizioni prevede che “qualora una parte abbia fornito seri elementi dai quali si possa ragionevolmente desumere la fondatezza delle proprie domande e abbia individuato documenti, elementi o informazioni detenute dalla controparte che confermino tali indizi, essa può ottenere che il giudice ne disponga l'esibizione oppure che richieda le informazioni alla controparte. Può ottenere altresì che il giudice ordini alla controparte di fornire gli elementi per l'identificazione dei soggetti implicati nella produzione o distribuzione dei prodotti o dei servizi che costituiscono violazione dei diritti di proprietà intellettuale di cui alla presente legge”.

L'art. 156 *ter*, dal canto suo, stabilisce che “l'autorità giudiziaria, sia nei giudizi cautelari che di merito, può ordinare, su istanza giustificata e proporzionata del richiedente, che vengano fornite informazioni sull'origini e sulle reti di distribuzione di merci o di prestazioni di servizi che violano un diritto di cui alla presente legge da parte dell'autore o di ogni altra persona che sia stata sorpresa a fornire su scala commerciale servizi utilizzati in attività di violazione di un diritto “.

L'art. 121 del cod. proprietà industriale, dopo aver definito le regole di ripartizione dell'onere della prova, disciplina in termini simili “l'esibizione di documenti e la richiesta di informazioni detenuti dalla “controparte” nonché gli strumenti processuali di identificazione dei soggetti implicati nella contraffazione. L'art.121 *bis* dello stesso codice, rubricato “diritto di informazione”, offre alla parte la possibilità richiedere all'autorità giudiziaria un ordine volto ad ottenere “informazioni sull'origine e sulle reti di distribuzione delle merci o di prestazioni di servizi che violano un diritto di proprietà industriale”.

Lo scopo di questa disposizione come dell'art.156 *ter* l.d.A. è quello di far acquisire al titolare dei diritti, informazioni sull'effettiva portata del fenomeno contraffattivo, in modo da consentirgli di estendere l'azione già intrapresa ad altri soggetti, oppure di intentarne una nuova. In tal modo si cerca di compensare l'asimmetria informativa delle

parti nel contenzioso di proprietà intellettuale e, nello stesso tempo di rafforzare l'efficienza degli strumenti di tutela giurisdizionale. La relazione al d. lgs. n. 140/2006, con il quale le disposizioni citate sono state introdotte nell'ordinamento interno distingue i dati, documenti e le informazioni detenuti dalla "controparte" – che possono essere chiesti e ottenuti in virtù dell'art. 156 *bis* l.a. e 121 cod.prop.ind.– dalle *informazioni* dei cui agli artt. 156 *ter* e 121 *bis* che, si sottolinea, "sono oggetto di un diritto sostanziale autonomamente azionabile". La giurisprudenza invece non esita ad ammettere provvedimenti ai sensi sia dell'art. 156 *bis* che dell'art.156 *ter* che non si collocano all'interno di procedimenti cautelari o di merito preventivamente instaurati contro l'altrui attività assertivamente illecita; ammette cioè provvedimenti esibitori prima ed indipendentemente dall'attuale pendenza di un giudizio che mirano all'acquisizione di dati ed informazioni da destinare alla eventuale *instaurazione* di futuri giudizi.

Un caso ormai famoso, noto come *Peppermint*, si presta ad illustrare la tematica con i relativi risvolti problematici.

Peppermint Jam Records GmbH, società con sede in Germania e *Techland sp. z.o.o.*, società con sede in Polonia, titolari di diritti di sfruttamento di opere dell'ingegno, brani musicali e giochi elettronici, sospettando che tali opere, in violazione dell'art. 16 l. d.A., siano state fatte oggetto di *file sharing* o *peer to peer* (P 2 P) da parte di internauti, incaricano una società specializzata di investigazioni con sede in Svizzera di acquisire dati sul sospettato illecito e, soprattutto, sugli autori dello stesso. La società di investigazioni, attraverso un software "antipirateria" (FSM – "*file sharing monitor*") si inserisce nella rete, individua e registra su un'apposita banca dati gli indirizzi IP (*Internet Protocols*) degli utenti connessi al programma di *peer to peer*, la data, il tempo di connessione ed i *files* condivisi.

Individuati gli IP dei sospetti autori dell'illecito, le società titolari dei diritti di sfruttamento intimavano ai *providers* – tra cui Tiscali Italia SpA – che avevano fornito la connessione alla rete di comunicare i dati anagrafici dei titolari degli IP. A fronte del rifiuto di alcuni *provider*, le società si rivolgono al Tribunale di Roma con istanza diretta ad ottenere, a carico degli intermediari dei servizi telematici che avevano ignorato la loro richiesta, un ordine giudiziale di comunicazione dei dati anagrafici degli autori del lamentato illecito, ossia i dati dei consumatori utenti del servizio informatico ed utilizzatori dei programmi di *filesharing* al fine di, successivamente ed eventualmente, promuovere contro di loro un'azione di risarcimento dei danni. Le società titolari dei diritti di sfruttamento, a sostegno delle loro domande invocano l'applicazione degli artt. 156, 156 *bis* e 156 *ter* l.d.A.

Tra le questioni preliminari che si pongono ai giudici romani vi è quella della qualificazione dell'azione ai sensi degli artt. 156 *bis* e 156 *ter* e, intimamente connessa, quella dell'ammissibilità, in via preventiva, rispetto al processo (di merito o cautelare) da instaurare, dell'azione stessa nei confronti degli autori dell'illecito e, soprattutto, nei

confronti dei terzi (i *providers*). Ad entrambe le questioni i giudici danno risposta positiva osservando:

“a. che l’azione proposta è qualificabile come istanza di *discovery* delle informazioni sulla rete di distribuzione dei servizi di *file sharing* diretta al *provider* del servizio informatico e la sua possibilità giuridica è fondata sugli artt. 156 bis e ter citati;

b. che la *discovery* in parola non è una misura cautelare ma un mezzo istruttorio, che deroga in parte ai principi generali sia di piena disponibilità della prova ad opera delle parti, introducendo, con l’ordine del giudice, degli elementi di officiosità, sia di allocazione dell’onere della prova, ponendolo a carico della parte attrice soltanto quanto agli elementi di prova (“seri indizi”) e non alla prova piena, il cui onere è spostato sulla controparte a cui i fatti da provare sono prossimi;

c. che l’obiettivo delle norme in questione è di rafforzare la tutela contro le contraffazioni mediante l’individuazione di tutti gli autori della violazione e mediante la loro partecipazione simultanea allo stesso procedimento;

d. che la questione dell’ammissibilità della domanda sotto il profilo della strumentalità deve rapportarsi non ad un’azione di merito bensì al processo in cui utilizzare le prove raccolte con la *discovery*, e a questo proposito, rileva che l’art. 153 *ter* menziona espressamente anche il processo cautelare in piena attuazione dell’art. 24 Cost che tutela parimenti il diritto di azione ordinaria e di azione cautelare;

e. che l’ammissibilità della *discovery* in via preventiva rispetto al processo (di merito o cautelare) da instaurare deve risolversi positivamente, con un’interpretazione estensiva delle citate norme che la ammettono anche come misura di istruzione preventiva, per assicurarsi anticipatamente una prova altrimenti a rischio di assunzione” (*Trib. Roma 17 marzo 2008*¹⁹).

A prescindere dall’uso non troppo corretto del termine *discovery* per descrivere gli strumenti predisposti dagli artt. 156 *bis* e *ter* e della riconduzione del relativo meccanismo al fenomeno dell’istruzione preventiva, la pronuncia citata evidenzia che, sotto il profilo soggettivo, gli strumenti previsti dalle norme citate superano innanzitutto il limite endoprocessuale dell’art. 210 c.p.c. con ammissibilità dell’ordine di esibizione anche a chi

¹⁹ la Corte invece da risposta negativa alla questione dell’uso della *discovery* per la comunicazione dei dati personali dei consumatori senza alcun consenso dei medesimi, argomentando, tra l’altro, che il legislatore nazionale, nel recepire il diritto comunitario, ha effettuato la scelta di limitare le deroghe alle norme protettive della riservatezza al caso di illeciti penali, senza estenderle al caso di illeciti civili, scelta compatibile con il diritto comunitario come interpretato dalla Corte di giustizia che esclude il vincolo per gli Stati a prevedere un obbligo di comunicazione dei dati in processi civili. E quindi, sotto questo profilo, il ricorso viene respinto. In una serie di altre pronunce il Tribunale romano, invece, aveva risposto positivamente al quesito ed ordinato ai *providers* la comunicazione dei dati richiesti. *Trib. Roma*, 18 agosto 2006, 20 aprile 2007, 26 aprile 2007 ed altre.

non sia o non sarà parte nel giudizio di merito. La nozione di “controparte” usata dalla legge per individuare il destinatario dell’ordine di esibizione non va quindi intesa in senso letterale, come parte sostanziale nel giudizio di merito.

Anche più significativo, ai fini della nostra indagine, il superamento dei rigorosi limiti oggettivi previsti per l’ordine di esibizione ex art. 210, il quale, come abbiamo già ricordato, non può essere utilizzato *ad explorandum* come mezzo di ricerca di fatti e dati da porre alla base delle domande attuali o future delle parti e che deve comunque superare il vaglio della rilevanza (o addirittura dell’indispensabilità) della prova. Il che presuppone che l’istante abbia già individuato i fatti ed i soggetti ai quali vengono imputati, allo scopo di provarne, rispettivamente, la fondatezza e la responsabilità. I provvedimenti esibitori in materia di proprietà intellettuale sono dotati di un ambito oggettivo di operatività decisamente più ampio in quanto possono essere richiesti allo scopo di indagare se la prova dei fatti e l’identità dei soggetti possa essere rinvenuta nei documenti di cui si chiede l’ostensione. La loro funzione non è quella tradizionale di acquisire prove su fatti controversi verso un soggetto già individuato ma quella di acquisire documenti, elementi o informazioni su altri soggetti coinvolti nell’illecito. Inoltre, l’ordine di esibizione in tali casi non presuppone la previa instaurazione di un procedimento giudiziale sommario o a cognizione piena nei confronti degli autori dell’illecito ma può essere ammesso a prescindere da tale procedimento, sulla base di un quadro probatorio non ancora acquisito nei confronti dello stesso. Insomma, la richiesta non ha necessariamente la funzione di provare fatti controversi nei confronti di una determinata parte avversa ma quella di acquisire dati ed elementi da porre a fondamento di un’eventuale domanda in giudizio e, in caso di azione già instaurata nei confronti di un autore dell’illecito già individuato, di altri soggetti coinvolti nei fatti stessi o in quelli connessi che non hanno ancora assunto la veste di parti nel processo.

Degno di nota è poi che il mancato rispetto dell’ordine di fornire informazioni reso ai sensi dell’art. 156 *ter* comporta la irrogazione di sanzioni penali (art. 171 *octies*): una testimonianza dell’esigenza avvertita dal legislatore di garantire la effettività delle misure in questo settore.

7. Giudizio di fatto e prove illecite.

7.1. Prove e valori costituzionalmente protetti: il silenzio del codice di rito civile.

Le garanzie relative al diritto alla prova implicano, in via di principio, il diritto all’ammissione e all’assunzione delle prove richieste e il diritto a che il giudice, nel decidere la lite, tenga nel debito conto quanto con esse rappresentato. Non si tratta, naturalmente, di un diritto assoluto, posto che è la legge processuale a stabilire le condizioni di “ammissibilità” delle istanze istruttorie formulate dalle parti e le regole per la valutazione dei relativi risultati. Inoltre, le pratiche modalità dell’esercizio del diritto alla

prova devono essere definite tenendo conto delle altre esigenze suscettibili di venire in considerazione nella ricostruzione dei fatti controversi. Si tratta di esigenze, anch'esse valorizzate dalla Costituzione e dai documenti costituzionali europei, che possono afferire alle dinamiche del processo, come la ragionevole durata del processo, ma che possono riguardare anche esigenze di per sé estranee alle dinamiche processuali e nondimeno esposte al pericolo di essere comprese da un'indagine giudiziale. È in quest'ambito che si pone la tematica delle prove formate e/o acquisite in violazione di valori e diritti solennemente riconosciuti a livello costituzionale e delle prove formate o acquisite attraverso strumenti o espedienti lesivi dei valori consolidati espressi nei diritti e nelle libertà fondamentali dell'uomo.

L'incidenza di questi valori costituzionali sul diritto delle prove può manifestarsi, anzitutto, attraverso il divieto di certi mezzi di prova che si mostrano di per sé lesivi della libertà dell'individuo. La narco-analisi oggi, come la tortura ieri, vanno respinte come mezzi o strumenti per la ricerca della verità dei fatti di causa in quanto intrinsecamente in contrasto con i valori della persona umana.

Un richiamo esplicito ad evitare il ricorso ai mezzi di prova, quali essi siano, per rappresentare al giudice la realtà dei fatti o per accertare, in sede giudiziale, la vicenda controversa, ci proviene dalla disposizione dell'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo che, in termini assoluti che non consentono né eccezioni né limitazioni, stabilisce che “nessuno può essere sottoposto a tortura né a trattamenti disumani o degradanti”. È la stessa Convenzione ad aver cura di avvertire, all'art. 15, co. 5, che non è autorizzata alcuna deroga al diritto in questione, neanche in presenza delle condizioni “emergenziali” che, ai sensi del comma 1 dell'art. 15, consentono deroghe al rispetto dei diritti garantiti dalla Convenzione. La portata assoluta del precetto in esame è stata più volte affermata dagli organi di tutela della Convenzione. “Anche nelle circostanze più difficili, quali la lotta al terrorismo e al crimine organizzato – ammoniva la Corte di Strasburgo nella pronuncia *Labita c. Italia* del 6 aprile 2000, richiamando la propria precedente giurisprudenza – la Convenzione proibisce in termini assoluti la tortura ed i trattamenti disumani o degradanti (...). Il divieto di tortura e di trattamenti disumani o degradanti è assoluto, quale che sia la condotta della vittima”.

La nostra Costituzione non contempla una norma della stessa portata dell'art. 3 Conv., ma vi sono numerose previsioni a tutela della dignità e dell'integrità fisica della persone. In particolare, a protezione dell'integrità fisica delle persone private della libertà, l'art. 13, co.4 Cost. stabilisce che è punita ogni violenza fisica o morale sulle persone comunque sottoposte a restrizione di libertà; impegno che il legislatore attua, peraltro in modo parziale, attraverso le norme penali che tutelano la libertà individuale (artt. 608, 610, 612, 613 c.p.).

Sul fronte processuale, mentre in materia civile il codice di rito non prende posizione sul tema, il codice di procedura penale del 1988 avverte, con la disposizione

dell'art. 188, rubricata "libertà morale della persona nell'assunzione della prova", che "non possono essere utilizzati, neppure con il consenso della persona interessata, metodi o tecniche idonei ad influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti". E un impegno analogo emerge dal divieto sancito dall'art. 64 del codice di procedura penale di servirsi, durante l'interrogatorio, di metodi o tecniche idonee ad influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e valutare i fatti.

Ma il tema dell'incidenza dei valori della persona sul regime della prova e sulla formazione del giudizio di fatto non tocca soltanto il profilo dell'ammissibilità dei metodi impiegati nella o per l'acquisizione delle prove in giudizio. Il tema tocca anche le conseguenze, a stretto rigore deducibili dall'illecita acquisizione probatoria. Quale trattamento riservare a prove acquisite attraverso l'indebita captazione di comunicazioni o conversazioni e quale efficacia riconoscere al documento sottratto alla controparte o a terzi? Se nessun dubbio esiste in tali casi in ordine all'illiceità commessa sul piano sostanziale, non poche incertezze ed oscillazioni accompagnano il problema delle conseguenze sul piano processuale; in termini più precisi, sull'utilizzabilità nel processo delle prove che, pur rilevanti per l'accertamento dei fatti controversi, siano acquisite con metodi penalmente illeciti o con atti che comportino una violazione dei diritti individuali costituzionalmente protetti, quali l'integrità psicofisica della persona umana.

Il problema è stato avvertito dai codificatori della legge processuale penale che, con la disposizione dell'art. 191 c.p.p., hanno introdotto una regola generale di inutilizzabilità delle prove illegittime o illegittimamente acquisite "in violazione dei divieti stabiliti dalla legge" ed hanno affiancato ad essa alcune fattispecie di "inutilizzabilità speciale" come i divieti di utilizzazione dei risultati probatori scaturiti da intercettazione illegittima o illecita prefigurati nell'art. 271 dello stesso codice. Il codice di rito civile, invece, non conosce alcuna disposizione che sancisca l'inutilizzabilità in giudizio di prove illecitamente acquisite; in particolare, di prove acquisite in violazione dei diritti della personalità. Eppure, com'è stato efficacemente notato, un processo che ambisca ad essere "giusto" nell'ottica dei precetti costituzionali e sovranazionali non può essere indifferente ai valori fondamentali di uno Stato di diritto e deve avere un'etica sua propria (ed interna) che lo rende interprete e garante di quei valori nel *quomodo* in cui accorda o nega tutela (sanzionando comportamenti sleali, scorretti, abusivi che portano all'acquisizione di certi risultati). La bontà del fine non può giustificare l'eventuale illiceità dei mezzi impiegati per raggiungerlo. (COMOGLIO)

7.2. Le prove acquisite in violazione di prerogative proprietarie.

Il tema delle prove di origine illecita è rimasto, per lungo tempo, largamente in ombra. Mancavano, del resto, i presupposti per cogliere le reali implicazioni di un fenomeno del genere. Da un lato, il principio del libero convincimento del giudice era una

conquista troppo recente ed importante perché si potesse pensare di rimetterla nuovamente in discussione attraverso un sistema di divieti probatori. Dall'altro, una visione burocratica della funzione giurisdizionale e dei suoi compiti induceva ad assegnare comunque all'accertamento della verità – soprattutto nel campo del processo penale – la posizione di assoluta preminenza. Se mai ci doveva essere un “bene giuridico” da rispettare più degli altri, e per ciò capace di assurgere a fonte di divieti probatori, questo era la proprietà. Non a caso, l'esempio più significativo che la nostra giurisprudenza ci offre nel primo cinquantennio del secolo scorso riguarda proprio la tutela del diritto di proprietà: tutela della proprietà di un documento sottratto da una delle parti in giudizio alla controparte per essere prodotto in giudizio a prova della pretesa creditoria fatta valere. Chiamata a vagliare l'utilizzabilità in giudizio del documento illegittimamente sottratto alla controparte che lo deteneva, la Corte di appello di Milano, nel caso *Vigo c. Formenti* (deciso con sentenza 3 aprile 1934), censura “l'arbitrio commesso dalla parte con l'impossessarsi delle carte di proprietà di un altro soggetto” ed esclude che colui il quale “si appropria illegittimamente di scritti altrui possa servirsene come prova delle proprie pretese creditorie”.

Prima ancora che espressione di una visione privatistica dei diritti e delle prove, la sentenza è espressione dell'ordine dei valori così come risultava cristallizzato dal sistema normativo dell'epoca. In questo senso la corte milanese ricorda correttamente che la legge “non consente ad una parte di costringere l'altra a produrre in giudizio documenti che possano servire di prova ai suoi assunti, tranne che ne abbia la *proprietà* o la *comproprietà*”. La corte rigetta invece come inconferente il riferimento alla giurisprudenza che riteneva utilizzabili come mezzi di prova nel giudizio di separazione personale le lettere dirette da terzi alla moglie intercettate dal marito con violazione del segreto epistolare. “Il marito, come capo della famiglia (art. 131 c.c.) – spiegano i giudici milanesi – ha sulla moglie un potere di sorveglianza ed ha inoltre il diritto specifico alla fedeltà di lei (art. 130 c.c.)”. “Perciò non può disconoscersi al marito la facoltà di agire e leggere la corrispondenza della moglie al fine di impedirne gli eventuali traviamenti, né quindi gli si può negare il diritto di servirsi in giudizio di lettere scritte dalla moglie o dirette alla moglie e da lui intercettate le quali provino la infedeltà della stessa”. Se mai a tale principio si dovesse fare un'eccezione, sarebbe comunque lasciato al giudice di “apprezzare se sia producibile e valutabile la corrispondenza della moglie ad arte procuratasi dal marito”. Ma tutto ciò – concludono i giudici – non ha nulla a che vedere col fatto di chi si appropria illegittimamente di scritti altrui per servirsene come prova delle proprie pretese creditorie.

L'ordine di idee ed il contemperamento dei valori in gioco su cui esso si fonda trovano il consenso della dottrina più autorevole che commenta favorevolmente la sentenza in parola e ribadisce che, secondo il vigente ordine processuale, la presenza del documento in giudizio quando la controparte abbia un diritto al suo godimento, sia pure ai fini limitati alla sua conoscenza, dipende dalla volontà della parte a cui appartiene; il suo diritto privato sul documento ne limita l'impiego processuale. La condizione del produttore il documento illegittimamente posseduto non può essere migliore di quella che sarebbe se avesse agito

iure.

L'entrata in vigore della Costituzione repubblicana dovrebbe segnare una svolta radicale in questa materia. Il solenne riconoscimento dei diritti di libertà dell'individuo pone indubbiamente le basi per una diversa valutazione del fenomeno. In realtà però per molti anni non si va oltre qualche pregevole annotazione da parte di commentatori che invocano – specie con riguardo al processo penale – la sanzione della “inefficacia probatoria” del materiale raccolto in violazione degli artt. 13 e 14 Cost.

La giurisprudenza delle corti ordinarie resta in maggior parte legata al vecchio ordine di valori: la Costituzione rimane qualcosa di estraneo e di inaccessibile. Così la Corte di appello di Firenze, con la pronuncia del 5 dicembre 1951, si limita a seguire le argomentazioni svolte dalla Corte di cassazione un quindicennio prima nell'ammettere l'utilizzazione in giudizio, ai fini di una causa di separazione per adulterio, della corrispondenza: la *ratio decidendi* è, ancora una volta, la *potestas vigilandi* del marito. E lo stesso argomento ritorna anche in pronunce successive che non riescono a valorizzare il principio della parità dei coniugi sancito dal comma secondo dell'art. 29 della Costituzione.

Certamente “clamorosa” la sentenza del 19 luglio 1971 resa dalla Corte di appello di Milano in un momento in cui il legislatore, rendendosi interprete dell'evoluzione sociale, si avvia a formalizzare, anche a livello di normativa ordinaria, il principio dell'uguaglianza morale e giuridica sancito dal ricordato precetto costituzionale. Vi si afferma che non può essere incolpato di violazione dei diritti e delle libertà garantiti e protetti a livello costituzionale, oltre che a livello sovranazionale (il riferimento è soprattutto all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo), il coniuge che, esercitando taluno dei diritti inerenti al suo status, intercetta e prende cognizione delle comunicazioni telefoniche dell'altro coniuge. In particolare, non commette tale violazione il marito il quale, “nell'esercizio della potestà maritale riconosciutagli quale capo della famiglia, vigila ove ciò appaia necessario, sulla condotta morale della moglie, sia direttamente, sia avvalendosi di terzi (ad esempio agenti di polizia privata), sia, ove occorra, controllandone le comunicazioni telefoniche”. “Invero, il diritto alla fedeltà del coniuge (art. 143 c.c.) il diritto di chiedere la separazione per colpa del coniuge infedele (art. 150 – 141 c.c.); la tutela dell'unità della famiglia – bene questo, protetto anche dalla Costituzione – (art. 29), fanno parte dei diritti e delle libertà altrui e la loro difesa è altresì giustificata dall'esigenza di protezione della morale”. E “poiché l'intercettazione e la cognizione delle comunicazioni telefoniche non dirette al marito sono, nell'ipotesi considerata, compiute nell'esercizio di un diritto (...)”, il fatto non è qualificabile come “illecito” (ossia compiuto in violazione di norme penali).

La Corte supera così le censure dell'appellante per cui il giudice di primo grado, utilizzando la prova ottenuta per il tramite delle intercettazioni telefoniche, avrebbe posto a fondamento della sua decisione una prova illecitamente acquisita *[il tribunale si era

limitato ad osservare, a tale proposito, che l'intercettazione era, nella fattispecie, legittima perché "l'attore non commise alcunché di illecito né di contrario ai principi dettati dalla Costituzione, giacché l'impianto di registrazione fu effettuato per suo ordine, non già sul telefono altrui, bensì sul telefono proprio, in casa propria, come certamente era nelle sue facoltà, avvalendosi anche dell'opera di estranei].

Eppure, nella sentenza citata, la Corte milanese aveva iniziato il suo percorso argomentativo in modo assai "promettente", ricordando le norme della Costituzione che garantiscono i diritti civili dei cittadini, anche in ordine alla segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione (artt. 13-15 Cost.) e, allargando lo sguardo alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel cui ambito vedeva riconosciuto, tra i diritti fondamentali di personalità, il "diritto alla riservatezza, con il quale si tutela la sfera più intima della persona da ogni estranea, illegittima ingerenza". Non solo, la Corte aveva anche prefigurato la possibilità di "ritenere contraria ai dettami della Costituzione l'utilizzazione, nel giudizio civile, di prove ottenute in violazione dei diritti in essa consacrati", spiegando che "il provvedimento del giudice di ammissione di tali prove significherebbe convalida di un atto illecito". Ma poi la Corte aveva operato un'inversione inattesa che la portava sulle posizioni opinabili (e difficilmente difendibili) su riportate in ordine alla soluzione giuridica da dare al caso concreto: legittimità delle intercettazioni disposte a danno dell'altro coniuge e conseguente utilizzabilità nel processo.

7.3. Le norme costituzionali come fonte di divieti probatori: il caso delle intercettazioni telefoniche.

All'inizio degli anni 70, il problema delle prove illecite, ovvero delle prove ottenute in violazione di un diritto fondamentale, giunge per la prima volta al vaglio della Corte costituzionale che lo affronta con una certa ampiezza di respiro nella sentenza n. 34 del 6 aprile 1973. In tale sentenza, che presenta i caratteri della sentenza interpretativa di rigetto, la Corte, pur dichiarando infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 226 ult. co. c.p.p., ha sentito "il dovere di mettere nella dovuta evidenza il principio, secondo il quale, attività compiute in dispregio dei fondamentali diritti del cittadino non possono essere assunte, di per sé, a giustificazione e a fondamento di atti processuali a carico di chi quelle attività illegittime abbia subito". Più in particolare, la Corte ha avuto modo di sottolineare che "il principio enunciato dal primo comma della norma costituzionale [ossia dell'art. 15 Cost.] sarebbe gravemente compromesso, se a carico dell'interessato potessero valere, come indizi o come prove, intercettazioni telefoniche assunte illegittimamente, senza previa, motivata autorizzazione dell'autorità giudiziaria".

La direttiva di fondo appare chiaramente enunciata: le operazioni processuali devono svolgersi nel pieno rispetto dei diritti della personalità definiti inviolabili dall'art. 2 Cost.; ogni illecita interferenza nelle libertà fondamentali implica la non ammissibilità (e/o la non utilizzabilità) in giudizio delle prove ottenute incostituzionalmente. La tesi

individuava quindi nelle norme costituzionali la formulazione di divieti probatori.

Ciò non significa, ovviamente, che qualsiasi forma di restrizione delle libertà fondamentali resti definitivamente preclusa. La stessa Costituzione non si è limitata, del resto, a proclamare l'inviolabilità dei diritti della personalità ma ha previsto, espressamente, la possibilità di restrizioni di tali diritti. Tuttavia, ad avviso dell'organo di giustizia costituzionale, una "compressione" del diritto alla riservatezza delle comunicazioni telefoniche – come appunto quella allora configurata in conformità all'art. 15 Cost. dall'art. 226 ult. co. c.p.p. – va ammessa con "cautela scrupolosa" e "deve tendere al temperamento dei due interessi costituzionali protetti onde impedire che il diritto alla riservatezza delle conversazioni telefoniche venga ad essere sproporzionatamente sacrificata dalla necessità di garantire un'efficace repressione degli illeciti penali". In altri termini, per usare ancora una volta le parole della Corte, "le libertà fondamentali possono essere comprese solo 'nei limiti effettivamente richiesti da concrete, gravi esigenze di giustizia'".

Negli stessi anni, mentre il legislatore traduce sul piano normativo l'insegnamento dell'organo di giustizia costituzionale inserendo, con l. 8 aprile 1974, n. 98, nel codice di procedura penale, l'art. 226 *quinquies* il quale prevede la "inutilizzabilità", come sanzione in tema di intercettazioni acquisite in violazione di divieti stabiliti dalla legge, anche nell'ambito della giurisprudenza di merito in materia civile si registrano alcune decise prese di posizione a favore di una regola generale di esclusione di prove formate o acquisite in violazione dei diritti della persona costituzionalmente garantiti.

Diffusamente argomentata, l'ordinanza del Tribunale di Roma del 14 marzo 1973 afferma che "le intercettazioni telefoniche, effettuate all'insaputa di coloro che conversano fra loro, incontrano, quando si intende acquisirle al processo, il generalissimo limite posto dall'art. 13 Cost., il quale vieta che la libertà personale sia violata o venga in qualsiasi modo ristretta, se manchi un legittimo provvedimento autorizzativo del giudice", ed esclude dunque, che "in assenza di tale provvedimento, i mezzi di prova, acquisiti illegittimamente, con trasgressione del precetto costituzionale, possano essere utilizzati nel giudizio, direttamente o indirettamente". "La circostanza che un tale provvedimento (autorizzativo) non sia previsto nel giudizio civile non significa che l'acquisizione delle intercettazioni telefoniche in questa sede come mezzo di prova sia libera e indiscriminata ma che essa, di contro, in quanto viola i limiti del precetto costituzionale, ed è pertanto illegittima, debba essere senz'altro esclusa (e non muta i termini della questione il rilievo che, nella specie, l'intercettazione fu operata con la collaborazione di investigatori privati muniti della prescritta licenza amministrativa per l'esercizio della professione)".

Il tribunale romano perviene a tale soluzione giudicando non condivisibile la tesi per cui la illiceità del modo con il quale il mezzo di prova è stato acquisito nell'ambito di disponibilità di una parte nulla toglierebbe all'efficacia che esso è in grado di assumere nel processo e quindi in ordine alle statuizioni definitive di diritto sostanziale che ne

costituiscono gli esiti in quanto la illiceità dell'azione commessa con l'intercettazione clandestina o fraudolenta assumerebbe semmai una propria rilevanza al di fuori della lite in quanto fatto produttivo di autonome conseguenze, ad esempio di diritto penale (art. 617 c.p.).

Negli stessi anni, una pronuncia della Pretura di Roma stabilisce che “nel rispetto del diritto che ha per oggetto il segreto della corrispondenza, la parte può utilizzare in giudizio una lettera solo se ne ha acquistato *legittimamente* il possesso, altrimenti la pretesa di servirsi dello scritto, sia pure a fini esclusivamente probatori, urterebbe contro il divieto delle cosiddette prove illecite, desumibili dalla diretta applicazione dei precetti costituzionali” (ord. 25 marzo 1975).

Qualche anno dopo, una decisione del Tribunale di Roma, richiamando quanto enunciato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 34 del 1973, ribadirà lo stesso orientamento. La circostanza che un provvedimento di autorizzazione non sia previsto nel giudizio civile, a differenza di quanto avviene nel processo penale, in base all'art. 226 *quinquies*, che provvede a colpire con la inutilizzabilità il materiale probatorio illegittimamente raccolto, non significa, secondo i giudici, “che l'acquisizione delle intercettazioni telefoniche come mezzo di prova in sede civile sia libera ed indiscriminata, poiché, anche in mancanza di una dettagliata normativa, le intercettazioni e le registrazioni telefoniche, in quanto violino i limiti del precetto costituzionale, sono illegittime e come tali debbono essere escluse dal giudizio” (ord. 7 agosto 1983).

7.4. Male captum, bene retentum: I motivi di illiceità (preprocessuale) o sostanziale non contaminano la funzione processuale della prova?

Le statuizioni dei giudici di merito, per quanto apprezzabili nella loro argomentazione di principio che i mezzi di prova acquisiti illegittimamente con trasgressione del precetto costituzionale non possano essere utilizzati nel giudizio né direttamente né indirettamente, o che le intercettazioni e le registrazioni telefoniche, in quanto violino i limiti del precetto costituzionale, sono illegittime e come tali debbono *senz'altro* essere escluse dal giudizio, sollevano pur sempre delicati interrogativi e lasciano irrisolte questioni importanti. Intanto, vi è sicuramente un problema di individuazione dei *confini* del divieto probatorio che si ritiene di desumere dalla violazione di precetti costituzionali; e poi vi è un problema di ricostruzione tecnico-giuridica delle basi su cui fondare il divieto probatorio in mancanza di un'esplicita regola di esclusione.

Il dissenso dell'osservatore di oggi nei confronti di soluzioni come quella prospettata dalla Corte di appello di Milano nella citata sentenza del 1971 non riguarda tanto la individuazione di eccezioni al divieto generale di utilizzazione di prove formate o ottenute incostituzionalmente - pur riconosciuto in linea di principio in quella pronuncia - quanto la determinazione delle eccezioni attraverso un bilanciamento dei valori

estremamente opinabile sia nell'individuazione dei valori in gioco (nel caso in parola: il riferimento ad un'antistorica "potestà maritale") sia nel ponderamento di tali valori. Vi è infatti un'esigenza di enucleare criteri che consentano di modulare l'ambito di operatività della regola di esclusione attraverso un *balancing approach* che ponga sui gradini di una gerarchia mobile i diversi interessi in gioco in linea però con il tracciato costituzionale. In altre parole, i criteri di valutazione devono tener conto del *modo* in cui avviene la presa di conoscenza o captazione, differenziando situazioni di interferenza indebita da situazioni di consenso presunto, di uso o di prassi corrente, come può avvenire per registrazioni nel mondo di affari. Anche in ordine al *contenuto* della conversazione captata va operata una distinzione tra manifestazioni estrinsecantesi nella parola che sono intimamente connesse alla sfera personale di un soggetto e manifestazioni che si distaccano a tal punto dalla personalità di un soggetto da restarne in un certo qual modo indipendenti ed estranee come nel caso di una comunicazione commerciale. Accanto al contenuto e al modo, può assumere rilievo il *luogo* in cui avviene la presa di conoscenza o captazione adottando categorie come "luogo pubblico", "luogo aperto al pubblico" e "luogo privato" che esigono adeguata considerazione.

Un esempio importante di modulazione del divieto probatorio e della sua portata operativa, anche se non privo di profili discutibili, è offerta dalla giurisprudenza in materia di videoriprese nel processo penale dove la giurisprudenza della Corte costituzionale ha "proposto" di distinguere la ripresa di *atti comunicativi* dalla ripresa di *atti non comunicativi* ai fini del corretto inquadramento normativo del fenomeno (C. Cost. 24 aprile 2002, n. 135); e la Corte di cassazione, in relazione alle riprese di mere immagini, ha prospettato tre distinte discipline, a seconda della natura del luogo nel quale esse vengono effettuate, distinguendo, in particolare, tra luoghi pubblici, luoghi riservati (come toilettes e privé) e luoghi di privata dimora (Cass. pen. Sez. Un. 28 luglio 2006). Così si è stabilito che, a differenza delle riprese visive in luoghi pubblici, le videoregistrazioni di comportamenti non comunicativi in ambito domiciliare, siccome acquisite in violazione dell'art. 14 Cost. sono illegittime e processualmente inutilizzabili. Le videoregistrazioni di comportamenti non comunicativi in luoghi "riservati", invece, che, pur non costituendo domicilio, sono utilizzati per attività che si vogliono mantenere riservate, rientrano nella categoria delle prove atipiche e sono suscettibili di utilizzazione probatoria sempre che siano eseguite sulla base di un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria. (Sull'uso opinabile della categoria delle prove atipiche che non necessitano di autorizzazione del giudice ai fini dell'utilizzabilità, v. Cass. pen., 19 ottobre 2010, n. 37197).

Altro quesito è se l'idoneità di una prova all'accertamento della verità e la sua intrinseca rilevanza o rappresentatività rispetto ai fatti che debbono essere accertati dal giudice possa mai offrire il parametro di ammissibilità della sua acquisizione al giudizio. L'impossibilità o la difficoltà di disporre di altri mezzi di prova possono essere elementi idonei a giustificare l'utilizzazione di un mezzo ottenuto tramite un comportamento *contra constitutionem*? Commentando criticamente la più volte menzionata pronuncia della Corte di appello milanese del 1971 si è fatto notare che la Corte avrebbe potuto circoscrivere le

conseguenze, a stretto rigore deducibili, dall'illecita acquisizione probatoria, così come, nel caso concreto, avrebbe potuto desumere la prova dell'adulterio da altri elementi (testimonianze e lo stesso comportamento della parte convenuta) acquisiti al giudizio (Pace).

La complessità dei fattori e delle considerazioni che possono assumere rilievo nella definizione di divieti probatori desunti da precetti o principi di ordine costituzionale, rende evidente la difficoltà di introdurre regole di esclusione o divieti probatori ad ampio raggio che non riservino al giudice, pur con la mediazione formale e tecnica di una specifica norma, il compito di valutare l'utilizzabilità o meno della prova nel caso concreto.

Ma l'affermazione dell'inutilizzabilità nel giudizio civile di prove acquisite in violazione di garanzie fondamentali della persona costituzionalmente riconosciute ha bisogno soprattutto di essere più diffusamente argomentata in ordine alle basi tecnico-giuridiche su cui essa si fonda.

Si sostiene talvolta (e si è sostenuto soprattutto in passato) che regole di esclusione aventi per oggetto prove formate, acquisite o assunte con violazione di diritti fondamentali della persona (o, più in generale, garantiti da norme sovraordinate) si potrebbero configurare solo nel caso di illeciti perpetrati da organi pubblici, in particolare dalla polizia giudiziaria, o dagli organi inquirenti nella ricerca delle prove e quindi, praticamente, soprattutto nel processo penale, mentre la loro configurabilità non sarebbe affatto scontata nei giudizi puramente civili ove l'illecito è di regola imputabile ad un soggetto privato. La tesi muove dall'assunto che i diritti di libertà da ricondurre alla categoria dei diritti pubblici soggettivi e quindi diretti contro lo Stato, si sostanziano nella pretesa ad un non fare da parte dello Stato e che lo scopo delle norme costituzionali che quei diritti consacrano sia quello di tutelare le libertà individuali dall'attività dei pubblici poteri. Dopotutto, si afferma, è contro gli atti lesivi posti in essere dalla pubblica autorità che il cittadino, per la sua posizione di soggezione, ha maggior bisogno di essere protetto.

Ora, è vero che le disposizioni costituzionali in questione – il riferimento è agli artt. 13 e 14 Cost. – menzionano espressamente gli organi del pubblico potere, ma non senza aver premesso che i valori proclamati sono comunque *inviolabili*. Inoltre, che la nostra Costituzione non si sia limitata ad attribuire al singolo una sfera di libera espansione nei confronti della pubblica autorità risulta dall'impegno a cui sono chiamati tutti gli organi dello Stato a rimuovere gli ostacoli, *da qualunque parte provengano*, che impediscono o limitano, di fatto, il libero sviluppo della personalità. E alla luce di questo principio fondamentale, enunciato nell'art. 3, vanno lette anche le disposizioni contenute negli artt. 13 e 14 come negli artt. 15 e 21 Cost. Una parte autorevole della dottrina giuspubblicistica afferma, del resto, da tempo, che molte norme in tema di diritti di libertà si dirigono non soltanto ai rapporti tra Stato e cittadini ma anche ai rapporti tra cittadini (Barile). Dando espressione al principio della generale vincolatività dei diritti fondamentali, anche la giurisprudenza ha affermato espressamente che la libertà e la segretezza della

corrispondenza sono garantite ad ogni soggetto dell'ordinamento nei confronti di *chiunque* (C. Cost., 18 maggio 2008, n. 149). E giudicando situazioni connesse al contesto familiare si è puntualizzato che i doveri di solidarietà derivanti dal matrimonio non sono incompatibili con il diritto alla riservatezza di ciascuno dei coniugi (Cass. pen. 23 maggio 1994, n. 6727). Non vale obiettare che l'illecito dell'autorità è certamente molto più grave e socialmente più pericoloso di quello del singolo individuo. Così facendo non si tiene sufficientemente conto che il potere è *pubblico* quanto *privato* e che, anche quest'ultimo, è in grado di incidere, col peso dalla sua forza, sui diritti tra i più importanti dei cittadini.

Maggior peso hanno le obiezioni e le critiche di ordine tecnico-dogmatico che si dirigono contro la stessa configurabilità di divieti probatori o di regole di esclusione di diretta derivazione costituzionale. L'affermazione ricorrente in una parte della giurisprudenza, secondo cui i mezzi di prova acquisiti con trasgressione di un precetto costituzionale non possono essere utilizzati nel processo, si basa sull'assunto – peraltro non sempre debitamente argomentato – che la violazione del precetto costituzionale si traduce in una “illiceità” o “illegittimità” che non tocca soltanto il comportamento messo in atto ma contamina anche il mezzo di prova che mediante quel comportamento o quella attività è stato ottenuto, ragion per cui il mezzo di prova non può essere acquisito al giudizio e non può concorrere alla formazione del giudizio di fatto. Le intercettazioni e le registrazioni telefoniche – si legge in una delle pronunce in precedenza ricordate – in quanto violino i limiti del precetto costituzionale sono illegittime e, *come tali*, debbono senz'altro essere escluse dal giudizio.

Il fondamento di una simile affermazione viene contestato in radice da chi nega l'esistenza o la configurabilità di una relazione biunivoca fra acquisizione illecita sotto il profilo sostanziale ed inammissibilità o inutilizzabilità processuale della prova e nega valore nel processo ai precetti di natura sostanziale che non siano convertiti in regole di esclusione processuale, asserendo, per contro, l'autonomia dei giudizi di valore formulati dalle norme sostanziali e dalle norme processuali in ordine allo stesso comportamento o ad attività tra loro connesse (Cordero). Le valutazioni di illiceità o di illegittimità di una condotta alla stregua di una norma extraprocessuale – tra cui sembrerebbero doversi ricomprendere le norme costituzionali “sostanziali” – lascerebbero impregiudicata la valutazione di ammissibilità e/o utilizzabilità dei risultati probatori di quella condotta da formulare esclusivamente sulla base delle norme processuali. Ogni limitazione in tema di ammissibilità ed uso della prova potrebbe derivare unicamente da norme processuali, siano esse esplicitamente formulate dal legislatore, ovvero ricavabili dal sistema.

Pertanto, l'esistenza di uno iato fra l'atto illecito di reperimento o di formazione della prova e l'atto, eventualmente legittimo, con cui essa venga acquisita al processo, conduce a ritenere che, nell'ipotesi di prova precostituita (documento, registrazione magnetofonica), la norma processuale si disinteressa del modo in cui essa sia concretamente raggiunta, limitandosi a disciplinarne le forme di acquisizione al giudizio mentre, nell'ipotesi di prova costituenda (testimonianza, confessione), la norma conferisca

rilievo non già alla norma risultato bensì, piuttosto, alle modalità di assunzione del mezzo di prova. L'illiceità del modo in cui un mezzo di prova è stato acquisito o formato prima ed al di fuori del processo – gli esempi possono essere la captazione segreta di una conversazione privata o una conversazione illegittima – non inciderebbero in alcun modo sull'ammissibilità o sull'efficacia che il mezzo di prova è in grado di assumere nel processo secondo le norme di diritto processuale. Quel modo assumerebbe semmai una propria rilevanza al di fuori della lite in quanto rappresenti un fatto produttivo di autonome conseguenze, ad esempio di diritto penale. Così nel caso di cognizione illecita di comunicazioni o conversazioni telegrafiche sarebbe configurabile la fattispecie criminosa di cui all'art. 617 del Codice penale. Di conseguenza andrebbe punito chi commette l'illecito, ma non escluso dal processo il mezzo di prova, non essendo da quell'illecito e dal relativo giudizio negativo, contaminata la funzione processuale ovvero la sua inidoneità a rappresentare fatti che debbano essere accertati in giudizio a meno che la stessa norma processuale non preveda un esplicito divieto probatorio o regola di esclusione.

Una chiara presa di posizione in tal senso è venuta per anni dalla giurisprudenza in materia tributaria ove si affermava che “il fatto che talune violazioni non comportano la sanzione specifica della inutilizzabilità degli elementi probatori irrualmente acquisiti non significa che la violazione sia priva di conseguenze e che quindi la norma sia *tamquam non esset*. In casi del genere, infatti, le conseguenze sanzionatorie ricadono direttamente sull'autore dell'illecito, sul piano disciplinare e, se del caso, sul piano della responsabilità civile e penale. Non sarebbe giusto che una prova oggettivamente ammissibile, non possa essere utilizzata a causa della negligenza di chi l'ha acquisita. Questo ne dovrà rispondere nelle sedi competenti mentre la prova non subisce gli effetti della illegittimità come conseguenza necessaria dell'eventuale illiceità dell'acquisizione. Si tratta di due diversi profili (uno soggettivo e l'altro oggettivo) che non vanno confusi” (Cass., 19 giugno 2001, n. 8344).

Meno chiaro risulta l'ordine di idee da cui è venuto a muovere il legislatore che, a partire dalla metà degli anni '70, ha via via rafforzato gli strumenti penalistici a presidio della libertà e della segretezza nelle comunicazioni arricchendo le figure criminose in materia (il riferimento è, in particolare, alla l. 8 aprile 1974, n. 98, seguita dalla l. 23 dicembre 1993, n. 547 e 31 dicembre 1996, n. 675). L'obiettivo diretto sembra duplice: attuare quanto la Carta costituzionale impone in termini di riservatezza e di segretezza e far fronte alla necessità di proteggere adeguatamente tali beni dalle nuove forme di aggressione che le rapide e sofisticate evoluzioni tecnologiche rendono possibili e sempre più insidiose. In questo contesto si colloca ad esempio la disposizione dell'art. 617 *bis* c.p., rientrante nella categoria dei “delitti contro la libertà e la segretezza nelle comunicazioni”, con la quale vengono sanzionati, mediante un'ipotesi autonoma di reato, le attività (preparatorie) consistenti nell'installazione di apparecchiature atte ad intercettare ovvero ad impedire comunicazioni telegrafiche o telefoniche, finalizzate alla violazione della riservatezza e della libertà delle comunicazioni e della corrispondenza. La giurisprudenza avrà cura di precisare che, per la configurazione del reato, non è necessario che

l'impedimento o le intercettazioni si siano verificate (per il qual caso trova applicazione l'art. 617 c.p.), essendo sufficiente che l'installazione delle apparecchiature sia idonea a rendere possibile la captazione o l'impedimento di comunicazioni o conversazioni. Conseguentemente, viene considerato punibile ai sensi dell'art. 617 *bis* il marito che, sull'apparecchio telefonico in uso ad entrambi i coniugi, installi apparecchiature atte all'intercettazione delle comunicazioni cui prende parte la moglie al fine di acquisire la prova dell'infedeltà della stessa (Cass. pen. 29 marzo 2001, n. 12655, Cass. pen. 18 marzo 2003, n. 12698).

A presidio della libertà e della riservatezza si pone altresì la disposizione dell'art. 615 bis del codice penale rubricata "interferenze illecite nella vita privata" che incrimina l'indebita captazione di notizie e di immagini attinenti alla sfera privata mediante l'uso di strumenti di ripresa visiva o sonora (cineprese, videocamere, apparecchi magnetofonici). Definendo la sfera normativa del disposto legislativo e la sua tipicità rispetto sia all'art. 617 *bis* che all'art. 617 c.p., la giurisprudenza ha stabilito che "l'indebita registrazione, da parte del marito, di conversazioni tra la moglie e terze persone, avvenute nella casa coniugale, comportando la violazione della riservatezza domiciliare della donna, integra il reato di interferenze illecite nella vita privata, non rilevando la disponibilità di quel domicilio anche da parte dell'autore dell'indebita intercettazione né il suo rapporto di convivenza coniugale con la vittima" (Cass. pen. 8 novembre 2006).

Quanto alla questione di maggiore interesse per la nostra indagine – ovvero la questione della utilizzabilità (e della rilevanza probatoria) nel processo civile, (essenzialmente in quello di separazione personale dei coniugi, di norma per la prova dell'addebito) delle registrazioni e delle intercettazioni indebitamente realizzate o acquisite da uno dei coniugi, nei riguardi dell'altro, essa non viene affrontata o, quantomeno, non viene affrontata direttamente dalla giurisprudenza citata. La Cassazione ha avuto modo di notare che la probabilità dell'utilizzo futuro dei dati registrati attraverso l'intercettazione o captazione è del tutto ininfluyente per il perfezionarsi del reato di cui all'art. 617 c.p., atteso che la condotta si compie con "l'installazione abusiva" di apparecchiature idonee all'intercettazione e questa si coniuga "con l'interesse dell'imputato alla immediata presa di cognizione dei contatti telefonici del coniuge nella situazione conflittuale in atto" (Cass., 29 marzo 2001, n. 12655) ed ha anche notato che "colui che installi apparecchiature atte all'intercettazione delle comunicazioni telefoniche" per acquisire la prova dell'infedeltà del coniuge "non può invocare con successo le scriminanti dell'esercizio di un diritto e della legittima difesa": non l'esercizio del diritto, perché "i doveri di solidarietà derivanti dal matrimonio non sono incompatibili con il diritto alla riservatezza di ciascuno dei coniugi, ma ne presuppongono anzi l'esistenza, dal momento che la solidarietà si realizza solo tra persone che si riconoscono di piena e pari dignità"; non la legittima difesa, ipotizzata facendo leva sul diritto alla fedeltà del coniuge, "in quanto l'aggressione all'altrui diritto alla riservatezza delle comunicazioni non può ritenersi giustificata nel caso in cui si agisca non per impedire l'offesa ingiusta bensì solo per acquisire la prova dell'offesa" (Cass. pen., 23 maggio 1994). "L'utilizzazione definitiva delle conversazioni

captate” è per la giurisprudenza un dato eterogeneo rispetto alla struttura della fattispecie dell’art. 617 *bis* (come pure per la fattispecie dell’art. 615 *bis* c.p.) costituente “un *posterius* rispetto ad un reato già perfetto in ogni suo elemento” (Cass., 29 marzo 2011, n. 12655 cit.). E di questo *posterius* la Corte non intende occuparsi perché in sede di applicazione della fattispecie criminosa risulta irrilevante. L’osservatore potrebbe anche essere indotto a concludere che la giurisprudenza in parola si occupa primariamente di un obiettivo di *prevenzione*: far diventare le figure criminose introdotte a presidio della libertà e della segretezza delle comunicazioni un freno efficace per i coniugi a caccia di prove dell’infedeltà del partner.

Sul fronte del processo civile, dove non operano, per espressa disposizione di legge, i filtri in termini di giudizio di utilizzabilità propri del processo penale, vi è una certa tendenza a riconoscere valore probatorio a qualunque “documento” comunque entrato nel processo, indipendentemente dalle modalità di formazione. Ma la ragione giustificatrice, non sempre debitamente esplicitata, non sembra possa essere tratta dall’assunto tecnicamente raccolto nella cosiddetta “*doppelfunktionelle Betrachtungsweise*” per cui intercettazioni o prese di cognizione eseguite in modo illecito (in particolare in violazione di diritti fondamentali della persona), mentre integrano, sul piano sostanziale, altrettante fattispecie delittuali e incontrano perciò determinate sanzioni penali, non vengono “contaminate”, nella loro funzione processuale – tendente all’accertamento dei fatti di causa o, se si preferisce, volta alla ricerca della verità – da quel giudizio di valore negativo e restano perciò perfettamente acquisibili al giudizio fin tanto che i precetti di natura sostanziale non siano convertiti in regole di esclusione processuale.

Si muove in questo ordine di idee la giurisprudenza di merito che fonda sulla constatata assenza di un “divieto esplicito di utilizzo”, nella disciplina processuale ordinaria, la decisione di considerare pienamente utilizzabili nel processo documenti acquisiti illecitamente da una parte a danno dell’altra o comunque acquisiti in violazione dei precetti contenuti nel Codice della *privacy*, “siccome nel campo delle prove precostituite i momenti di illiceità sono tutti di natura preprocessuale e rimangono perciò salve le conseguenze processuali civili e penali del comportamento illecito che si è consumato che consente la produzione in giudizio di documentazione illecitamente sottratta alla controparte”. Di conseguenza si è ritenuta ammissibile la produzione in un giudizio di divorzio di documentazione clinica attestante lo stato di salute di una delle parti sottratta alla controparte” (Trib. Bari, 16 febbraio 2007).

In altra occasione si è affermato che “indipendentemente dalla rilevanza penale dell’appropriazione indebita”, la utilizzazione in sede giudiziaria del diario processuale illecitamente acquisito in cui la moglie narra le sue relazioni extraconiugali “non costituisce una illecita divulgazione del suo contenuto e l’eventuale pregiudizio della moglie alla sua riservatezza ed alla sua dignità personale è una inevitabile conseguenza della necessità istruttoria di valutare le ragioni delle parti in giudizio di separazione in funzione anche dell’affidamento dei figli minori”. “La tutela dei diritti della personalità

della moglie – si argomentava – resta evidentemente compressa e soccombe all'esigenza di accertare la verità su determinati fatti e circostanze che costituiscono elementi di valutazione del giudice che deve occuparsi della fattispecie in esame” (Pretura Trapani, ord. 20 marzo 1993). Con il che, peraltro, la prospettiva sembra spostarsi dalla configurabilità di divieti probatori di derivazione costituzionale ai limiti di una eventuale regola di esclusione con definizione dei suoi confini di operatività.

Nega che possa configurarsi una fattispecie di abuso dell'immagine altrui (civilmente sanzionabile ai sensi degli artt. 10 c.c. e 98 e ss. della legge sulla protezione del diritto d'autore – l. 22 aprile 1941, n. 633 e ss. modifiche) nel caso della produzione in giudizio di separazione personale di fotografie di una terza persona in atteggiamenti intimi nel talamo coniugale, anche una pronuncia del Tribunale di Roma (sentenza 26 marzo 1982). Nella produzione in giudizio, spiegano i giudici, tutti i soggetti coinvolti sono investiti di una funzione ben precisa avente valenza pubblica e sono anche vincolati ad un uso processuale delle loro conoscenze e non dispongono, per fini propri, del documento prodotto ma se ne servono solo per valutare i fatti di cui quel documento è prova. In sostanza, la riproduzione fotografica, in questo caso, assumerebbe specifici fini difensivi e non fini diversi ed estranei al processo, consentendo ad una parte processuale, nell'esercizio del suo diritto di difesa, di sottoporre alla cognizione del giudice una circostanza che non sarebbe altrimenti provabile con possibile documento della linea difensiva della parte stessa. Al Tribunale, nel caso di specie, non sembra interessare il modo in cui le fotografie siano entrate nella disponibilità della parte che le produce in giudizio, anche se non è del tutto chiaro, nell'ottica del giudice, se il diritto alla prova non deve subire soverchie limitazioni nel caso in cui il documento contenente dati personali di una parte o di un terzo è già nella legittima disponibilità del soggetto che se ne avvale oppure se l'obiettivo primario sia quello di legittimare la immissione nel processo di dati utili a fondare la domanda giudiziale senza attribuire rilevanza alle modalità con cui il documento sia stato ottenuto.

7.5. Prove incostituzionali e la sanzione processuale di inutilizzabilità

Ma torniamo al tema della configurabilità di autonomi divieti probatori di derivazione costituzionale. A nostro avviso, contro l'asserita autonomia dei giudizi di valore formulati da una norma sostanziale e da una norma processuale milita una serie di rilievi che dimostrano l'idoneità dei precetti costituzionali in tema di diritti fondamentali, in particolare i precetti degli artt. 13, 14, 15 e 21, a fondare autentici divieti probatori e non già semplici suggerimenti offerti al legislatore ordinario affinché traduca in norme processuale le direttive genericamente impartitegli.

In primo luogo, va tenuto conto del tenore letterale degli artt. 13, co. 3, 14, co. 2, 21 co. 4 Cost., i quali dispongono che certi atti lesivi della libertà personale, domiciliare e di manifestazione del pensiero non tempestivamente convalidati dall'autorità giudiziaria,

“restano privi di ogni effetto”. Questi precetti avrebbero sapore di enunciazioni retoriche qualora la loro violazione non fosse accompagnata dall'altra sanzione dell'inefficacia probatoria del materiale raccolto. Lo stesso vale per l'art. 15 Cost. che garantisce la libertà di corrispondenza e di comunicazione anche se, nella sua formulazione letterale, non ripete la indicata formula.

In secondo luogo, i precetti costituzionali in se stessi non sono né sostanziali né processuali: o meglio sono indifferentemente suscettibili dell'una o dell'altra qualificazione data la loro natura di norme di garanzia che li sottrae al dominio cui sottostà la norma ordinaria e quindi integrano un qualcosa di più e di diverso rispetto ad ogni altra proposizione normativa, un *quid* che li colloca al di sopra e al di fuori dalla tradizionale contrapposizione tra diritto sostanziale e diritto processuale.

In terzo luogo, non va esclusa la possibilità di costruire un concetto di “conformità alla Costituzione” e del suo correlativo negativo di “contrarietà alla Costituzione” come base comune di valutazione sia di un certo comportamento sia dei risultati del medesimo. È da ritenere, anzi, che tale possibilità sia una caratteristica saliente degli ordinamenti che hanno costituzionalizzato i diritti fondamentali dell'uomo e che hanno fatto delle norme costituzionali non solo i criteri di misura della validità delle leggi comuni, ma la base normativa unitaria dell'ordinamento giuridico dalla quale si può trarre l'unità di misura di ogni atto sostanziale o processuale che sia.

Sulla base di queste premesse, la regola dei divieti probatori può essere così formulata: la illiceità dell'azione volta a formare o ad acquisire la prova quando si configura quale contrarietà a norme costituzionali, si traduce nella inammissibilità o inutilizzabilità in giudizio della prova medesima. I risultati dell'azione illecita restano però esclusi solo se questa si sostanzia in una violazione dei valori costituzionali e non anche quando si configura soltanto come contrarietà a norme ordinarie sempre che queste ultime non rappresentino una esplicita concretizzazione dei precetti fondamentali. Matrice dei divieti probatori non è una teoria della “contaminazione pan-processuale” quale effetto collaterale dell'illiceità di natura sostanziale, bensì il concetto di “contrarietà alla Costituzione” quale giudizio di valore comune ai vari settori dell'ordinamento giuridico e sovraordinato alla distinzione fra norme sostanziali e norme processuali.

Aperture rassicuranti in questo senso provengono dalla giurisprudenza della Corte costituzionale che, in varie occasioni, ha voluto richiamare e riaffermare il monito della sentenza n. 34 del 1973, allorché ha avvertito che “non possono validamente ammettersi in giudizio mezzi di prova che siano stati acquisiti attraverso attività compiute in violazione delle garanzie costituzionali poste a tutela dei fondamentali diritti dell'uomo e del cittadino” (così sent. 11 marzo 1993, n. 81) e che “le attività compiute in dispregio dei diritti fondamentali del cittadino non possono essere assunte di per sé a giustificazione e fondamento di atti processuali a carico di chi quelle attività costituzionalmente illegittime abbia subito” (sent. 16 maggio 2008, n. 149). Inoltre, con specifico riferimento alla

garanzia dell'art. 14 la stessa Corte, sollecitando il giudice rimettente a "riconsiderare" la soluzione interpretativa prospettata, ha ricordato che la Carta fondamentale ben può costituire fonte diretta di divieti probatori in assenza di una norma legislativa interposta (sent. 149/2008).

Anche più esplicita, a tale riguardo, risulta una recente giurisprudenza in materia tributaria, la quale è giunta a sancire l'inutilizzabilità delle prove acquisite dall'amministrazione finanziaria nel corso di un accesso domiciliare illegittimo sulla base del principio dell'inviolabilità del domicilio prescritto dalla costituzione. Si legge nella sentenza della Cassazione, sez. trib., 1° ottobre 2004, n. 19689: "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 c.p.p., la inutilizzabilità in questione discende dal valore stesso dell'inviolabilità del domicilio solennemente consacrato nell'art. 14 Cost.". Alla stessa conclusione perviene la più recente sentenza n. 26454 del 4 novembre 2008, ove si osserva che la norma di garanzia dell'art. 14 della Costituzione che prescrive l'inviolabilità del domicilio ben può essere posta a fondamento della inutilizzabilità delle prove acquisite in sua violazione, essendo prescrizione vincolante per qualsiasi ambito del diritto.

7.6. I frutti dell'albero velenoso: il problema dell'inutilizzabilità derivata. Le ambiguità della giurisprudenza penale

Un problema molto complesso e delicato, riguardante i divieti probatori in genere e non solo quelli di derivazione costituzionale concerne, per usare una formula tratta dall'esperienza giuridica nordamericana, i frutti dell'albero velenoso – *the fruits of the poisonous tree*. In altri termini, si tratta di vedere se gli effetti del divieto probatorio e la correlata regola di esclusione debbano o meno estendersi alle prove indirettamente derivanti dall'attività illecita. In pratica, non è del tutto infrequente che da un arbitraria intercettazione, oltre ai risultati immediati dell'iniziativa, vengano alla luce altri mezzi di prova che ne rappresentano una conseguenza indiretta o che da un documento fraudolentemente sottratto alla controparte emergano indicazioni su persone da sentire come testimoni. È chiaro che i mezzi di prova rinvenuti sulla traccia dei primi, se isolatamente considerati, non sono affetti da alcuna illiceità e potrebbero quindi venire regolarmente acquisiti al giudizio. Ci si domanda però se non sia doveroso ritenere che, in virtù di una specie di "azione a distanza", ogni prova, il cui ottenimento sia anche soltanto un effetto incidentale dell'illiceità originariamente connessa, debba essere considerata non ammissibile.

Il codice di procedura penale che contiene una regola generale di inutilizzabilità delle prove illegittime o illegittimamente acquisite "in violazione dei divieti stabiliti dalla legge" (art. 191 c.p.p.) non riconosce esplicitamente la inutilizzabilità derivata. Si potrebbe dire però che nella regola dell'inutilizzabilità è implicito, per definizione, che il difetto si

propaghi e che la inutilizzabilità ha poco senso se non viene correlata agli atti successivi. Una risposta differenziata alla questione se la inutilizzabilità si trasmetta da una prova o da un mezzo di ricerca della prova invalida a quelle successivamente raccolte, viene dalla giurisprudenza che suggerisce di distinguere le situazioni in cui il rapporto tra le prove o il mezzo di ricerca della prova e le prove che ne rappresentano una conseguenza indiretta abbia un carattere puramente *occasionale* e *storico* da quelle in cui il rapporto intercorrente tra il precedente invalido e le prove successive sia di natura *causale* e *logico-giuridica*. Soltanto nei casi in cui si sia in presenza di un nesso funzionale tra le prove, la inutilizzabilità potrebbe ripercuotersi sugli atti probatori conseguenti. Il criterio è suggestivo e lineare, ma la sua applicazione non ha portato a risultati rassicuranti, come dimostra l'esperienza giurisprudenziale in tema di perquisizione illegittima e sequestro conseguente nel processo penale.

Pronunce meno recenti della Cassazione (ad es. Cass. 22 settembre 1995), muovendo dalla presenza di uno stretto rapporto funzionale tra l'atto di ricerca della prova – la perquisizione – e l'atto di materiale apprensione della medesima – il sequestro – che pur mantengono la loro autonomia strutturale, concludevano che la illegittimità dell'una non può non estendersi al secondo sì da determinare, ai sensi della regola generale contenuta nell'art. 191, la derivata inutilizzabilità della prova acquisita tramite la perquisizione. La presenza del nesso teleologico o funzionale tra la perquisizione iniziale ed il successivo sequestro di prove – argomentavano i giudici - non permette di escludere che l'accertata illegittimità di quell'iniziale perquisizione non possa propagarsi sul sequestro determinando la inutilizzabilità della prova acquisita con un atto causalmente dipendente.

La giurisprudenza successiva, invece, è giunta a smentire tale risultato senza peraltro sostenere apertamente che la *consecutio* si risolve in una sequenza puramente cronologica. Si argomenta però che le sorti processuali delle due attività rimangono svincolate in quanto l'accertata illegittimità della perquisizione effettuata senza l'autorizzazione del magistrato, e non nei casi e nei modi stabiliti dalla legge, – e quindi in violazione dei diritti di libertà del cittadino – “non produce alcun rilievo preclusivo qualora vengano acquisite cose costituenti corpo del reato o a questo pertinenti, dovendosi considerare che il potere di sequestro in quanto riferito a cose obiettivamente sequestrabili, non dipende dalla modalità con le quali queste sono state reperite ma è condizionato unicamente dall'acquisibilità del bene”. Per la Cassazione, “il sequestro del corpo del reato o delle cose pertinenti al reato, costituendo un atto dovuto, rende del tutto irrilevante il modo in cui ad esso si sia pervenuti (così la “storica” pronuncia delle Sezioni Unite, 27 marzo 1996, seguita, tra le tante, da Cass. pen., 30 gennaio 2006, n. 3626).

Negando cittadinanza alla dottrina dei frutti dell'albero velenoso, altre volte si è detto che l'inutilizzabilità ex art. 191 c.p.p. presuppone “la presenza di una prova vietata per la sua intrinseca illegittimità oggettiva ovvero per effetto del procedimento acquisitivo la cui manifesta illegittimità la pone al di fuori del sistema processuale” (Cass. pen., 9

gennaio 2004). In realtà, non è difficile notare che dietro questo indirizzo, riassumibile con l'antico brocardo *male captum bene retentum*, sta la preoccupazione di circoscrivere la portata delle regole di esclusione in modo da non disperdere, oltre il dovuto, materiale probatorio "prezioso per la decisione": preoccupazione legittima e degna di attenta considerazione che però sembra più correttamente attuabile attraverso un attento bilanciamento dei valori in gioco che abbia riguardo alla natura dell'illegittimità commessa e all'entità della lesione occorsa e non ammetta invece prove reperite con modalità gravemente lesive di valori fondamentali della persona, prospettando un dovere di sequestrare cose pertinenti al reato con assoluto disinteresse in ordine alle modalità operative seguite dagli investigatori.

Lo stesso rilievo vale per la giurisprudenza che esclude che gli effetti della intercettazione illegittima possano estendersi anche al risultato indiretto che da quella abbia preso vita (alla fonte di prova, cioè, che da questa sia stata propiziata) anch'essa guidata dalla preoccupazione che l'adozione di una inutilizzabilità derivata possa ostacolare in maniera eccessiva il perseguimento delle finalità del processo – e cioè portare all'esclusione di importanti elementi di prova – rendendo vana la persecuzione dei reati e l'accertamento della verità reale. Si è così deciso (Cass. pen., 26 marzo 1996) che il contenuto delle intercettazioni dichiarate inutilizzabili ma confermato e contestato in sede di interrogatorio da parte delle persone individuate tramite quelle intercettazioni e poi indagate ed imputate di specifici reati, possono essere validamente utilizzate in giudizio. Ciò che, nel caso in esame, viene utilizzato come elemento di prova – si spiegava in quella decisione, prefigurando una sorta di sanatoria sopravvenuta – non sono le intercettazioni telefoniche in sé e per sé dichiarate inutilizzabili, ma le dichiarazioni rese dagli imputati in sede di interrogatorio, anche se queste riproducono il contenuto della conversazione telefonica intercettata. Recepito il contenuto dell'atto inutilizzabile nell'atto utilizzabile, è quest'ultimo a determinarne le sorti probatorie. La forza probatoria dell'interrogatorio viene ricollegata esclusivamente al contenuto delle dichiarazioni rese dagli imputati mentre il rapporto tra l'interrogatorio e le precedenti intercettazioni inutilizzabili viene considerato di natura occasionale, accidentale o cronologico.

In tal modo si trascura però che l'offesa al valore costituzionalmente protetto si perfeziona sia che venga utilizzato il risultato immediato dell'azione illecita, sia che ci si avvalga degli ulteriori mezzi o elementi di prova ottenuti in conseguenza di quell'azione. Se l'atto è viziato i suoi derivati non dovrebbero entrare senza limiti nel corredo delle prove. Dopotutto, ciò che è in gioco non è solo il buon esito del processo (ovvero dell'attività di persecuzione dei reati), ma anche la credibilità del sistema giustizia e la fiducia in esso riposta: l'una e l'altra rischiano di venir meno se si consente al giudice di ammettere tranquillamente prove acquisite con modalità lesive dei diritti fondamentali dell'uomo e di fondare su di esse la decisione della causa.

8. Prove illecite e contenzioso del lavoro: acquisizioni probatorie mediante impianti audiovisivi e sistemi informatici.

8.1. L'art.4 dello Statuto dei lavoratori. L'installazione di impianti di sorveglianza tra tutela della libertà dei lavoratori ed esigenze organizzative dell'impresa.

Un settore della giustizia civile che, specie in epoca recente, ha costituito terreno fertile per il confronto con la tematica delle prove illecite e, in particolare, delle prove acquisite in violazione di un divieto normativo disegnato a tutela di diritti costituzionalmente garantiti, è rappresentato dal contenzioso del lavoro, in ispecie in materia di licenziamenti per giusta causa, in cui la parte attrice (il datore di lavoro) a sostegno delle proprie allegazioni introduce, come elementi di prova, dati e conoscenze acquisite nell'ambito dell'attività di sorveglianza della prestazione dei lavoratori attraverso strumenti di controllo, quali impianti audiovisivi installati all'interno dell'azienda, o attraverso apparecchiature e sistemi informatici.

Il fenomeno e la relativa problematica - come è facile capire - si collocano nel quadro della tensione esistente tra esigenze eterogenee ed in parte confliggenti, quali le ragioni organizzative e produttive dell'impresa comprensive della necessità di un controllo sulle prestazioni dei lavoratori, da un lato, e la tutela della personalità del lavoratore anche nei luoghi dove svolge le sue mansioni, dall'altro. Il fenomeno e la relativa problematica sono diventati sempre più complessi e controversi sia per l'evoluzione dei sistemi di produzione e dei modelli organizzativi dell'impresa sia per l'affermarsi, con lo sviluppo tecnologico, di una pluralità di strumenti sempre più sofisticati ed intrusivi di controllo e di vigilanza.

Fondamentale per l'inquadramento normativo della tematica rimane il dettato dell'art. 4 dello Statuto dei diritti dei lavoratori ora richiamato anche dall'art. 114 del Codice della *privacy* (d. lgs. n. 196/2003). La norma si articola in due disposizioni.

Il primo comma stabilisce il divieto di installazione per effettivo uso di “ impianti audiovisivi e di altre apparecchiature per finalità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori “.

Scopo della norma è di evitare che il controllo sull'operato dei dipendenti in azienda possa risultare lesivo della loro dignità e riservatezza. Come più volte ricordato dai giudici anche di legittimità mediante il richiamo alla Relazione ministeriale di accompagnamento allo Statuto dei lavoratori : “la vigilanza sul lavoro, ancorché necessaria nell'organizzazione produttiva, va mantenuta in una dimensione umana, cioè non esasperata dall'uso di tecnologie che possono rendere la vigilanza stessa continua e anelastica, eliminando ogni zona di riservatezza e di autonomia nel svolgimento del lavoro” (Cass., 17 giugno 2000, n. 8250).

Ponendo il divieto con riguardo generale alla “attività dei lavoratori“ e non alla più circoscritta e definita “attività lavorativa del dipendente” di cui è parola ad esempio negli

articoli 2 e 3 dello Statuto, la norma intende riferirsi al complessivo comportamento tenuto dal lavoratore in azienda sia nel tempo in cui è impegnato ad adempiere all'obbligazione lavorativa sia durante le pause del lavoro. In altre parole, *l'oggetto* del divieto di controllo non è circoscritto all'attività lavorativa dei dipendenti, ma è esteso alla più ampia "attività dei lavoratori".

In applicazione di tali principi si è ritenuto inammissibile l'installazione unilaterale, di sistemi di video-sorveglianza in luoghi riservati esclusivamente ai lavoratori, benché non destinati ad attività lavorativa, quali bagni, spogliatoi, docce, armadietti e luoghi ricreativi, in ragione della potenziale lesività dei beni protetti (riservatezza e dignità dei dipendenti), prodotta da particolari comportamenti del datore di lavoro. Lo stesso vale per le telecamere collocate nei luoghi di lavoro, anche se non destinate a riprendere i posti di lavoro dei dipendenti. (Cass., 16 settembre 1997, n. 9211).

Quanto al concetto di apparecchiature di controllo, si ritiene comunemente che la previsione di cui all'art. 4 ricomprenda tutti gli strumenti in grado di captare informazioni o di acquisire diretta conoscenza dell'attività dei dipendenti, così ad esempio, gli apparecchi da cui può derivare un controllo a distanza dell'attività lavorativa come i centralini telefonici in grado di registrare e di riprodurre su tabulati i numeri telefonici chiamati, l'ora, la data e la durata delle conversazioni di un determinato lavoratore. Lo stesso può dirsi dei programmi informatici che consentono il monitoraggio delle *e-mails* o degli accessi a *internet*, dato che in ragione delle loro caratteristiche, consentono al datore di lavoro di controllare a distanza, e in via continuativa, durante la prestazione, l'attività lavorativa e se la stessa sia svolta in termini di diligenza e di corretto adempimento.

Va subito precisato, però, che l'uso di tali strumenti di controllo non cade necessariamente sotto il divieto assoluto del primo comma dell'art. 4 dello Statuto. L'impiego di tecnologie informatiche, come la connessione ad *internet* e l'impiego della posta elettronica, costituiscono ormai parte integrante ed inevitabile degli strumenti di lavoro e dei modi produzione e di organizzazione del lavoro. Inoltre, l'installazione e l'uso di determinati apparecchi o sistemi di controllo a distanza possono rendersi necessari per la salvaguardia di cose o persone e per garantire adeguati livelli di sicurezza della e nella impresa.

Il legislatore ne ha tenuto conto stabilendo al 2° comma dell'art. 4 Statuto che gli impianti e le apparecchiature di controllo, possono essere adottati per "esigenze organizzative o produttive o di sicurezza del lavoro", anche se dagli stessi "derivi la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori". Nello stesso tempo ha avuto cura di affidare il bilanciamento tra le esigenze organizzative dell'impresa come pure dell'interesse alla sicurezza e alla conservazione dei beni produttivi aziendali, da un lato, e il diritto dei lavoratori alla riservatezza ed al rispetto della propria dignità, dall'altro, ad un meccanismo di tutela preventivo che sottopone il potere organizzativo dell'imprenditore al consenso di organismi sindacali qualificati o ad una determinazione del pubblico ufficio

relativamente alle necessità di ricorrere ad un controllo di tale tipo nonché alle modalità della sua attuazione. Avverte l'art. 4 comma 2 dello Statuto:

l'installazione delle apparecchiature di controllo può avvenire soltanto “previo accordo con le rappresentanze sindacali aziendali, o in mancanza di queste, con la commissione interna”, mentre, se l'accordo non viene raggiunto “può provvedere al riguardo l'Ispettorato del lavoro ad istanza del datore di lavoro. Il coinvolgimento delle rappresentanze sindacali è inteso a garantire una verifica efficace sia delle finalità effettivamente perseguite dal datore di lavoro, sia della congruità rispetto ad esse degli strumenti di cui questi propone l'utilizzazione.

I due nodi interpretativi della normativa in esame che hanno maggiormente impegnato dottrina e giurisprudenza, riguardano:

a) la individuazione dei controlli che devono ritenersi fuori dall'ambito del divieto di cui all'art. 4 comma 1 e non condizionati al rispetto delle regole procedurali di cui all'art. 4 comma 2 Statuto;

b) la determinazione dell'utilizzabilità o meno ai fini probatori dei dati conoscitivi acquisiti sulla base di controlli illeciti.

La giurisprudenza ha escluso che rientrino nel divieto dell'art. 4 gli accertamenti operati dal datore di lavoro, anche attraverso riproduzioni filmate, diretti a tutelare il proprio patrimonio aziendale al di fuori dell'orario ed all'esterno dei luoghi di lavoro contro possibili atti penalmente illegittimi compiuti da terzi, compresi i propri dipendenti (Cass., 3 luglio 2001 n. 8998) ed ha affermato che devono ritenersi fuori dall'ambito di applicazione della norma i controlli diretti ad accertare condotte illecite del lavoratore (cosiddetti controlli difensivi), quali, ad esempio i sistemi di controllo dell'accesso ad aree riservate o, appunto, gli apparecchi di rilevazione di telefonate ingiustificate (Cass., 2 marzo 2002, n. 3039).

Si parla al riguardo di *controlli difensivi*: categoria concettuale di non agevole delimitazione, se si considera che il controllo sull'eventuale comportamento illecito consente spesso di accertare contestualmente anche l'adempimento della prestazione lavorativa o degli altri obblighi che gravano sui dipendenti e che la inapplicabilità dell'art 4 Statuto presuppone non soltanto che siano tutelati beni estranei al rapporto di lavoro, ma anche che la potenzialità di un controllo indiretto sull'attività, non unicamente lavorativa dei dipendenti in orario e nei luoghi di lavoro, sia certamente esclusa. Non sorprende quindi che incertezze ed interrogativi siano emersi soprattutto con riguardo ai controlli a distanza attuati con mezzi tecnologici o informatici, sia per quanto riguarda la possibilità di una loro installazione unilaterale senza l'osservanza della garanzia procedurale prevista dal 2° comma dell'art 4 Statuto, sia in ordine all'efficacia da attribuire alle conoscenze acquisite attraverso l'uso di quelli strumenti.

8.2. Il monitoraggio degli accessi ad internet e il problema dell'utilizzabilità in sede giudiziale dei dati acquisiti mediante controlli illeciti.

L'intero corpo normativo dello Statuto – notava Luigi Mengoni – muove da una posizione critica nei confronti dell'ideologia tecnocratica e tende ad impedire che il senso del processo evolutivo della moderna società tecnologica si esaurisca nella sua funzione interna di razionalizzazione del progresso, cioè dei valori immediati della efficienza, proponendo invece l'imperativo di commisurarli costantemente a un fine trascendente integrato nella totalità dei valori propri della persona.

Di questa *policy* si è resa interprete la Corte di cassazione intervenendo, di recente, sulla questione del controllo sugli accessi ad *internet* dei lavoratori attraverso un apposito *software* denominato “Super scout”: “i programmi informatici che consentono il monitoraggio della posta elettronica e degli accessi ad internet sono strumenti di controllo allorquando consentono al datore di lavoro di controllare a distanza e in via continuativa l'attività lavorativa. In tal caso, la loro installazione è soggetta alla disciplina di cui all'art. 4 Statuto. La violazione di tale disciplina rende inutilizzabili i dati acquisiti per eventuali sanzioni disciplinari “ (Cass., 23 febbraio 2010, n. 4375) .

Nell'occasione la Corte ha ripreso l'affermazione di una precedente pronuncia nella quale si avvertiva che “la insopprimibile esigenza di evitare condotte illecite da parte dei dipendenti non può assumere portata tale da giustificare un sostanziale annullamento di ogni forma di garanzia della dignità e riservatezza del lavoratore, per cui tale esigenza non consente di espungere dalla fattispecie astratta i casi cd. di controlli difensivi, ossia di quei controlli diretti ad accertare 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 stesso “ (Cass., 17 luglio 2007, n. 15892).

Nel caso di specie, giunto all'esame dei giudici di legittimità, si discuteva del licenziamento per giusta causa di una lavoratrice cui era stato contestato il reiterato accesso al sistema informatico aziendale e alla funzione *internet* per ragioni non di servizio, in violazione della *policy* interna, con la quale – premessa la regola dell'esclusiva destinazione degli strumenti informatici aziendali alle esigenze di servizio – veniva *inter alia* comunicato ai dipendenti il perentorio divieto di “accesso a detti sistemi e tanto meno di utilizzo dei medesimi per fini diversi”. A supporto del contestato comportamento, il datore di lavoro si era avvalso delle rilevazioni registrate dal programma informatico *Super scout* che consente di acquisire automaticamente tutte le navigazioni in rete dei dipendenti autorizzati all'utilizzo del *web* e di tenere in memoria gli ultimi due mesi di navigazione. Nel caso concreto i tabulati venivano con cadenza periodica consegnati al direttore del personale.

Il Tribunale di Milano, pronunciandosi sul caso in prima istanza concludeva che l'utilizzo di un *software* che garantisce al datore la possibilità di verificare a distanza, ossia

senza una immediata percezione del controllo da parte del dipendente che ne è destinatario, momento dopo momento, in tempo reale così come *a posteriori* (fino appunto a due mesi) i siti visitati insieme alla cadenza, durata e frequenza di tutti i collegamenti effettuati da un dato computer e, pertanto, l'afflusso di informazioni inevitabilmente estese anche ai tempi ed alle modalità di svolgimento per l'attività lavorativa, costituisce una condotta vietata dall'art. 4, comma 2, Statuto. Di conseguenza dovevano ritenersi inutilizzabili, ai fini disciplinari e processuali, i dati acquisiti dal datore di lavoro senza il rispetto delle regole della procedura co-determinativa che condizionano la legittimità del controllo, per quanto indiretto, esercitato sull'attività di lavoro dei propri addetti. (Trib. Milano, 31 marzo 2004)

La Corte di appello confermava la pronuncia argomentando che “i programmi informatici che consentono il monitoraggio della posta elettronica e degli accessi *internet* sono necessariamente apparecchiature di controllo nel momento in cui, in ragione delle loro caratteristiche, consentono al datore di lavoro di controllare a distanza e in via continuativa durante la prestazione l'attività lavorativa e se la stessa sia svolta in termini di diligenza e corretto adempimento (se non altro... sotto il profilo del rispetto delle direttive aziendali)“. Anche se tale controllo a distanza non ricade sotto il divieto assoluto ed inderogabile di cui al primo comma dell'art. 4 Statuto, in quanto appare meritevole di tutela la finalità di proteggere “da aggressioni informatiche esterne“ il sistema informatico aziendale, con possibile necessità di monitorare gli accessi verso l'esterno, il ricorso alle apparecchiature in parola per il controllo a distanza all'insaputa dei lavoratori “è comunque condizionato al rispetto della regola procedimentale di cui all'art. 4 comma 2 Statuto “. (App. Milano, 30 settembre 2005).

A fronte di questa ricostruzione sul piano sostanziale della illiceità del controllo operato dal datore di lavoro, per la Corte milanese era “ineludibile” la conseguenza processuale che “ai dati acquisiti in violazione dell'art. 4 comma 2 Statuto *non può essere attribuito alcun valore probatorio* e pertanto non sono utilizzabili in giudizio“.

L'iter argomentativo e la conclusione della Corte di appello milanese hanno trovato conferma nella già citata pronuncia della Cassazione del 23 febbraio 2010, n. 4375 che così ha preso le distanze, anche se in modo alquanto *tranchant*, dalla lettura proposta in materia da una parte della giurisprudenza di merito.

Questo diverso indirizzo, muove anzitutto da un diverso bilanciamento dei valori in gioco, osservando che “la *privacy* è bene troppo prezioso, anche per le sue implicazioni di ordine costituzionale, per immaginare che la sua garanzia possa innestarsi su condotte che contravvengono ai doveri professionali ed essere quindi terreno per coprire attività abusive e mezzo per evitare strumentalmente di doverne rispondere“. Riguardo all'utilizzabilità dei dati reperiti in base al controllo tramite sistema informatico, esso sostiene che la violazione della disciplina di carattere sostanziale “non si converte automaticamente in divieto probatorio per il giudice, ancorché nel processo risultino prodotti atti, documenti o provvedimenti basati su trattamento di dati personali non conformi a disposizioni di legge

o di regolamento “ (Trib. Torino, 28 settembre 2007).

In modo simile, ancorché con tono più categorico, si è affermato che “le conseguenze di una eventuale violazione dell’art. 4 comma 2 Statuto appaiono ben lontane dal poter infirmare la valenza probatoria sul piano civilistico dei documenti (nel caso di specie: le immagini riprese da una telecamera) conseguiti in suo dispregio (Trib. Napoli, 3 maggio 1994).

Senza nemmeno porsi il problema dell'applicabilità della previsione dell’art. 4 Statuto al monitoraggio degli accessi ad *internet*, si è anche deciso che “ il comportamento del lavoratore, consistito in un collegamento quotidiano alla rete *internet* per più ore al giorno in assenza di effettiva necessità lavorativa, costituisce un rilevante inadempimento degli obblighi di diligenza e integra una giusta causa di licenziamento. Il datore di lavoro può fornire la prova dei collegamenti contestati, oltre che mediante testimoni, anche attraverso l’allegazione dei dati forniti dal *provider* (ossia dall’impresa informatica che fornisce l’accesso a internet e si occupa della gestione dei servizi per il cliente) circa gli accessi alla rete provenienti da ogni singola postazione di lavoro “ (Trib. Milano 8 giugno 2001). La pronuncia non ha ritenuto di dover verificare in modo adeguato la legittimità del controllo tecnico svolto, ritenendo evidentemente che i controlli tramite apparecchiature informatiche possano sfuggire alle rigide maglie statutarie. In realtà, è proprio questo assunto che viene contrastato dall’insegnamento suggellato nel 2010 dalla Corte di cassazione per cui:

“in tema di controllo del lavoratore, le garanzie procedurali imposte dall’art. 4, comma 2 Statuto espressamente richiamato anche dall’art. 114 del decreto legislativo n. 196 del 2003 e non modificato dall’art. 4 della l. n. 547 del 1993 che ha introdotto il reato di cui all’art. 615 *ter.* c.p.) per l’installazione di impianti ed apparecchiature di controllo richiesti da esigenze organizzative e produttive ovvero dalla sicurezza del lavoro, ma dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell’attività del lavoratore, trovano applicazione anche ai controlli così detti difensivi; ovvero sia a quei controlli diretti ad accertare comportamenti illeciti dei lavoratori, quando tali comportamenti riguardino l’adempimento delle obbligazioni discendenti dal rapporto di lavoro e non la tutela dei beni estranei al rapporto stesso, dovendo escludersi che l’insopprimibile esigenza di evitare condotte illecite da parte dei dipendenti possa assumere portata tale da giustificare un sostanziale annullamento di ogni forma di garanzia della dignità e riservatezza del lavoratore”(Cass., n. 4375/2010)²⁰.

²⁰ L’inutilizzabilità delle risultanze probatorie nell’ambito di controversie di lavoro non sana però la illiceità della condotta del lavoratore e non esclude quindi che l’illecito possa essere provato altrimenti. E non sembra nemmeno escluso che quelle risultanze probatorie possano essere utilizzate ove dal comportamento del lavoratore derivi una responsabilità aquiliana per il danno causato ai beni aziendali e/o per il danno subito dal datore di lavoro (App. Ancona, 1 agosto 2003; Trib. Milano, 18 marzo 2006). Quanto ai dati e alle conoscenze acquisite mediante strumenti di controllo a distanza disposti in conformità alle previsioni dell’art.

In applicazione di tale principio la stessa Corte esclude l'utilizzabilità nell'ambito delle controversie di lavoro, quali fonti di prova di comportamenti inadempienti o illeciti del lavoratore dei dati di conoscenza acquisiti mediante controlli disposti in violazione delle previsioni statutarie dettate a tutela dei beni fondamentali della persona quali la dignità morale e la riservatezza.

Per la giurisprudenza in parola la inutilizzabilità degli elementi probatori consegue alla loro formazione o acquisizione in violazione di uno specifico divieto (nel caso di specie: il divieto sancito dall'art. 4 Statuto) anche se la norma violata non prevede tale sanzione, trattandosi nel caso in questione di lesione di diritti (o beni della persona) tutelati dalla Costituzione. L'obiettivo è di arginare forme di esercizio del potere di controllo del datore di lavoro lesive della dignità del lavoratore. Sul piano tecnico-ricostruttivo, la soluzione dell'inutilizzabilità in giudizio dei dati illecitamente raccolti meriterebbe più articolata motivazione e giustificazione come abbiamo in precedenza evidenziato.

8.3 Male captum bene retentum: prove utilizzabili in mancanza di una specifica regola di esclusione.

Non deve sorprendere, e in parte lo abbiamo già anticipato – che le risposte giurisprudenziali sul tema dell'utilizzabilità o meno del materiale probatorio raccolto attraverso apparecchiature di controllo non sono sempre lineari. Divergenze si notano anzitutto tra la giurisprudenza in materia civile e quella in materia penale.

Quest'ultima, in parte significativa, ritiene che le maglie dei controlli difensivi che non richiedono la procedura prevista dalla normativa statutaria possano allargarsi quando la condotta illecita del dipendente assume la configurazione del reato e, conseguentemente esclude la configurabilità di un divieto probatorio. Si è così affermato che “gli artt. 4 e 38 dello Statuto implicano l'accordo sindacale ai fini di riservatezza dei lavoratori nello svolgimento dell'attività lavorativa, ma non implicano il divieto dei così detti controlli difensivi del patrimonio aziendale da azioni delittuose da chiunque provenienti”. Pertanto, in tal caso non si è ravvisata “inutilizzabilità ai sensi dell'art. 191 c. p. p. di prove di reato acquisite mediante riprese filmate ,ancorché sia perciò imputato un lavoratore subordinato”(Cass.pen., 1° giugno 2010, n. 20722).

Nel caso di specie un datore di lavoro, titolare di bar, aveva acquisito la prova dell'appropriazione indebita di banconote da parte della propria cassiera attraverso le video-riprese effettuate con telecamere installate all'interno del bar. La cassiera imputata nel

4 comma 2 Statuto, l'opinione prevalente in dottrina è nel senso di ritenerli inutilizzabili ai fini dell'accertamento dell'esatto adempimento della prestazione lavorativa e di considerarli invece utilizzabili ove il comportamento del lavoratore configuri un illecito civile o penale (Trib. Milano, 31 marzo 2004).

procedimento penale, aveva eccepito la inutilizzabilità delle video-riprese, attesa l'installazione delle videocamere senza la procedura co-determinativa di cui all'art. 4 Statuto. La Suprema Corte ha invece ritenuto "ammissibile" la prova contestata sulla base della ragione – a dire il vero, alquanto sintetica – secondo cui "la finalità di controllo a difesa del patrimonio aziendale non è da ritenersi sacrificata dalle norme dello Statuto dei lavoratori". E' stato notato che nel caso di specie la Corte ha adottato "un atteggiamento molto pragmatico e tarato sul caso di specie: per un giudice dev'essere alquanto complicato mandare assolto un imputato che – in più video-riprese - attinge a piene mani dalla cassa del proprio datore di lavoro(...)". Ma si è anche aggiunto, giustamente, che "bisogna resistere alla tentazione di bypassare *de plano* le maglie statutarie a fronte di condotte illecite, magari anche penalmente, del lavoratore "(Barroco-Stitzia).

L'esigenza di preservare l'integrità del patrimonio e di accertare la commissione di illeciti da parte dei dipendenti, se è certamente meritevole di tutela, è però anche assimilabile alle altre ragioni imprenditoriali enunciate dall'art. 4 comma 2 Statuto (" esigenze produttive ed organizzative o sicurezza del lavoro ") e perciò ragionevolmente da ricomprendere nell'ambito dell'applicazione della citata disposizione. E così anche l'installazione della telecamera, pur dotata da finalità difensive, ma nello stesso tempo idonea a realizzare anche un controllo pervasivo sulla persona del lavoratore, avrebbe dovuto essere preceduta dall'esperimento della procedura di cui all'art.4, comma 2 Statuto posta a presidio della riservatezza dei lavoratori quale valore costituzionalmente garantito. In tal senso si era mossa del resto una precedente pronuncia della Cassazione che aveva escluso il fotogramma illegittimamente conseguito mediante l'uso della telecamera non installata nel rispetto dell'art 4 Statuto quale fonte di prova nei giudizi del risarcimento dei danni derivanti dalla sottrazione di somme custodite nella cassa di un pubblico esercizio. (Cass., 17 giugno 2000, n. 8250).

Tra le ragioni che portano i giudici penali ad affrontare la problematica dei controlli difensivi e quella collegato delle prove acquisite in modo illecito, in modo diverso dai giudici civili vi è sicuramente la considerazione dell'"esigenza di ordine pubblico relativa alla prevenzione dei reati ove vi siano concreti ed effettivi sospetti di attività illecita poste in essere all'interno dei luoghi di lavoro (Cass. pen., 14 dicembre 2009, n. 47429). Ciò porta a legittimare l'esercizio del potere di controllo da parte del datore di lavoro attraverso un'ampia configurazione dei così detti controlli difensivi e, di conseguenza, ad ammettere l'utilizzo del materiale probatorio acquisito mediante apparecchiature di sorveglianza. I giudici civili invece sembrano più sensibili alla violazione dell'art. 4 comma 2 Statuto sul piano della disciplina del rapporto di lavoro e tendono così a negare rilevanza nell'ambito dello stesso rapporto di lavoro al materiale probatorio illegittimamente raccolto. Si potrebbe anche dire che per i giudici penali conta l'esigenza di non escludere prove rilevanti ai fini dell'accertamento di una fattispecie criminosa. E ciò conduce a qualificare come legittima l'attività di controllo datoriale riconducendola ai cd. controlli difensivi cui non si applica la garanzia procedurale dell'art. 4 Statuto, mentre la giurisprudenza di lavoro, nell'indirizzo di recente consacrato dalla Corte di cassazione si affida ad un diverso

bilanciamento dei contrapposti interessi che porta a subordinare la stessa attività di sorveglianza e di controllo ai limiti stabiliti dalla normativa statutaria.

Va subito aggiunto però che divergenze e contrasti di indirizzo si registrano anche all'interno della giurisprudenza dei giudici civili specie per quanto riguarda il tema dell'utilizzabilità del materiale probatorio acquisito in sede di sorveglianza e controllo svolti dal datore di lavoro. Ne offre un esempio la pronuncia, diffusamente argomentata, del Tribunale di Torino del 28 settembre 2007.

Nel caso di specie, in un giudizio di licenziamento per motivi disciplinari si discuteva della possibilità di utilizzare, a fini probatori, i tabulati telefonici relativi all'utenza del cellulare dell'azienda dato in dotazione al dipendente lavoratore (dirigente dell'azienda) e dei *files* contenuti nel computer portatile aziendale anch'esso in dotazione al dipendente, ottenuti dal datore di lavoro, rispettivamente, tramite il gestore telefonico e dal proprio ente *information technology*: i primi acquisiti in corso di causa per ordine del giudice a sensi dell'art. 421 c. p. c.²¹.

Nell'ampia ed articolata motivazione il giudice torinese prende posizione, in termini generali, sul tema delle prove illecite “sposando“ la linea argomentativa di quella parte della dottrina che muove dall'autonomia del fenomeno processuale rispetto a quello sostanziale per sostenere “la totale irrilevanza sul piano del processo del fatto materiale che ha consentito alla parte di entrare in possesso della prova (...), salvo il diverso ed eventuale profilo di responsabilità da fatto illecito a carico dell'acquisizione, peraltro esterno ed estraneo al giudizio in cui la prova è prodotta “. Per il giudice “anche se l'apprensione datoriale dei dati di cui si discute dovesse costituire una violazione della *privacy* del lavoratore, non per questo essi diverrebbero processualmente inutilizzabili“. A tal fine sarebbe infatti “necessaria la presenza, nell'ordinamento processuale civile, di una specifica regola di esclusione probatoria, quale quella ad esempio enunciata nell'art. 222 c. p. c. (inutilizzabilità di documento ove, proposta la querela di falso, la parte dichiarò di non volersene avvalere) o che si ricava dall'art. 216 c. p. c. (inutilizzabilità di scrittura privata disconosciuta, non seguita da richieste di verifica), che però allo stato non esiste, sussistendo in punto mera proposta *de iure condendo* la cui formulazione risulta per altro inidonea a definire nel senso della inutilizzabilità tutte le svariate ipotesi di prove illecite“. Per il tribunale torinese “è esclusivamente nell'ordinamento processuale civile che vanno rintracciate le regole di esclusione probatoria, destinate ad espungere dal

²¹ Si potrebbe segnalare criticamente che nel caso di specie il giudice civile, per il combinato disposto degli art. 123 e 132 del codice della *privacy* non sarebbe stato legittimato a richiedere al gestore telefonico il rilascio dei tabulati, essendo decorso il termine breve dei sei mesi (allora vigente) entro i quali i fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibile al pubblico “possono non corrispondere ad eventuali richieste riguardanti dati del traffico telefonico e telematico formulate nell'ambito di una controversia civile, amministrativa e contabile”.

processo civile prove precostituite apprese in violazione dei diritti inviolabili della persona e, nel contempo, non è consentito al giudice rintracciarle *aliunde*, fuori cioè da tale ordinamento, e in particolare inferirle dalle garanzie costituzionali relative a tali diritti”.

Si tratta di una considerazione certamente opinabile in un ordinamento che ha nella Costituzione la sua fonte primaria; considerazione seguita nella pronuncia da un'altra riflessione non meno discutibile secondo cui “la giurisdizione, per le finalità istituzionali che persegue e per la rilevanza costituzionale che le attribuisce la Carta costituzionale si colloca in ambito tale da rendere ad essa inapplicabili i vincoli e i limiti previsti da numerose e qualificanti disposizioni del Codice della *privacy*, le quali non hanno né possono avere come destinatario il giudice, sotto pena di veder vanificato l'accertamento processuale e frustrate le esigenze di giustizia cui esso mira“. Qui si dimentica innanzitutto che un processo che per dettato costituzionale deve essere giusto e solo in quanto tale costituisce legittima manifestazione della giurisdizione (art. 111, comma 1° Cost.) non può certo ignorare il rispetto dei diritti fondamentali consacrati dalla stessa Costituzione. In secondo luogo, una volta individuato il punto di riferimento normativo nella disciplina della *privacy*, il percorso da seguire in sede argomentativa doveva essere quello del bilanciamento dei valori in gioco – *privacy* e diritto di difendersi provando – entrambi dotati di copertura costituzionale. E su questo piano andava compiuta l'individuazione, da parte del giudice, dell'interesse da privilegiare tra quelli antagonisti a seguito di una ponderata valutazione della specifica situazione sostanziale dedotta in giudizio, capace di evitare che la piena tutela di un interesse o diritto potesse tradursi nella limitazione di quello contrapposto tanto da vanificarne o ridurne il valore contenutistico senza trincerarsi, come invece ha fatto il tribunale torinese, dietro l' astratta contrapposizione tra diritto sostanziale e processo. Il criterio da adottare in sede di bilanciamento dei valori in gioco era quello della “gerarchia mobile“ di recente ribadito dalla Corte di cassazione proprio in relazione ad una causa di lavoro in materia di licenziamento individuale in cui si discuteva del rapporto tra diritto alla *privacy* e diritto alla difesa ed illustrato attraverso il seguente principio di diritto:

“nelle controversie in cui si configura una contrapposizione tra due diritti, aventi ciascuno di essi copertura costituzionale, e cioè tra valori ugualmente protetti, va applicato il criterio di “gerarchia mobile“, dovendo il giudice procedere di volta in volta ed in considerazione dello specifico *thema decidendum* alla individuazione dell'interesse da privilegiare a seguito di un'equilibrata comparazione tra diritti in gioco, volta ad evitare che la piena tutela di un interesse finisca per tradursi in una limitazione di quello contrapposto, capace di vanificarne o ridurne il valore contenutistico” (Cass., 5 agosto, 2010, n. 18279).

Rimane però il problema, criticamente evidenziato dalla pronuncia torinese, di fondare su basi ricostruttive solide la tesi della inutilizzabilità delle prove ottenute in modo illecito. L'affermazione della Cassazione che l'inutilizzabilità “consegue” alla violazione del divieto di cui all'art .4 Statuto “anche se la relativa disposizione non prevede tal sanzione” non sembra idonea a superare le perplessità e la resistenze che questa tesi

continua ad incontrare all'interno della stessa giurisprudenza.

9. Giudizio di fatto ed allocazione dell'onere probatorio.

9.1. Il parametro costituzionale della ragionevolezza come limite delle scelte legislative.

È rilievo comunemente condiviso che esiste un'esigenza di ripartizione tra i soggetti del processo degli oneri probatori e ciò perché, in ogni sistema in cui il processo è costruito come un fenomeno razionale, si avverte la pratica impossibilità, per una qualsiasi persona che faccia richieste in giudizio, di assolvere ad un onere probatorio che contempra i fatti dedotti in giudizio nella loro globalità (Verde). Variano invece i criteri secondo i quali tale ripartizione può avvenire e le *policies* che ispirano le relative scelte; scelte che non si sottraggono ad una valutazione di conformità ai precetti costituzionali per l'incidenza negativa che una determinata allocazione dell'*onus probandi* può avere sull'effettività del diritto di difendersi provando quale manifestazione delle garanzie enunciate negli artt. 24 e 11 Cost.

Un esempio di tale incidenza negativa è offerto dall'intervento della Corte costituzionale che, con la sentenza 1° luglio 2002, n. 332, ha sancito la illegittimità dell'art. 19 comma 1, d.l. 30 settembre 1982, n. 688 (misure urgenti in materia fiscale), convertito con modificazioni in l. 27 novembre 1982 n. 873, nella parte in cui prevedeva che fosse l'attore in ripetizione dell'imposta indebitamente versata a dover provare che il peso economico dell'imposta non era stato in qualsiasi modo trasferito su altri soggetti (ad es. inglobando l'ammontare dell'imposta nel prezzo di vendita dei beni prodotti o dei servizi resi dal soggetto che aveva eseguito la prestazione tributaria non dovuta).

La Corte, in quell'occasione, rilevava che “onerando il *solvens* della prova della mancata traslazione dell'imposta, la norma impugnata operava un'inversione dell'onere della prova lesiva del generale canone di ragionevolezza garantito dall'art. 3 Cost.”. Tale inversione attribuiva all'amministrazione finanziaria convenuta con l'azione di ripetizione una posizione di privilegio in sede probatoria del tutto ingiustificata, considerando che “l'amministrazione è l'*accipiens* di un pagamento non dovuto che, in quanto tale, dovrebbe essere, in base ai principi generali, restituito”.

Invero, spiegava la Corte, l'azione generale di ripetizione dell'indebito di cui all'art. 2033 c.c., i cui principi valgono anche in materia tributaria, si fonda sui soli presupposti di carattere oggettivo rappresentati dall'avvenuto pagamento e dalla mancanza di causa e l'attore in giudizio che fa valere il diritto alla restituzione del non dovuto quei fatti deve allegare e provare in quanto fatti che del diritto fatto valere costituiscono il fondamento. La traslazione economica dell'imposta ad altri soggetti, per contro, in quanto fatto *impeditivo* idoneo a precludere la manifestazione degli effetti del diritto invocato dovrebbe essere opponibile solo in via di eccezione dall'*accipiens* sul quale incombe, di conseguenza, per la regola generale enunciata dall'art. 2697 c.c., anche il relativo onere

probatorio. La norma impugnata, trasferendo il fatto di natura impeditiva della traslazione dell'imposta col segno invertito della *mancata* traslazione nell'area dei fatti costitutivi, carica l'attore in ripetizione dell'indebito di un onere probatorio ad avviso della Corte "irragionevole". Di qui la dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma nella parte in cui onerava il *solvens* della mancata traslazione dell'imposta invece di prevedere la rilevanza, quale fatto impeditivo, del trasferimento su terzi del peso economico dell'imposta la cui prova incombe al convenuto in ripetizione secondo le regole generali di cui all'art. 2697 c.c..

9.2 Il criterio generale dell'art. 2697 c.c. e la tipologia dei fatti da provare. La categoria mobile dei fatti impeditivi ed il principio della "vicinanza alla prova"

La vicenda sommariamente illustrata ci porta a svolgere un discorso più articolato sulla ripartizione dell'onere della prova ed i criteri all'uopo adottabili. L'attenzione sarà diretta in particolare all'opera di intermediazione applicativa svolta in questa materia dai giudici attraverso il principio (o criterio) della "vicinanza alla prova", principio ispirato alla finalità di ripartire la prova dei fatti in funzione delle possibilità differenziate che i litiganti abbiano di offrirne più agevolmente la dimostrazione in giudizio.

Come noto, l'art. 2697 c.c., inserito fra le disposizioni generali sulle prove, enuncia le regole fondamentali sull'onere della prova stabilendo che:

"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".

La disposizione ha il carattere di una norma di rinvio che ancora la ripartizione degli oneri di prova ad una distinzione tipologica dei *fatti giuridici* da provare. La natura di tali fatti si manifesta primariamente a livello sostanziale, nella configurazione delle diverse fattispecie disciplinate dalla legge da cui traggono origine i diritti soggettivi controversi. Sono le norme sostanziali, di volta in volta applicabili al caso concreto, a stabilire quali fatti rappresentano il fondamento del diritto che viene invocato e da quali fatti può derivare l'inefficacia, la modificazione o l'estinzione di questo diritto. In altri termini, per individuare i fatti che devono essere provati da colui che intende far valere un diritto e quali devono essere provati da chi invoca l'inefficacia di quei fatti o la modificazione o l'estinzione di quel diritto, occorre far riferimento alla norma sostanziale del caso. Di qui la consueta affermazione secondo cui nell'art. 2697 c.c. va ravvisata una disposizione in bianco destinata ad essere completata da quella, per lo più sostanziale, dettata per il caso concreto: l'art. 2697 c.c. non riguarda specifici tipi di domande né impone temi fissi di

prova.

Ciò non esclude, tuttavia, che ai fini della allocazione dell'onere probatorio assuma rilievo anche la situazione processuale in cui le parti si collocano nei confronti della fattispecie controversa, nel momento in cui ognuna di esse allega i fatti che pone a fondamento della propria domanda o eccezione. Anzi, com'è stato efficacemente notato (Comoglio), la distinzione tipologica dei fatti giuridici da provare nel disegno dell'art. 2697 c.c. “si proietta e secondariamente si sovrappone, a livello processuale, sulla corrispondente contrapposizione tra *azione* ed *eccezione*. In altre parole, l'onere della prova viene paradigmaticamente ripartito e distribuito fra le parti interessate, ossia fra l'attore che promuove il giudizio esercitando l'azione ed il convenuto che, nel difendersi, propone eccezioni”. Il parametro del contrapposto e differenziato *interesse alla prova* è anche il primo elementare criterio alla cui stregua è intuitivamente razionale ripartire fra l'attore che “agisce” ed il convenuto che “eccepisce” l'onere di provare le diverse categorie di fatti giuridici la cui prova, se positivamente acquisita od assunta in giudizio, è tale da soddisfare l'interesse dell'uno o dell'altro all'accoglimento delle rispettive “domande” ed “eccezioni”. Ce lo ricordano le tradizionali massime secondo cui *onus probandi incumbit ei qui dicit; reus in excipiendo fit actor*.

Chi ha l'“interesse” alla prova e quindi ha l'*onere* di provare i fatti giuridici *a sé favorevoli si accolla anche il correlato rischio della loro mancata prova. Actore non probante reus absolvitur*, avverte un'altra massima tradizionale che rispecchia quale riflesso delle regole relative all'onere della prova, le regole che ripartiscono tra le parti il rischio o le conseguenze della mancata prova dei fatti rilevanti per la decisione. Quando un fatto giuridicamente rilevante non è provato, e quindi la relativa norma sostanziale non può essere applicata, la domanda e l'eccezione che sono fondate sul quel fatto o su quelle norme risultano infondate e quindi devono essere rigettate dal giudice.

Nel determinare la ripartizione dell'onere della prova, la disposizione dell'art. 2697 c.c. richiama, come già abbiamo notato, la distinzione tipologica dei fatti giuridici, contrapponendo ai fatti *costitutivi* – quali fatti da cui la norma o le norme invocate nel caso fanno dipendere o discendere l'esistenza del diritto che viene fatto valere – i fatti *impeditivi* che operano in senso contrario od opposto ai fatti costitutivi (per la disposizione dell'art. 2697 c.c. sono i fatti che comportano l'inefficacia dei fatti costitutivi), i fatti *modificativi*, che mutano l'oggetto o il contenuto del diritto fatto valere, ed i fatti *estintivi* che lo fanno venir meno. Correlativamente, in corrispondenza della tipologia dei fatti costitutivi, impeditivi, modificativi ed estintivi, viene distribuito tra le parti il rischio della mancata prova e così sancita la soccombenza di quella parte che, avendo l'onere di provare i fatti allegati a fondamento della propria pretesa, domanda o eccezione, non abbia saputo fornire la dimostrazione in giudizio di quei medesimi fatti dal cui positivo accertamento sarebbe dipeso l'esito favorevole del giudizio.

Ora, se in termini generali appaiono relativamente chiare le posizioni delle parti

rispetto alla prova dei fatti giuridicamente rilevanti, così come appaiono chiare le conseguenze che derivano dalla mancata prova di tali fatti, non poche difficoltà sorgono quando si tratta di concretizzare la regola generale in relazione a fattispecie particolari.

In molti casi, infatti, la relativa disciplina non consente di individuare in modo univoco i fatti costitutivi e, per converso, quali siano i fatti impeditivi. La determinazione del fatto impeditivo come fatto contrapposto al fatto costitutivo, in quanto diretto ad impedire o a farne venir meno gli effetti (a “contrastarne l’efficacia” nella definizione dell’art. 2697 c.c.) è da sempre il punto più complesso e controverso della teoria e della pratica dell’onere della prova. E ciò perché lo stesso fatto storico nel quadro di una determinata fattispecie giuridica può assumere rilevanza ora come fatto costitutivo, ora come fatto impeditivo. Il punto è che in una data fattispecie può essere rilevante sia l’esistenza sia l’inesistenza di uno stesso fatto storico in quanto l’ordinamento può collegare la produzione di determinati effetti giuridici sia al verificarsi di un certo fatto storico sia al mancato verificarsi dello stesso. Per conseguenza, si delineano incertezze anche sul versante processuale della distinzione, ossia in ordine alla determinazione di ciò che deve essere provato, rispettivamente, dall’attore e dal convenuto.

“L’aver diviso in modo paradigmatico la prova dei fatti tra attore e convenuto, onerando l’uno dei fatti costitutivi e l’altro di quelli impeditivi, modificativi ed estintivi, non significa ancora aver precisato, con una costante definitoria di pari attendibilità, i contorni di individuazione delle distinte categorie fattuali o, se si preferisce, il *quantum* della prova da ripartire in concreto fra i soggetti della lite giudiziaria (Comoglio).

Del resto, la regola generale sulla ripartizione dell’onere della prova con riferimento alle disposizioni sostanziali da applicarsi di volta in volta è destinata a subire variazioni sia in virtù di specifiche scelte legislative sia attraverso processi di etero-integrazione giurisprudenziale in cui viene dato rilievo alla posizione delle parti rispetto alle fonti di prova. Ai fini di una redistribuzione processuale della prova si considera la differente disponibilità degli elementi di prova che ciascuna delle parti ha in concreto nel caso di specie. È quanto avviene, ad esempio, con l’applicazione del criterio o principio della *vicinanza alla prova*, in virtù del quale nella qualificazione di un fatto come costitutivo oppure come impeditivo e nella correlata ripartizione dell’*onus probandi* si sceglie la soluzione per cui diventa onerato della prova il soggetto per il quale l’assolvimento dell’onere è *più agevole* in quanto soggetto più vicino alle fonti di prova.

Si tratta di un accorgimento ispirato all’obiettivo di tener conto del modo in cui la posizione delle parti nella dinamica del giudizio si riverbera sulla possibilità di tutela di un determinato diritto o sulla realizzazione dell’effetto giuridico oggetto dell’accertamento; di un accorgimento che persegue la finalità di rilievo costituzionale di agevolare l’esercizio del diritto di difendersi provando quale mezzo essenziale di una tutela giurisdizionale effettiva delle situazioni giuridiche sostanziali.

9.3. La vicinanza della prova nell'accertamento dei requisiti dimensionali dell'impresa e l'azione ex art. 28 Statuto dei lavoratori.

Un esempio significativo che si presta ad illustrare quanto siamo venuti dicendo in ordine alle difficoltà di individuare in modo univoco in determinate fattispecie legali da cui nascono i diritti tutelabili, il fatto costitutivo e, per converso, il fatto impeditivo – data la possibilità che lo stesso fatto storico in una data fattispecie rilevi come fatto costitutivo oppure come fatto impeditivo con la conseguente variazione nella determinazione dei soggetti chiamati ad assolvere il relativo onere probatorio – è rappresentato dalla giurisprudenza in tema di accertamento del requisito dimensionale dell'impresa previsto dall'art. 18 dello Statuto dei diritti dei lavoratori ai fini dell'applicabilità della tutela reale.

La questione che si pone all'interprete dello Statuto dei lavoratori è se l'art. 18, comma 1, tanto nella versione originaria come in quella modificata dall'art. 1 della l. 11 maggio 1990, n. 108, nel subordinare l'ordine giudiziale di reintegrazione del prestatore di lavoro illegittimamente licenziato a certe dimensioni dell'organizzazione produttiva datrice di lavoro, commisurate sul numero delle persone occupate (cd. requisito dimensionale), imponga al prestatore di lavoro, attore in giudizio, l'onere di provare il requisito, oppure richieda al datore di lavoro, convenuto in giudizio, la prova del non raggiungimento di quelle dimensioni.

Il dato normativo dell'art.18, dopo la riforma operata dalla l. 108/1990, è il seguente:

“Ferma restando l'esperibilità delle procedure previste dall'articolo 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604, il giudice con la sentenza con cui dichiara inefficace il licenziamento ai sensi dell'articolo 2 della predetta legge o annulla il licenziamento intimato senza giusta causa o giustificato motivo, ovvero ne dichiara la nullità a norma della legge stessa, ordina al datore di lavoro, imprenditore e non imprenditore, che in ciascuna sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto autonomo nel quale ha avuto luogo il licenziamento occupa alle sue dipendenze più di quindici prestatori di lavoro o più di cinque se trattasi di imprenditore agricolo, di reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro. Tali disposizioni si applicano altresì ai datori di lavoro, imprenditori e non imprenditori, che nell'ambito dello stesso comune occupano più di quindici dipendenti ed alle imprese agricole che nel medesimo ambito territoriale occupano più di cinque dipendenti, anche se ciascuna unità produttiva, singolarmente considerata, non raggiunge tali limiti, e in ogni caso al datore di lavoro, imprenditore e non imprenditore, che occupa alle sue dipendenze più di sessanta prestatori di lavoro”(comma 1).

“Ai fini del computo del numero dei prestatori di lavoro di cui al comma 1 si tiene conto anche dei lavoratori assunti con contratto di formazione e lavoro, dei lavoratori assunti con contratto a tempo indeterminato parziale, per la quota di orario effettivamente svolto, tenendo conto, a tale proposito, che il computo delle unità lavorative fa riferimento all'orario previsto dalla contrattazione collettiva del settore. Non si computano il coniuge

ed i parenti del datore di lavoro entro il secondo grado in linea diretta e in linea collaterale”.

Quanto ai rimedi esperibili, la reintegrazione nel posto di lavoro, come forma di tutela specifica, chiamata anche “tutela reale”, non opera se manca uno dei requisiti posti dall’art. 18. In particolare, non opera se l’unità produttiva a cui è addetto il lavoratore licenziato impiega 15 o meno dipendenti. In tal caso, il lavoratore dipendente illegittimamente licenziato può giovare solo del risarcimento pecuniario previsto dalla l. 11 luglio 1966, n. 604 e dall’art. 2 l.n. 108/1990, realizzante la c.d. “tutela obbligatoria”. Insomma, la concreta verifica del citato requisito dimensionale dell’impresa - o comunque dell’unità produttiva - dà luogo alla tutela reale mentre la sua mancanza lascia spazio alla sola tutela obbligatoria.

Dal tenore della norma non è dato desumere con chiarezza se la presenza di più di 15 dipendenti (c.d. “requisito dimensionale”) sia fatto *costitutivo* con l’onere della prova a carico di chi richiede la reintegrazione oppure se l’assenza di più di 15 dipendenti sia da considerare fatto *impeditivo* con il relativo onere a carico di chi si oppone alla reintegrazione. Insomma, la formulazione letterale del precetto normativo non consente di stabilire in modo univoco se il fatto dimensionale dell’impresa (o dell’unità produttiva) sia incluso con segno positivo o negativo nella fattispecie costitutiva primaria.

L’orientamento per lungo tempo dominante in giurisprudenza, basato su una pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione intervenuta nel vigore della disciplina dell’art.18 Statuto anteriore alla novella del 1990 con l’obiettivo di dirimere un contrasto all’interno della Sezione lavoro della stessa Cassazione, era nel senso che doveva essere il lavoratore che agisce per la reintegra nel posto di lavoro a fornire la prova della sussistenza del requisito numerico (allora) imposto dall’art. 35 Statuto lav. Tale requisito – sentenziava la Corte in quella pronuncia – “viene in rilievo come elemento integrativo della fattispecie costitutiva del diritto alla reintegra che si vuole far valere” ed in quanto fatto costitutivo che si pone come “condizione di accoglimento della domanda” comporta “ai sensi dell’art. 2697 c.c. l’onere della prova a carico di chi la adduce” (Cass. Sez. Un., 4 marzo 1988, n. 2249).

Successivi interventi della stessa Cassazione, muovendo dall’assunto che la tutela obbligatoria come modificata dalla l.n. 108/1990 costituisce la regola generale, applicabile come tale al lavoratore “in assenza di qualsiasi prova sul numero dei dipendenti”, indicano due ordini di ragioni a favore della permanenza dell’onere probatorio a carico del lavoratore:

a) in primo luogo, il tenore letterale del dato normativo, incardinato sulla formulazione in positivo del (nuovo) testo dell’art. 18, comma 1, Statuto lav. e sulla formulazione in negativo dell’ultima parte dell’art. 2, comma 1, l. 108/1990;

b) in secondo luogo, il dato fattuale del rilievo centrale della tutela obbligatoria evidenziato dalla “capillare ed articolata diffusione sul territorio delle piccole e medie imprese” (Cass. 15 maggio 1997, n. 11092).

Col tempo, però, all'interno della Cassazione viene ad assumere consistenza anche un diverso orientamento volto a ridisegnare il riparto dell'onere probatorio sui presupposti di applicazione della tutela reale o obbligatoria in caso di accertata invalidità del licenziamento. Particolarmente significativa per l'ampio ed articolato apparato argomentativo la sentenza della Cassazione, sezione del lavoro del 22 gennaio 1999, n. 613

“Dal disposto dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori (sia prima che dopo la novella del 1990) - notano i giudici - si ricava come la diversità dei regimi [di tutela reale e di tutela obbligatoria] trova la sua ragione, il più delle volte, non in fatti riferibili al lavoratore (salvo che si tratti di categorie particolari quali i dirigenti, o i pensionati...), ma piuttosto nella natura (agricola o industriale, operante o meno per fini di lucro) o nella dimensione occupazionale dell'impresa la quale, in quanto espressiva anche di una diversa capacità di sostenere gli oneri di una tutela reale o obbligatoria, (senza comprometterne le capacità produttive e, quindi, occupazionali) giustifica questo o quel regime.

“Il dato dimensionale dell'impresa resta dunque la "ragione giustificatrice" del regime di tutela reale, assolutamente prevalente, quale discrimine rispetto al regime di tutela obbligatoria, laddove perde rilevanza l'altro elemento, tradizionalmente individuato dalla "fiduciarità" del rapporto (il quale, ad es. nelle unità produttive con meno di 16 dipendenti, non osta all'operatività della tutela reale, ove l'impresa, nel suo complesso occupi più di 60 dipendenti).

Tale regime, quindi, riferito dalla legge esclusivamente alle dimensioni occupazionali (che, come indicano i lavori preparatori, risultò criterio più idoneo per "misurare" la capacità dell'impresa di sostenere i "costi" di una tutela reale) dipende esclusivamente da fatti la cui "disponibilità" appartiene, di norma, esclusivamente al soggetto stesso cui si riferiscono e cioè l'impresa (la quale è in grado di fornirne i riscontri reali, utilizzando tutta l'ampia documentazione che la legge le impone di tenere)”.

Di fronte a tale situazione alla Cassazione appare irrazionale “concepire un onere probatorio assoluto ed esclusivo a carico del lavoratore al quale di regola sfuggono i dati concernenti le dimensioni, anche esterne, rispetto all'unità produttiva in cui esso operava”.

Un'ulteriore conferma di questa "lettura" si trae dal secondo comma dell'art. 18 il quale [nella versione allora in vigore], nel precisare i criteri di computo del numero degli occupati ai fini dell'operatività della tutela reale, vi ricomprende, ad es. i lavoratori assunti con contratto di formazione, o quelli assunti a tempo parziale, computandoli "per la sola quota di orario effettivamente svolto", e al contempo esclude dal computo "... il coniuge ed i parenti del datore di lavoro entro il secondo grado in linea diretta e in linea collaterale": tutte realtà, queste – si sottolinea - delle quali evidentemente solo il datore può avere una compiuta conoscenza.

Sembra, allora, da escludere che l'onere probatorio - compiutamente inteso - sulla dimensione occupazionale, ai fini della questione presente, possa incombere, nella sua pienezza di contenuti, sul lavoratore, al punto che una generica contestazione da parte del datore di lavoro possa essere sufficiente a negare l'applicabilità di una disciplina che la legge stessa detta su misura dell'impresa.

Oltretutto - aggiungono i giudici - diversamente opinando “verrebbe premiata una "reticenza" ingiustificata del datore di lavoro, in dispregio dei principi di lealtà e parità che sono alla base del processo, e, ancora più a monte, ritenere il lavoratore, piuttosto che il datore, in grado (e, quindi, onerato) di fornire una prova attinente a fatti che non rientrano nella sua sfera di conoscenza”.

Altro argomento a favore della soluzione ora caldeggiata viene tratto dalla “ricostruzione dell'azione di impugnazione del licenziamento come azione di adempimento e/o di responsabilità per inadempimento: il datore di lavoro che pone in essere un licenziamento al di fuori delle condizioni richieste dalla legge si rende responsabile di un inadempimento alle obbligazioni assunte al momento della costituzione del rapporto.

Fatti costitutivi necessari e sufficienti a reggere gli effetti giuridici (reintegrazione e risarcimento, riassunzione o indennità) che il lavoratore mira a conseguire attraverso la c.d. azione di impugnativa di licenziamento - si precisa - “sono la pregressa esistenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, e la sua interruzione a seguito dell'iniziativa della controparte”. E si conclude:

“affermare che grava sul datore di lavoro l'onere di eccepire e provare l'esistenza dei requisiti occupazionali che impediscono l'applicazione della disciplina generale dell'art. 18 Statuto lav. appare altresì conforme ai criteri di facilità e vicinanza della prova, tanto più evidenti in relazione agli specifici obblighi di documentazione imposti dalla legge al datore di lavoro in merito al personale alle sue dipendenze”.

La soluzione troverà l'avallo delle Sezioni Unite che nella sentenza del 10 gennaio 2006, n. 141 ne condividono la base argomentativa e l'impianto ricostruttivo non senza, a loro volta, ricordare anzitutto che sulla distribuzione dell'onere della prova - che l'art. 2697 c.c. enuncia in termini generali, ma non è in grado di determinare nel suo concreto operare rispetto alle molteplici fattispecie particolari - “*possono incidere anche le vicende processuali quante volte il successo dell'iniziativa di parte dipenda dal relativo corredo probatorio*”. Ed a tale riguardo segnalano l'importanza che nella ricostruzione della fattispecie sostanziale controversa, come nella qualificazione giuridica dei fatti in funzione della quale deve avvenire la ripartizione della prova, può assumere il principio “della riferibilità, o vicinanza o disponibilità del mezzo di prova”; principio “riconducibile all'art. 24 Cost. che connette al diritto di azione in giudizio il divieto di interpretare la legge in modo da renderne impossibile o troppo difficile l'esercizio”.

Il criterio di distribuzione dell'onere della prova basato sulla vicinanza o disponibilità dei relativi strumenti - stabiliscono le Sezioni Unite - già valorizzato sul piano generale, deve tanto più valere quando trattasi del "requisito occupazionale", vale a dire della forza lavoro dell'impresa, risultante non soltanto dal numero degli occupati ma anche ed eventualmente dal loro status nell'impresa. Ne scaturisce il seguente insegnamento:

"In tema di riparto dell'onere probatorio in ordine ai presupposti di applicazione della tutela reale o obbligatoria al licenziamento di cui sia accertata l'invalidità, fatti costitutivi del diritto soggettivo del lavoratore a riprendere l'attività e, sul piano processuale, dell'azione di impugnazione del licenziamento, sono esclusivamente l'esistenza del rapporto di lavoro subordinato e l'illegittimità dell'atto espulsivo, mentre le dimensioni dell'impresa, inferiori ai limiti stabiliti dall'art. 18, l. 300/1970, costituiscono, insieme al giustificato motivo del licenziamento, fatti impeditivi del suddetto diritto soggettivo del lavoratore e devono perciò essere provati dal datore di lavoro. Con l'assolvimento di questo onere probatorio il datore dimostra, ai sensi della disposizione generale di cui all'art. 1218 c.c. che l'inadempimento degli obblighi derivantigli dal contratto di lavoro non è a lui imputabile e che, comunque, il diritto del lavoratore a riprendere il suo posto non sussiste, con conseguente necessità di ridurre il rimedio esercitato dal lavoratore al risarcimento pecuniario. L'individuazione di siffatto onere probatorio a carico del datore di lavoro persegue, inoltre, la finalità di non rendere troppo difficile l'esercizio del diritto del lavoratore il quale, a differenza del datore di lavoro, è privo della "disponibilità" dei fatti idonei a provare il numero dei lavoratori occupati nell'impresa".

IV. Il processo come luogo e strumento di formazione del giudizio di fatto: i diritti processuali delle parti nella dinamica del procedimento probatorio.

1. La "specificità" della cognizione giudiziale del fatto e la disciplina giuridica del processo.

Sulla formazione del giudizio di fatto non incidono solo le regole che disciplinano i mezzi di prova determinando quali di essi sono ammissibili in un dato procedimento e quali, eventualmente, ne devono essere esclusi. La formazione del giudizio di fatto è "condizionata" anche dal *luogo* e dallo *strumento* attraverso il quale esso si sviluppa e così dalla normativa che caratterizza la regolamentazione del processo in un dato sistema normativo, plasmandone la struttura e il modulo tecnico secondo il quale esso è organizzato all'interno. In una parola, la formazione del giudizio è condizionata dalla disciplina giuridica del processo

"*Gran parte* di ciò che delimita la cognizione giudiziale del fatto e la rende *specificata* rispetto alle indagini dello storico, dello scienziato o a quelle funzionali alle decisioni della vita di ogni giorno – scrive Cavallone – non dipende dalle norme che

direttamente compongono il “diritto delle prove”, ma semplicemente dal fatto che quella cognizione si colloca nel contesto della disciplina giuridica del processo”.

“La previsione che l’attività istruttoria delle parti e del giudice si svolga entro certi limiti temporali o comunque in fasi determinate del procedimento; le norme che impongono al giudice, secondo i vari modelli processuali, di pronunciare la sua decisione immediatamente dopo la conclusione delle attività istruttorie, oppure a distanza di tempo; la regola che il giudizio di fatto deve, oppure non deve, essere motivato; il sistema delle impugnazioni delle sentenze, la disciplina stessa della costituzione dell’organo giudicante, collegiale o monocratico, professionale o laico: sono tutte regole che condizionano la formazione del giudizio di fatto almeno quanto le “regole di esclusione” o quelle che predeterminano l’efficacia o l’inefficacia di certi strumenti di informazione, sottraendola alla valutazione del giudice”.

La consapevolezza dei vincoli di carattere strutturale e funzionale imposti dalla disciplina giuridica del processo non esime l’interprete come l’operatore dall’attenzione vigile e costante dei valori da salvaguardare nel processo; in particolare, dei valori che hanno trovato espressione nei precetti della Costituzione e nelle solenni Dichiarazioni delle Carte europee. Anzi, è il caso di ribadire che ciò che rende specifico o, se si preferisce, ciò che contraddistingue e rende legittima la cognizione giudiziale del fatto è prima di tutto il rispetto delle garanzie che scaturiscono dai principi del “giusto processo” oggi consacrati nel sistema costituzionale nazionale e sovranazionale.

In una sentenza resa a cavallo del nuovo millennio, la Corte di cassazione, richiamando la giurisprudenza della corte costituzionale, ha voluto sottolineare che:

“il principio del contraddittorio è diventato il nucleo essenziale dei diritti di azione e di difesa garantiti dagli artt. 24 e 3 Cost., ragion per cui il suddetto principio si pone come garanzia della partecipazione effettiva al procedimento, ovvero sia come riconoscimento del diritto della parte di influire concretamente sullo svolgimento del processo e sul suo esito, cooperando all’accertamento dei fatti ed al reperimento delle prove, così da contribuire alla formazione del convincimento del giudice e da incidere su di esso”.

“la garanzia del contraddittorio, non riguarda soltanto il momento iniziale del procedimento: al contrario, il contraddittorio va salvaguardato in ogni stato e grado. In particolare, nel corso del procedimento la garanzia del contraddittorio attribuisce alle parti la possibilità di dialogo, che si traduce nel diritto di interloquire sull’oggetto del giudizio attraverso il meccanismo delle rispettive deduzioni e contro deduzioni e quindi sulle prove, mediante la proposizione delle prove proprie e la confutazione di quelle avversarie”.

“Specificamente per quanto attiene alle prove l’effettiva attuazione del principio del contraddittorio esige che sia reso possibile per ciascuna parte il concreto esercizio del diritto alla prova, inteso come diritto di dimostrare al giudice la realtà dei fatti a sé

favorevoli con idonei mezzi rappresentativi di essi e, quanto al momento dell'assunzione delle prove, che l'accertamento dei fatti emerga dal contraddittorio tra le parte e che il convincimento del giudice si formi sulla base dei risultati dell'attività probatoria svolta da ciascuna di esse “ (Cass., 21 settembre 2001, n. 11936).

Sono due gli avvertimenti che sembra doveroso trarre da queste statuizioni.

Il primo è che il rispetto delle garanzie processuali non è una sorta di variabile dipendente da esigenze tecniche relative alla disciplina ordinaria del processo e che quindi possa essere modulata o plasmata in funzione di tali esigenze. Dove effettivamente esistano, le esigenze di tecnica processuale devono essere prese in considerazione, ma la loro connessione con le garanzie in tema di prova non può essere posta in modo tale che l'attuazione delle garanzie sia possibile solo in via residuale. Al contrario il valore primario è il rispetto delle garanzie processuali.

Il secondo avvertimento è che limitazioni ed impedimenti delle garanzie in tema di istruzione probatoria e di formazione del giudizio di fatto non derivano solo nei casi in cui si può ravvisare un chiaro contrasto tra norme probatorie e principi costituzionali – ovvero nei casi in cui limiti già in astratto e su un piano generale vengono frapposti dalla legge all'esperibilità di mezzi di prova ad opera di una parte o di tutte le parti – ma anche in numerose ipotesi in cui il contrasto non esiste e la violazione delle garanzie in tema di prove discende da lacune della normativa ordinaria oppure da improprie interpretazioni ed applicazioni di norme che di per sé non sono in contrasto con tali garanzie. E' quest'ultima problematica che intendiamo porre al centro della nostra analisi, passando all'esame delle implicazioni più significative delle garanzie in materia di prova sulle varie fasi in cui si articola il procedimento probatorio, ossia sul complesso delle attività più o meno compiutamente regolate dalla legge deputate all'acquisizione delle prove al processo. La effettività della tutela giurisdizionale, oltre che attraverso la conformazione dei mezzi di prova, passa attraverso l'effettiva tutela dei diritti delle parti rispetto all'ammissione, all'assunzione e alla valutazione delle prove, e così la reale idoneità del giudizio civile ad offrire adeguate garanzie alle posizioni soggettive ivi dedotte.

2. I vincoli di ordine temporale all'acquisizione delle prove: termini, preclusioni e decadenze. Il parametro della “ragionevolezza”.

Come abbiamo avuto modo di ricordare, la Corte costituzionale, sin dalle sue prime pronunce in tema di art. 24 Cost., tra le manifestazioni qualificanti del diritto di azione e di difesa è venuta ad indicare il potere processuale di rappresentare al giudice la realtà dei fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni servendosi degli appositi strumenti – le prove – funzionali a tale scopo. La tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche garantite dall'ordinamento è incostituzionalmente rifiutata o limitata – statuiva la sentenza del 3 giugno 1966, n. 53 - “ se si nega o si limita alla parte il potere processuale

di rappresentare al giudice la realtà dei fatti ad essa favorevole, se le si nega o le si restringe il diritto di esibire i mezzi rappresentativi di quella realtà“. La possibilità di procurare al giudice la esperienza conoscitiva dei fatti della causa – dei fatti dal cui accertamento dipende il riconoscimento del diritto controverso (o della pretesa giuridica) è da intendersi alla stregua di un vero e proprio diritto: il diritto di agire e di difendersi provando. Un simile riconoscimento appare anche nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, dove il diritto in parola, pur riferito letteralmente alla prova testimoniale e all'ambito penale (art. 6, par. 3), è stato inteso come parte della garanzia generale del processo equo e di conseguenza esteso ad ogni tipo di prova e di giurisdizione.

Esigenze connaturate allo stesso scopo (o alla stessa funzione) del processo fanno sì che all'attività di cognizione con cui si accertano in giudizio i fatti controversi – e così al diritto delle parti di esibire in giudizio i mezzi rappresentativi di quella realtà - siano imposti dei limiti di carattere temporale. Una considerazione quasi banale può servire a dare conto di questa esigenza.

“Se uno storico presenta i risultati di una ricerca in cui ha potuto accertare dopo vent'anni di studio intenso che in un dato momento storico si sono verificati certi fatti, è facile immaginare l'uditorio che applaude in seguito alla presentazione, elogiando la tenacia nello studio dimostrata dallo storico. Per contro, se si prospetta la stessa situazione riguardo ad un giudice, è difficile immaginare che la reazione sociale possa essere favorevole”. (Ferrer)

La ragione di una tale differenza si può trovare, chiaramente, in uno degli obiettivi del processo – e quindi del “luogo” in cui si svolge il giudizio di fatto – che è quello di portare “in tempo ragionevole” ad una decisione in grado di risolvere una determinata controversia giuridica e di farlo in modo tendenzialmente definitivo, al fine di garantire, insieme alla protezione dei diritti individuali, la pace sociale e la certezza giuridica.

Justice delayed is justice denied, suona un noto e spesso ripetuto aforisma. Oggi, l'interesse giuridico fondamentale che la soluzione delle controversie – e quindi anzitutto la formazione del giudizio di fatto - sia raggiunta in un lasso di tempo ragionevole trova una sua solenne consacrazione sia a livello costituzionale nazionale (art. 111 Cost.) sia a livello sovranazionale europeo. L'art. 6 della Convenzione dei diritti dell'uomo configura la “durata ragionevole” del processo non solo come canone oggettivo disciplinante la funzione giurisdizionale, ma come garanzia del singolo, come diritto soggettivo azionabile (una volta esperiti i rimedi domestici, se esistenti ed efficaci) di fronte alla Corte dei diritti dell'uomo di Strasburgo. Non solo, le norme richiamate, elevando la durata ragionevole ad elemento integrante della garanzia del “giusto processo” ci avvertono che, se l'interesse per l'accertamento della verità dei fatti controversi o, come si dice più propriamente, la verifica giudiziale delle proposizioni che ne affermano o negano l'esistenza, considerato isolatamente, potrebbe giustificare lunghe ricerche, quello stesso interesse, per le ragioni sopra indicate, deve essere ponderato con l'interesse per una decisione presa entro tempi

ragionevoli.

Avverte una recente pronuncia dei giudici di legittimità in tema vincoli di ordine temporale che la ricostruzione dei fatti può incontrare nel processo:

“l’art. 244, 3° comma, c.p.c. nel testo anteriore alla l. 26 novembre 1990, n. 353, che attribuisce al giudice istruttore *il potere discrezionale di fissare un termine per formulare o integrare* le indicazioni relative alle persone da interrogare o ai fatti sui quali debbano essere interrogate, deve essere interpretato, secondo il suo significato logico e teleologico, nel senso che l’assegnazione del termine perentorio, alla cui inosservanza consegue la decadenza dalla deduzione del mezzo di prova, rilevabile d’ufficio e non sanabile neanche per accordo delle parti, riguarda non solo il comportamento di una deduzione probatoria carente o ancora in *itinere*, ma anche la formulazione di capitoli aggiuntivi sul medesimo od altri temi di prova e la deduzione, per la prima volta, di tutte le indicazioni prescritte (ossia, i fatti e i testi) dallo stesso art. 244, essendo tale lettura coerente con il principio costituzionale del *giusto processo*, anche in riferimento al *canone della ragionevole durata*”. (Cass. civ., 5 gennaio 2011, n. 233).

L’esigenza di ottenere una decisione in tempo relativamente breve, se incide su tutto il processo, riguardo alla ricostruzione dei fatti si traduce soprattutto nelle norme che determinano la fase del giudizio nella quale può avvenire l’acquisizione delle prove al processo e nelle norme che fissano termini per proporre ed esperire la prova stabilendo preclusioni e decadenze. Il contenuto specifico di questa disciplina può variare da ordinamento processuale a ordinamento processuale, da processo a processo, secondo scelte “politiche” (di *policy*) del legislatore in diversi momenti storici e contesti istituzionali, ma nessun processo, se vuole essere un meccanismo funzionale, può rinunciare ad una struttura che ordini in senso cronologico e logico la sequenza degli atti da compiere così come l’intreccio delle attività che parti e giudici in esso svolgono.

Com’è noto, la scelta del nostro legislatore in epoca recente, a partire soprattutto dalla riforma del processo del lavoro attuata con l. n. 533 del 1973, è stata nel senso di prefigurare un modello di processo fortemente concentrato, con la precisazione che rispetto alle controversie di lavoro, la concentrazione del rito ordinario è certamente più attenuata, al pari del sistema di preclusioni che dovrebbe servire a garantirla.

D’altronde, l’obiettivo precipuo del legislatore non è stato quello di abbreviare ad ogni costo il processo, bensì, piuttosto, di razionalizzarlo tenendo, a tal fine, tendenzialmente separate le attività dirette alla definizione dell’oggetto del contendere individuato dalle contrapposte domande ed eccezioni delle parti (il *thema decidendum*) e dell’insieme dei fatti da provare (il *thema probandum*) da quelle, logicamente successive, dell’offerta dei mezzi di prova e dell’istruzione probatoria in senso stretto. E così nel rito ordinario - in cui le preclusioni operano in maniera più graduale rispetto al rito del lavoro ove sono ancorate, in linea di principio, già agli atti introduttivi (artt. 414 e 416 c.p.c.) - dopo le verifiche preliminari, concernenti la regolare instaurazione del processo e del

contraddittorio, nonché dopo l'eventuale esperimento dell'interrogatorio libero e del tentativo (infruttuoso) di conciliazione, l'art. 183 prevede una serie di attività, talora sollecitabili dallo stesso giudice, dirette a pervenire ad una compiuta definizione dell'oggetto del giudizio e dei fatti sui quali, se del caso, dovranno poi assumersi prove. Per il caso in cui le parti ai sensi dell'art. 183, comma 6°, non abbiano chiesto termini perentori per modificare o precisare domande già proposte, o indicare nuovi mezzi di prova, lo stesso art. 183 prevede che il giudice, salvo che non reputi la causa già matura per la decisione senza la necessità di istruttoria, decida sull'ammissibilità e la rilevanza dei mezzi di prova richiesti dalle parti, fissando altresì l'udienza in cui le prove ammesse devono essere assunte. L'art. 81-*bis* disp. att. c.p.c., introdotto dalla riforma del 2009 ed ora parzialmente riscritto con la l. n. 148 del 2011, prevede poi che il giudice, "quando provvede sulle richieste istruttorie", debba anche, "nel rispetto del principio della ragionevole durata del processo", fissare "il calendario del processo con l'indicazione delle udienze successive e degli incombeni che verranno espletati". L'ultima parte della disposizione aggiunge che "i termini fissati nel calendario" possono essere prorogati in presenza di "gravi motivi sopravvenuti".

E' chiaro però che le norme che introducono preclusioni o fissano limiti all'attività probatoria delle parti in vista dell'ordinato svolgimento del processo, devono essere coordinate con le garanzie e i principi del giusto processo e non devono mai vanificare la effettività del contraddittorio o, come usano ripetere sia la nostra Corte costituzionale come pure le grandi Corti europee, decadenze e termini perentori con finalità acceleratorie non devono mai essere tali da rendere "eccessivamente difficile" se non addirittura impossibile l'esercizio del diritto di azione e difesa e, in particolare, quella sua estrinsecazione che è il diritto alla prova.

Adottando il criterio della "ragionevolezza" come parametro per valutare i tempi della giustizia, tanto l'art. 111 Cost. che gli analoghi precetti inseriti nelle Carte europee ci ricordano che la nozione di giusto processo richiede comunque che sia consentito un adeguato sviluppo delle garanzie processuali. E ciò vale ovviamente anche per il giudice quando – com'è il caso della disposizione dell'art. 81-*bis* disp. att. – il principio della ragionevole durata del processo viene indicato come criterio guida e parametro di riferimento dell'esercizio dei suoi poteri di direzione. "Ragionevole" è termine che esprime un'esigenza di equilibrio nel quale siano contemperate armoniosamente, per un verso, l'istanza di una giustizia amministrata senza ritardi e, per altro verso, l'istanza di una giustizia non frettolosa e sommaria (nella ricostruzione dei fatti controversi). I principi di ragionevolezza e di proporzionalità impongono inoltre che la tardività di deduzioni probatorie venga sanzionata solo nei casi in cui la inattività o l'omissione sia frutto di una accertata colpa od inerzia della parte. Lo ribadisce oggi la disposizione dell'art. 153 del codice di rito civile, prefigurando la rimessione in termini riguardo a tutti i poteri processuali, sia di allegazione sia di offerta probatoria, quando la decadenza si sia verificata per causa non imputabile alla parte.

3. Il diritto di difendersi provando e la selezione dei mezzi probatori attraverso il criterio della “rilevanza”. Il divieto di anticipazione della valutazione probatoria come limite al potere discrezionale del giudice.

Intesa alla stregua di un vero e proprio diritto, la possibilità di procurare al giudice l'esperienza conoscitiva dei fatti dal cui accertamento dipende il riconoscimento del diritto controverso, si articola in una pluralità di aspetti nella dinamica del procedimento probatorio. Una prima ed essenziale manifestazione di tale diritto può essere individuata nel diritto delle parti all'ammissione e all'assunzione delle prove di cui dispongono. Ciò non significa ovviamente che le parti possano far assumere qualsiasi prova, ma solo le prove utili alla dimostrazione dei fatti rilevanti per la decisione.

Afferma una recente pronuncia dei giudici di legittimità:

“Non è incompatibile (...) con il diritto delle parti di provare i fatti addotti, il giudizio (preventivo) circa la loro ammissibilità e rilevanza, posto che il criterio di selezione preventiva dei mezzi di prova deriva da evidenti esigenze di razionalità e di economia delle attività processuali, che da nessun ordinamento possono essere ignorate e che non sono incompatibili con il rispetto del principio del contraddittorio” (Cass. 21 settembre 2001, n. 11936). L'affermazione, condivisibile nella sua portata di principio, sollecita alcune precisazioni in ordine al significato del filtro della “rilevanza” ed ai problemi che sorgono con riguardo alla sua applicazione nella formazione degli elementi di giudizio.

Intanto giova ricordare che il giudizio di rilevanza della prova presuppone che si siano identificati i fatti principali e si sia così determinato il *thema probandum*.

Riguardo ai fatti, il termine rilevanza designa l'attitudine di un determinato fatto ad essere rapportato ad una norma, così che fatto rilevante diventa sinonimo di fatto giuridico. Rispetto alla prova il giudizio di rilevanza indica la potenziale idoneità del mezzo probatorio a fornire conoscenze utili circa l'esistenza o inesistenza (nel caso di prova contraria) dei fatti che costituiscono oggetto del *thema probandum*. La terminologia usata dal legislatore con riferimento ai mezzi di prova non è uniforme, preferendo alcune disposizioni parlare di prova “utile”, altre di prova “idonea”, altre ancora di prova “necessaria” o anche di prova “indispensabile” (ved. in vario senso artt. 191, 210, 213, 253, 437, comma 2°, c.p.c.). Tutti i termini richiamano comunque la struttura *relazionale* del giudizio di rilevanza: una prova non è rilevante o irrilevante in sé stessa, ma in relazione ad un enunciato fattuale che si intende provare.

Quanto al ruolo (o alla funzione) del criterio della rilevanza nella formazione del

giudizio di fatto si aprono prospettive diverse.²²

Il criterio di rilevanza potrebbe venire considerato come espressione di un principio generale di *inclusione*. In tal caso la regola fondamentale in tema di formazione del giudizio di fatto dovrebbe essere quella di ottenere un insieme di elementi conoscitivi o prove *il più ricco possibile*. In altri termini, adottando quella prospettiva, il processo giudiziale dovrebbe essere costruito in modo da facilitare l'incorporazione al processo del massimo numero possibile di prove rilevanti. Infatti, secondo un principio epistemologico indiscutibile, quanta più informazione rilevante è a disposizione di chi deve decidere, maggiore è la probabilità che egli decida correttamente. Si imporrebbe così la necessità di adottare il criterio della rilevanza come *unico* filtro per l'ammissione delle prove al processo. Ma così non è, come ci avverte ad esempio la stessa disposizione dell'art. 183, comma 7°, c.p.c., quando parla di assunzione di mezzi di prova ritenuti *ammissibili e rilevanti*.

Una caratteristica non solo del nostro ordinamento è che il principio (o criterio) della rilevanza, di solito, è accompagnato da diverse *regole di esclusione*; regole di esclusione che entrano in gioco proprio quando si tratta di prove rilevanti. E' il caso delle norme che non ammettono la testimonianza di determinati soggetti, o che riconoscono a determinati soggetti una facoltà di astensione per cui sono esentati dall'apportare informazioni "rilevanti" per il caso. Altre regole escludono elementi di giudizio logicamente rilevanti nell'intento di garantire la protezione giuridica di valori come le relazioni familiari, la riservatezza (*privacy*) o altri diritti fondamentali. E vi sono regole di esclusione dirette ad impedire l'abuso, a fini strategici, del possesso di certe informazioni. Può essere esclusa la prova presentata in secondo grado nel caso in cui essa era già disponibile alle parti nel momento processuale opportuno, durante il giudizio di primo grado (art. 345 c.p.c.).

Per quanto riguarda il criterio dell'ammissibilità, la tensione ed eventualmente il contrasto con il diritto di difendersi provando non deriva dal giudizio sul punto, bensì eventualmente dalla presenza delle norme che escludono o comprimono eccessivamente la possibilità di ricorrere a determinati mezzi di prova. Nel caso della "rilevanza" invece la tensione ed eventualmente il contrasto derivano non dalla norma che prevede la rilevanza come criterio di selezione delle prove bensì dal *giudizio di rilevanza* e l'eventuale applicazione impropria o eccessivamente restrittiva del relativo criterio da parte del giudice.

Il legislatore ci ricorda che il giudizio sulla rilevanza delle prove *precede* la loro assunzione. Il giudice ammette i mezzi di prova che "ritiene rilevanti", recitano le

²² Com'è noto, il principio di rilevanza trova applicazione rispetto alle prove *costituende*. Per le prove precostituite, come i documenti, si prevede la "produzione mediante deposito in cancelleria" senza selezione preventiva fondata sulla rilevanza (ved. art. 87 disp. att. c.p.c.).

disposizioni dell'art. 183, comma 7° (per il rito ordinario di cognizione) e dell'art. 420, comma 5°, c.p.c., (per il rito del lavoro). Emerge qui la necessità di tenere distinta la rilevanza dall'*efficacia* della prova stessa. Quest'ultima riguarda *l'esito* delle prove che sono state assunte e quindi l'apporto conoscitivo positivo o negativo da esse offerto per il giudizio di fatto e viene determinata non *ex ante*, bensì in sede di valutazione al momento della decisione finale,

Per stabilire se una prova sia rilevante o - come la giurisprudenza usa ripetere, non senza qualche incertezza - "influyente" o "pertinente"²³ si dice che il giudice è tenuto a vagliare se, "dato per scontato il risultato positivo della prova, questa sia utile per la formazione del suo convincimento" (Verde). Una prova va tendenzialmente ammessa anche in caso di dubbio sulla sua rilevanza ovvero quando appaia ipoteticamente idonea ad apportare elementi di conoscenza intorno ai fatti che debbono essere provati. La rilevanza della prova come filtro di carattere generale esige un'applicazione dalla quale il diritto alla prova non rischi di essere compresso e pregiudicato nel suo ruolo di garanzia. Un'anticipazione del risultato probatorio può dare luogo a pericolose presunzioni sul suo esito; e sfociare in affrettati provvedimenti di esclusione probatoria basati su motivazioni approssimative del tipo: "la prova non può fornire i risultati sperati". Evita simili effetti il criterio orientativo di considerare "rilevante ogni prova vertente su di una proposizione fattuale che, assunta come ipotesi vera, può costituire elemento di conferma logica della proposizione descrittiva del *factum probandum*" (Taruffo).

Una soluzione apprezzabile e saggia è adottata dalla legge processuale penale che all'art. 190, comma 1°, c.p.p., enuncia un criterio limitativo del potere giudiziale di selezione delle prove, stabilendo che il giudice opererà al riguardo escludendo (soltanto) le prove che "*manifestamente sono superflue o irrilevanti*". Adottando come criterio di selezione la rilevanza nella forma negativa, si fa in modo che la rilevanza non operi come criterio di una generale valutazione preventiva rimessa alla discrezionalità (insindacabile) del giudice, con tutti i pericoli di indebite restrizioni del diritto alla prova che ne conseguono, ma come eccezione ad un obbligo generale di valutazione *a posteriori*: solo a prove manifestamente irrilevanti (o estranee ai temi da provare) può essere precluso l'ingresso nel materiale da porre a fondamento della decisione finale. Il vero giudizio sull'apporto probatorio deve spostarsi dalla fase dell'ammissione alla fase della valutazione delle prove già acquisite, nel contesto dell'intero potenziale probatorio.

4. L'esclusione dei mezzi di prova sulla base della "superfluità" o per "i risultati già raggiunti". Il pericolo del "pre-giudizio" sulla forza persuasiva di altri elementi di prova.

²³ Con l'espressione "*pertinente*" ci si riferisce forse più propriamente alla relazione della prova con il suo specifico oggetto e quindi con il *thema*, il cui accertamento in un senso o nell'altro risulta (appare) influente per la decisione.

Per quanto attiene alle prove – spiegava la Corte di cassazione nella sentenza sopra citata (11936/2001)- “l’effettiva attuazione del principio del contraddittorio esige che sia reso possibile per ciascuna parte il concreto esercizio del diritto alla prova, inteso come diritto di dimostrare al giudice la realtà dei fatti a sé favorevoli con idonei mezzi rappresentativi di essi”. Componente essenziale di tale diritto è la possibilità di veder assunte le prove che abbiano superato il vaglio preliminare di ammissibilità e di rilevanza.

Invece, come abbiamo già avuto modo di notare, nel nostro ordinamento esistono situazioni gravemente impeditive dell’operatività di quel diritto. Prove ritenute ammissibili e rilevanti – anzi, in alcuni casi addirittura “indispensabili” - per l’accertamento dei fatti di causa non possono essere effettivamente acquisite al giudizio. L’esempio più eclatante (già segnalato) è quello dell’esibizione delle prove documentali. Anche se sia certo che il documento di cui si ordina l’esibizione sia l’unica prova possibile per accertare determinati fatti, l’attuazione di tale ordine non è affatto garantita. Le norme in materia non prevedono né la possibilità di un’esecuzione coattiva diretta dell’ordine del giudice, né sanzioni adeguate per il caso in cui la parte o il terzo rifiuti od ometta di esibire il documento.

Ma problemi di indebita compressione del diritto all’assunzione delle prove possono derivare anche dall’applicazione della regola per cui prove, preliminarmente ammesse come rilevanti, ad un certo momento dell’istruzione vengono ritenute “inutili” dal giudice in relazione all’esito delle prove già assunte.

L’art. 209 del codice di rito civile con la rubrica “chiusura dell’assunzione” dispone testualmente: “il giudice istruttore dichiara chiusa l’assunzione quando sono eseguiti i mezzi ammessi o quando, dichiarata la decadenza di cui all’articolo precedente, non vi sono altri mezzi da assumere, oppure quando egli ravvisa *superflua, per i risultati già raggiunti, la ulteriore assunzione*”. Si prefigura qui l’ipotesi che una prova che, considerata singolarmente è rilevante, risulti ridondante rispetto ad altre prove già acquisite al processo (ed incorporate nell’insieme degli elementi di giudizio) in quanto ha ad oggetto fatti già pacificamente dimostrati in atti. Si potrebbe parlare di *irrilevanza sopravvenuta per superfluità* (ritenendo nel concetto di rilevanza automaticamente compreso il riferimento ad un’esigenza di “non ridondanza”).

Quanto alla *ratio* della disposizione, un elementare principio di economia processuale vuole che nella formazione del giudizio di fatto non sia necessario procedere ad ulteriori mezzi istruttori – e quindi, ad esempio, esaurire tutti i mezzi inizialmente indicati ed ammessi – ove ciò sia di pregiudizio per il sollecito svolgimento del processo e comporti uno spreco evitabile di attività giudiziaria. In pratica ciò avviene quando il giudice decide di non esaurire la lista dei testi già ammessi e non “sfolgorati” preventivamente, ai sensi dell’art. 245 del codice di rito, che prevede la riduzione delle liste dei testimoni sovrabbondanti. Ma può aversi anche che il giudice decida di disattendere le istanze ulteriormente formulate dalle parti, qualora i mezzi proposti, nonostante la novità relativa dei fatti da provare, non appaiono comunque in grado di

portare alcun contributo al convincimento già formulato in base alle prove precedenti. È qui che si annuncia il pericolo di un “pre-giudizio” sulla forza persuasiva di altri elementi di prova che possa indurre il giudice a non avvalersi di elementi ulteriori capaci di ribaltare una convinzione già formata o in fase di formazione.

In linea di principio, l’esclusione della prova in considerazione delle risultanze probatorie già acquisite, può ritenersi giustificata solo quando manchi oggettivamente ogni ragionevole possibilità che la prova indicata sia suscettibile di portare un qualche elemento utile per la definizione della lite. Non dovrebbe essere consentito al giudice escludere l’assunzione di prove semplicemente contrarie o diverse rispetto al suo convincimento; prove che in quanto tali non possono considerarsi superflue, pena la violazione del diritto alla prova contraria della parte contro la quale giocano le prove già ammesse. In questi casi si profilerebbe anche una violazione del principio di imparzialità che impone al giudice di mantenersi “equidistante” da ciascuna delle parti in ogni fase processuale (e, perciò, gli prescrive di lasciare “aperta” la formazione del proprio convincimento sui fatti controversi) sino al momento finale della decisione, vietandogli di *anticipare* in qualsiasi forma ad un momento anteriore, ed a *precostituito vantaggio di una delle parti*, l’esito di valutazioni e apprezzamenti decisori da riservarsi, in veste definitiva, unicamente al termine del giudizio (Comoglio).

Una prassi giudiziaria fondata su una discutibile concezione del principio del libero convincimento del giudice appare poco sensibile al rischio che la “reputata” sufficienza di un convincimento raggiunto ad un certo momento dell’istruzione porti ad anticipare indebitamente un giudizio che si rende possibile (ed immodificabile) soltanto in fase di decisione, e venga così a privare la ricostruzione dei fatti di una prova di per sé rilevante, ma esclusa in quanto “superflua” o “ridondante”. Ne sono testimonianza le interpretazioni ed applicazioni di criticabile latitudine che l’art. 209 del codice di rito trova nella giurisprudenza. Si ammette, ad esempio, che il giudice possa chiudere l’assunzione di prove già ammesse anche quando queste tendano a contrastare il convincimento (che dovrebbe, però, essere sempre provvisorio) del giudice e si afferma che il giudice non è tenuto a disporre l’assunzione di prove di parte se ha già un convincimento contrario, *anche presuntivo* (Cass. 4 agosto 1982, n. 4376). Altre volte si dice che il giudice non è tenuto a respingere la richiesta di parte e a motivare la sua valutazione essendo sufficiente una motivazione implicita derivante dal provvedimento di chiusura dell’istruttoria (Cass. 2 aprile 1982, n. 2044).

In tutte queste situazioni la formazione del giudizio rischia di venire privata dell’apporto conoscitivo di prove che la parte ha dedotto. Non si può definire superflua una prova che miri a contrastare l’esito di altre prove e comunque a fornire una diversa versione dei fatti che debbono essere provati: “una prova diventa superflua solo quando ciò

che essa intende dimostrare è già stato altrimenti dimostrato” (Comoglio)²⁴.

Il *controllo* dell'esercizio del potere del giudice in questo campo è affidato all'esame del convincimento che il giudice manifesta nella fase della decisione. A tale riguardo non è molto rassicurante la giurisprudenza che afferma il potere del giudice di ritenere “superflua l'ulteriore assunzione della prova anche con una motivazione implicita” per i *risultati* raggiunti (così con riferimento alla riduzione delle liste testimoniali sovrabbondanti ai sensi degli artt. 209 e 245 c.p.c. Cass, 16 maggio 2000, n. 6361). La decisione del giudice di non dare ingresso alla prova richiesta dalle parti perché ritenuta “superflua” in ragione dei risultati già raggiunti, deve essere retta da un ragionamento giustificativo del diniego chiaramente ricostruibile. Un'esigenza, questa, non adeguatamente considerata dalla giurisprudenza quando afferma che il giudice non deve respingere espressamente la richiesta di nuovi mezzi istruttori “se la superfluità dell'attività istruttoria invocata possa implicitamente dedursi dal complesso della motivazione adottata” (Cass., 21 dicembre 1988, n. 6987). Il diritto alla motivazione sulla prova e sui criteri di selezione della stessa costituisce un'espressione essenziale delle garanzie fondamentali del “giusto processo”. Il cittadino che agisce in giudizio ha diritto di conoscere i motivi e le ragioni sulle quali si basa un atto che viene ad incidere sulla sua posizione giuridica; solo per tal via sarà in grado di tutelare adeguatamente i propri diritti. Nella materia in esame è in gioco il diritto di rappresentare la realtà dei fatti posti a fondamento della domanda o dell'eccezione e di partecipare in modo critico e costruttivo alla formazione del giudizio di fatto.

5. Il diritto di difendersi provando nel rapporto tra le parti: i requisiti di conoscenza e di

²⁴ Nella varietà degli scenari prospettabili, si è proposto di tener distinta la situazione in cui due o più prove di tipo diverso (ad es., una prova testimoniale e una prova peritale) vertono sullo stesso enunciato fattuale, rispetto alla situazione caratterizzata dalla presenza di più prove dello stesso tipo, come, ad es., due o più testimoni chiamati a deporre sullo stesso evento. Se un secondo testimone conferma la dichiarazione di un testimone anteriore la sua deposizione aumenta la affidabilità di ciò che ha dichiarato il primo, ma nuove prove dello stesso tipo hanno un rendimento decrescente. In più aumenta il pericolo di “straripamento” delle informazioni che rende difficile l'assunzione di decisioni. Nella situazione in cui si sia in presenza di prove di tipo diverso, entra in gioco la regola epistemologica che la varietà di esperimenti conferisce un maggior livello di conferma nel caso in cui il risultato delle diverse prove sia favorevole all'ipotesi. Anche in questo caso, però, si assiste ad un rendimento decrescente delle nuove prove che chiama il giudice a determinare un punto di equilibrio tra le diverse esigenze del rafforzamento del grado di conferma di un'ipotesi, da un lato, e l'esigenza di economia processuale, dall'altro, oltre il quale è giustificata la esclusione della prova, sempre che la sequenza non sia tra prova liberamente valutabile e prova legale, nel qual caso il ricorso alla prova nuova non potrà essere impedito (Ferrer).

parità processuale

Nel rapporto tra le parti il rispetto del diritto di difendersi provando esige anzitutto possibilità di reciproca conoscenza, tempestivamente acquisita nel processo delle prove (costituenti) dedotte e delle prove (costituite) prodotte. Dell'esigenza in parola si è resa interprete la Corte costituzionale allorché ha dichiarato la illegittimità dell'art. 292 c.p.c. nella parte in cui non prevedeva la notificazione al contumace del verbale in cui si dà atto della produzione della scrittura privata nei procedimenti di cognizione davanti al conciliatore e al pretore e al tribunale, in quanto l'art. 215 comma 1, n. 1, c.p.c., che dispone che si ha come riconosciuta dal contumace una scrittura privata prodotta in giudizio, anche quando di tale produzione egli non è messo in grado di avere notizia, “ implica ingiustificato aggravio per la posizione del contumace, e quindi lesione del diritto di difesa “ (Corte cost., 28 settembre 1986 n. 250 e 6 giugno 1989, n. 317).

Alla stessa preoccupazione è ispirata la dichiarazione di illegittimità dell'art. 318, comma 1 c.p.c. nella parte in cui non prevedeva che l'atto introduttivo del giudizio davanti al giudice di pace dovesse contenere, tra l'altro, l'indicazione della scrittura privata offerta in comunicazione dall'attore. L'indicata disposizione - come in precedenza quella dall'art. 313, comma 1 c.p.c. - non garantiva alla controparte convenuta la conoscibilità della scrittura privata che l'attore deposita al momento della sua costituzione in giudizio e si poneva, per tale ragione, in contrasto con l'art. 24 Cost. (sent. 22 aprile 1997, n. 110).

Nella fase di introduzione della prova va altresì salvaguardata la parità processuale delle parti quanto ai termini e alle preclusioni previsti per le loro attività in materia. Lo ha sottolineato la stessa Corte costituzionale, chiarendo con riguardo alla disciplina dettata per il rito del lavoro, che le decadenze (istruttorie) previste dall'art. 416 c.p.c. per il convenuto attengono anche al ricorrente (art. 414 c.p.c.). Come è noto, l'art. 416 c.p.c. prevede che nella memoria difensiva il convenuto deve, a pena di decadenza, indicare specificamente i mezzi di prova dei quali intende avvalersi ed in particolare i documenti che devono essere depositati insieme alla stessa memoria difensiva. La sanzione che per il convenuto si trova espressamente sancita dall'art. 416 c.p.c., ossia l'immediata indicazione “a pena di decadenza“ dei mezzi di prova - statuita la Corte, deve trovare applicazione anche a carico dell'attore (sent. 14 gennaio 1977, n. 13). (Il che però può mettere l'attore in una posizione particolarmente gravosa, almeno nelle cause più complesse, dovendo egli già nel ricorso indicare ogni mezzo di prova senza poter conoscere la posizione del convenuto.

Per ciò che riguarda l'ammissione dei mezzi di prova, il diritto di “ interloquire” e quindi il contraddittorio come metodo di acquisizione delle prove va assicurato con la possibilità di discutere e contraddire le prove “altrui” eccependo l'irrelevanza e l'inammissibilità della prova.

Com'è noto, il giudizio di ammissibilità e rilevanza si configura in maniera diversa a seconda che oggetto di tale controllo sia una prova precostituita o una prova costituenda. Infatti, mentre per le prove costituenti si pone immediatamente il giudizio di ammissibilità

delle stesse, ciò non accade per le prove precostituite, le quali entrano nel processo per il tramite del semplice *deposito* della parte, anche se non basta il fatto materiale per considerarle senz'altro acquisite al processo. Per aversi rituale produzione dei documenti, si è avvertito in giurisprudenza, che la parte interessata “deve esporre nei propri scritti difensivi gli *scopi* della relativa esibizione con riguardo alle sue pretese, derivandone altrimenti per la controparte l'impossibilità di controdedurre con conseguente lesione della regola del contraddittorio” (Cass. Sez. Un, 1 febbraio 2008, n. 2435). Si tratta di un avvertimento e un limite giustificati anche dall'esigenza di non aprire la strada a produzioni documentali elefantiache - oggi favorita dalle innovazioni tecnologiche - “idonee non solo ad intasare le scaffalature delle cancellerie (non sempre attrezzate di adeguati strumenti tecnologici) ma a mettere in difficoltà la controparte del “produttore” costretta ad esaminare centinaia o migliaia di carte per evitare di essere colta di sorpresa quando, negli scritti conclusionali, l'avversario estrarrà dal mucchio l'unico foglio significativo “ (Cavallone). Allo stesso giudice è di conseguenza inibito trarre da documenti comunque esistenti in atti determinate deduzioni o indicazioni necessarie ai fini della decisione, ove queste non siano specificate nella domanda espressamente fondata su di essi.

6. Il contraddittorio come garanzia e come limite nella formazione del giudizio di fatto.

Con l'introduzione del nuovo art. 111 Cost. – ci ha voluto ricordare la Corte costituzionale – “il legislatore ha dato formale riconoscimento al contraddittorio come metodo di conoscenza dei fatti oggetto del giudizio” precisando nella stessa pronuncia che “non possono trovare ingresso come prova in giudizio elementi conoscitivi unilateralmente raccolti che si sottraggono al vaglio di un controllo dialettico”. Si è ribadito così il ruolo del contraddittorio come *garanzia* e, al tempo stesso, come *limite* nella formazione del giudizio di fatto. D'altronde, se il contraddittorio come elemento qualificante era già fortemente dichiarato dall'art. 24, comma 2°, nel testo originario della Carta costituzionale, una sua riaffermazione nell'art. 111 Cost. inserito nella seconda parte della Costituzione, tra le regole minime della giurisdizione, non era inopportuna in quanto idonea a sottolineare che il contraddittorio, oltre ad essere *diritto* delle parti, è *regola del processo per il giudice*. Infatti, come garanzia il principio del contraddittorio nell'acquisizione della prova assume una valenza concernente non solo la situazione dei portatori degli interessi in conflitto ma anche l'assetto della giurisdizione collegandosi alla necessaria presenza di un organo giudicante che controlli il corretto esercizio dei poteri delle parti ed assuma le proprie determinazioni dopo aver ascoltato le loro opinioni.

“Il modello del processo che sta alla base dell'art. 111 Cost. – scrive Ferrua – è quello di un processo “cognitivo” volto alla formazione di un sapere attraverso la pratica comunicativa rappresentata dal contraddittorio”.

Si mette così in evidenza anche il valore *euristico* del contraddittorio. Posto che lo

scopo istituzionale precipuo della fase di prova nel processo giudiziale consiste nell'accertamento (della verità) dei fatti controversi o, più esattamente, nella verifica giudiziale delle proposizioni che ne affermano o negano l'esistenza (le "allegazioni"), il sistema processuale importa, sotto forma di istituzioni giuridiche, i meccanismi *epistemologici* necessari per raggiungere tale scopo. In questo caso, si può affermare che il modo di dare esecuzione in campo giuridico ai principi che facilitano la conferma dell'ipotesi consiste nel principio del contraddittorio.

7. La regola del contraddittorio nell'assunzione dei mezzi di prova che si formano nel processo.

Il codice di rito dedica una serie di disposizioni al rispetto del contraddittorio nella fase di *assunzione delle prove* con riferimento alle prove che si formano nel processo.. Così la disposizione dell'art. 202 c.p.c. che fa carico al giudice di stabilire il tempo, il luogo ed il modo di assunzione delle prove, e l'art. 206 c.p.c. che assicura alle parti di assistere anche personalmente, oltre che per mezzo dei proprio difensori, all'assunzione dei mezzi di prova (un'assistenza da intendersi in senso non meramente passivo come specificano altre disposizioni quali l'art. 194 comma 1 l'art. 252, comma2 e l'art. 253 comma 1 c.p.c.).

L'obiettivo di queste norme è di evitare che, assumendo prove in assenza o all'insaputa delle parti o di una di esse, il giudice possa procurarsi una base di conoscenza sostanzialmente diversa da quella assicurata agli interessati; di impedire che egli abbia il privilegio della percezione immediata, mentre questi ultimi devono accontentarsi di una documentazione (vale a dire, del processo verbale di cui parla l'art. 207 c.p.c) più o meno completa e attendibile, i cui dati sono già passati per il vaglio del magistrato senza una loro collaborazione. Senza dire poi degli eventuali errori, equivoci o altre mancanze incorse in sede di verbalizzazione che possono ripercuotersi negativamente a danno dell'interessato senza che questi abbia avuto la facoltà di far valere le proprie ragioni. Insomma, garantendo una reale partecipazione alle operazioni con cui si assumono gli elementi probatori, le disposizioni tendono a salvaguardare l'esigenza di una prova aperta, controllata e lealmente espletata come elemento qualificante del principio stesso del giusto processo²⁵.

²⁵ La prassi giudiziaria va spesso in altra direzione lasciando gli obiettivi perseguiti dalla norma sulla carta. Si tratta di cosa ben nota e spesso deprecata specie per quanto riguarda l'assunzione della testimonianza. Critica merita anche il carattere obsoleto delle modalità di assunzione della prova testimoniale di cui da tempo si auspica una radicale revisione, sia con l'introduzione di una ben regolata *cross examination*, sia con modalità di video registrazioni e verbalizzazioni su supporto magnetico. Si tratta in fondo di innovazioni modeste, anche sotto il profilo economico, ma che certamente potrebbero rendere alla prova testimoniale una efficacia ed una immediatezza, che attualmente questo mezzo di prova ha radicalmente perso.

All'attuazione dello stesso obiettivo in materia di consulenza tecnica è diretto l'art. 195 comma 3 c.p.c. nella sua formulazione dovuta alla l. n. 69 del 2009. Dettata da una specifica sensibilità nei confronti delle esigenze di difesa la disposizione prevede che le parti siano attivamente coinvolte nella fase di formazione della consulenza. A tal fine si stabilisce che l'elaborato non definitivo del consulente – la “bozza“ della relazione del consulente - venga trasmesso alle parti prima del deposito nella cancelleria del giudice, in modo di consentire loro di trasmettere le osservazioni scritte e le istanze alle quali poi, l'esperto dovrà fornire sintetica risposta contestualmente al deposito della relazione definitiva.

E' vero che già prima della riforma le parti potevano disporre di poteri di controllo, integrazione e reazione all'interno del sub-procedimento di consulenza tecnica in base agli artt. 87, 195 comma 2, 201 c.p.c., e artt.90 e 92 disp. att. c.p.c. E' anche vero però che il diritto ad intervenire alle operazioni tecniche “anche a mezzo dei propri consulenti” veniva inteso “ non come diritto a partecipare alla stesura della relazione medesima“ considerata “atto riservato al consulente d'ufficio“, ma soltanto “all'accertamento materiale dei dati da elaborare“ (così con riguardo al regime precedente Cass., 11 marzo 2011, n. 5897). Eventuali critiche potevano essere avanzate davanti al giudice dopo il deposito della relazione finale.

Formalizzando un vero e proprio contraddittorio nella formazione della conoscenza del fatto a mezzo dell'esperto, il nuovo regime rinvigorisce i poteri in capo alle parti, ossia valorizza il ruolo del perito di parte e, al tempo stesso, offre al giudice la possibilità di fruire più agevolmente dei risultati del confronto svoltosi all'interno del sub-procedimento di consulenza e di prendere contezza delle modalità di maturazione degli esiti.

Giova rimarcare però che se il legislatore ha cura di circondare l'acquisizione delle prove che si formano nel processo con disposizioni dettagliate e talvolta minuziosamente puntigliose, le stesse disposizioni di regola non sono rafforzate dalla previsione di adeguate *sanzioni processuali*. Le indicazioni che si desumono dalla disciplina generale della nullità degli atti processuali (artt.156 ss. c.p.c.) non risultano particolarmente rassicuranti. Così la giurisprudenza ribadisce ad esempio che le “irritualità“ che affliggono il procedimento istruttorio per consulenza tecnica hanno carattere sempre relativo e sanabile in mancanza di tempestivo rilievo della parte interessata (Cass., 8 giugno 2007, n. 13428). Correlativamente si è affermato che l'omissione di una delle comunicazioni relative al giorno, ora e modo di inizio delle operazioni peritali, non produce nullità “qualora risulti che le parti, con avviso anche verbale o *in qualsiasi altro modo*, siano state egualmente in grado di assistere all'indagine o di esplicitare in essa le attività ritenute convenienti “ (Cass., 7 aprile 2006, n. 8227). Il pericolo non troppo remoto è che l'inosservanza delle prescrizioni normative sull'acquisizione delle prove, declassata a mera innocua irregolarità, sfoci nella più ampia utilizzazione di prove comunque acquisite, all'insegna del criterio per il quale il benefico fine legittima anche il mezzo acquisito senza osservanza della relativa disciplina normativa.

8. La regola del contraddittorio nell'acquisizione di prove preformate al processo.

Ipotesi rilevanti di indebita limitazione della regola del contraddittorio si verificano a proposito di prove che si formano prima ed al di fuori del processo ma che aspirano ad essere ad essere utilizzate ai fini della formazione del giudizio di fatto.

Non a caso è su questo fronte che la Corte costituzionale già nelle sue prime grandi decisioni in materia ha avuto modo di evidenziare il ruolo del contraddittorio come garanzia e limite dell'acquisizione delle prove al processo e della formazione del giudizio di fatto. Ne è testimonianza la "storica" pronuncia del 22 dicembre 1961, n. 70 con cui la Corte dichiarò la illegittimità dell'art. 10, l. 23 maggio 1953, n. 253 nella parte in cui la norma demandava ad un ufficio amministrativo (il Genio civile), al di fuori del processo, l'accertamento, con efficacia di prova legale, dei presupposti tecnici al verificarsi dei quali sorgeva in capo al locatore il potere di far cessare la proroga legale dei contratti di locazione di immobili urbani. In quella sentenza la declaratoria di incostituzionalità avvenne sulla base del rilievo che l'accertamento e la valutazione dei fatti dedotti in giudizio a fondamento di una pretesa devono scaturire dal contraddittorio dinanzi all'organo giudicante, affinché il convincimento di quest'ultimo possa liberamente formarsi sulle allegazioni e sulle prove fornite dalle attività processuali di entrambe le parti.

Principi analoghi sono stati ribaditi in una serie di pronunce successive con cui la Corte ha censurato la vincolatività ed inopponibilità di accertamenti svolti da organi amministrativi prima ed al di fuori del processo, stabilendo che dati e risultati offerti da quegli accertamenti possono essere utilizzati ai fini della ricostruzione dei fatti controversi e posti a fondamento della decisione del giudice solo se suscettibili di essere sottoposti alla preventiva *discussione dialettica* delle parti. Una violazione della garanzia costituzionale si ha in presenza di normative ordinarie che vincolano il giudice e le parti ai risultati di accertamenti formati al di fuori del processo e privano una parte del diritto alla prova contraria e la formazione del giudizio di fatto del raggiungimento di un risultato conoscitivo sulla scena del processo.

Al rispetto del contraddittorio, effettivo o quanto meno potenziale, è subordinata altresì l'utilizzazione di prove raccolte in un diverso processo, civile, penale o amministrativo. "Bisogna rifiutare fermamente l'idea – avverte Tarzia – che la prova possa essere utilizzata per il solo fatto di essere stata raccolta in un processo qualsiasi e da un giudice qualsiasi: un'idea che appare intimamente lesiva del principio del contraddittorio, e di quella sua proiezione soggettiva che è il diritto alla prova". Il monito emerge con forza anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale che con la sentenza 26 marzo 1971, n. 55 ha dichiarato la illegittimità dell'art. 28 c.p.p. "nella parte in cui dispone(va) che nel giudizio civile o amministrativo l'accertamento dei fatti materiali che furono oggetto di un giudizio penale sia (fosse) vincolante anche nei confronti di coloro che rimasero ad esso

estranei perché non posti in grado di parteciparvi”. Soggetti *diversi* da quelli che furono presenti ed ebbero la opportunità di difendersi nel giudizio penale, ove siano parti (come attori, convenuti o intervenienti) in un giudizio civile od amministrativo nel quale si controversa di diritti il cui riconoscimento giurisdizionale dipende dall’accertamento dei fatti materiali che furono oggetto del giudizio penale, *non* devono trovarsi nell’impossibilità di rimettere in discussione la sussistenza o l’insussistenza di *fatti* al cui accertamento non parteciparono, pena di veder pregiudicato in misura determinante il proprio diritto di difendersi provando garantito dall’art. 24 Cost. Di qui la illegittimità dell’efficacia *vincolante* anche nei confronti di soggetti che non hanno partecipato al relativo giudizio (o non hanno avuto l’opportunità di parteciparvi) dell’efficacia *vincolante* dell’accertamento dei *fatti materiali* compiuto dal giudice penale.

Quanto alla giurisprudenza delle corti ordinarie, essa è solita risolvere o piuttosto eludere il problema dando spazio alle prove raccolte in diversi giudizi, anche tra parti diverse – eventualmente riconoscendo ad esse valore di *probatio inferior* – sulla base del principio del libero convincimento del giudice. Tale principio finisce così per offrire una sorta di “ombrello protettivo” ad operazioni sottratte ad un effettivo controllo dialettico.

9. Poteri istruttori del giudice e garanzia del contraddittorio. Il diritto alla prova contraria.

Come diritto di contraddire e in particolare come diritto alla prova contraria, la garanzia del contraddittorio assume rilevanza anche rispetto all’esercizio dei poteri istruttori del giudice²⁶.

²⁶ Si discute se il diritto di difendersi provando possa essere tradotto anche in un diritto ad una prestazione - all’ammissione (e all’assunzione) della prova – o se al giudice vada riconosciuto il potere di decidere secondo criteri insindacabili se dare o negare ingresso ad una prova a seguito di un’istanza probatoria proposta dalla parte.

La giurisprudenza si è resa a volte interprete della posizione più garantistica affermando, con riferimento alla richiesta di esibizione documentale ai sensi dell’art. 210 c.p.c. che:

“l’istanza della parte costituisce esercizio del suo potere di provare ovvero del suo diritto alla prova, che, come emerge dalla costante giurisprudenza costituzionale, è una delle situazioni giuridiche soggettive tutelate dall’art. 24 Cost. Potrebbe quindi dubitarsi della legittimità costituzionale dell’art. 210 c.p.c. se, alla tregua dell’opposto orientamento, si dovesse ritenere che la norma rimette al mero arbitrio del giudice (a questo infatti si ridurrebbe un potere discrezionale in alcun modo controllabile) la realizzazione di un diritto costituzionalmente protetto, il quale, seppure può essere assoggettato a limiti per il perseguimento di altri fini costituzionalmente rilevanti, non può certamente essere del tutto cancellato”.

“In realtà, sul piano generale, l’attribuzione al giudice di un potere discrezionale, non implica necessariamente anche che tale potere sia sottratto a controllo, essendo vero piuttosto il contrario principio secondo il quale ogni pubblico potere deve essere esercitato in modo controllabile “.

Grande importanza acquista sotto questo profilo la motivazione che dovrebbe sempre accompagnare i provvedimenti in materia di ammissione delle prove proposte dalle parti come si desume oltretutto dal fatto che il giudice deve provvedere con *ordinanza* per la quale la legge prevede l’obbligo di motivazione (art. 134 c.p.c.). Il giudice che ometta “ qualsiasi valutazione esplicita o implicita dell’eventuale rigetto dell’istanza proposta da una delle parti ai sensi dell’art. 210 c.p.c. – avverte ancora la Corte – rende la sua

Vi è nelle legislazioni processuali moderne una chiara tendenza a dare spazio ai poteri di iniziativa dell'ufficio nell'acquisizione del materiale probatorio. Del vecchio broccardo *“iudex secundum alligata et probata partium decidere debet”* è rimasto il vincolo giudiziale agli *alligata partium* come espressione essenziale del principio dispositivo. Scelta del materiale di fatto e scelta dei mezzi per provarlo, anche nel disegno normativo del nostro codice di rito civile, si collocano su piani diversi (ved. rispettivamente, l'art. 112 e l'art. 115 c.p.c.). La costruzione del “repertorio delle informazioni utilizzabili per il giudizio di fatto” non è riservato alle parti del processo, vi concorre anche il giudice nell'esercizio dei poteri attribuitigli dalla legge; poteri destinati ad *integrare* le iniziative probatorie delle parti sfruttando, se del caso, le “piste istruttorie” suggerite dalle parti, come ci ricorda espressamente l'art. 281 *ter* c.p.c. quando stabilisce che “il giudice può disporre d'ufficio la prova testimoniale formulandone i capitoli, quando le parti nella loro esposizione dei fatti si siano riferite a persone che appaiono in grado di conoscere la verità”.

Poteri di disposizioni della prova sono attribuiti al giudice rispetto all'ispezione di luoghi (art. 118 c.p.c.), alla consulenza tecnica (art. 61, 191 ss. c.p.c.) alle richieste di informazioni scritte alla pubblica amministrazione (art. 213 c.p.c.) all'interrogatorio non formale delle parti (art. 117 c.p.c.). Anche più alto è il tasso di “ufficiosità” dell'istruttoria nel processo riguardante le controversie individuali di lavoro, dove l'art. 421 c.p.c. al secondo comma enuncia che “ il giudice può (...) disporre d'ufficio in qualsiasi momento l'ammissione di ogni mezzo di prova, anche fuori dei limiti stabiliti dal codice civile, ad eccezione del giuramento decisorio (...)”.

Questo ampliamento delle iniziative probatorie del giudice, se da un lato merita di essere positivamente apprezzato in quanto funzionale ad una definizione delle controversie civili sulla base della conoscenza effettiva dei fatti controversi e non della regola formale di giudizio basata sull'onere della prova – il processo è giusto anche nella misura in cui sia strutturato in modo da indirizzarsi a produrre risultati accurati – dall'altro lato non è senza insidie. Insidie che non nascono dall'esistenza dei poteri istruttori. La Corte costituzionale ha avuto modo di chiarirlo con la sentenza 10 maggio 1979 n. 10 allontanando il sospetto che la disposizione dell'art. 421 c.p.c. fosse norma a solo favore dell'attore con pregiudizio della stessa imparzialità dell'organo. Il punto delicato è il *corretto* esercizio dei poteri in questione di cui il contraddittorio e il diritto di difendersi provando diventano garanzia e limite.

Vi è un limite anzitutto nel senso che l'esercizio dei poteri istruttori non deve essere vissuto dal giudice come momento di ricostruzione autoritaria della vicenda processuale al di fuori dell'apprezzamento critico e valutativo degli interessati. Un limite

decisione censurabile in cassazione con conseguente rinvio della causa al giudice di merito per un nuovo esame “. L'affermazione di principio sarebbe stata più coerente se la Corte avesse evitato il riferimento alla “motivazione implicita” che, il più delle volte, è una non motivazione che sottrae le scelte del giudice alla possibilità di un controllo effettivo delle parti.

si configura poi nel senso che alle parti va riconosciuta la facoltà di interloquire sulla sussistenza dei motivi che giustificano l'iniziativa ufficiosa al fine di ottenere, se del caso, la revoca dell'ordinanza con la quale sia stato disposto il mezzo istruttorio. Necessità ulteriore è che il giudice sia disposto ad ammettere prove e controprove in relazione a quelle ordinate d'ufficio. Quando il giudice dispone una prova d'ufficio egli si trova rispetto all'esigenza del contraddittorio nella stessa posizione delle parti. Al giudice spetta non soltanto di far osservare, ma di osservare egli stesso il fondamentale principio del contraddittorio.

La dottrina ha avvertito questa esigenza quando ha ricostruito il sistema disegnato dalla legge sul processo del lavoro integrando il richiamo esplicito nell'art. 421 comma 2 al solo comma 6 dell'art. 420 con il richiamo al comma 7 dell'art. 420 cpc che, in ipotesi di ammissione di mezzi di prova, impone una pausa al procedimento ed attribuisce alla controparte il potere di dedurre la prova contraria.

Non si può condividere invece l'affermazione della Corte costituzionale in un suo provvedimento di qualche anno fa per cui si delineerebbe una violazione della parità delle parti in caso di esercizio del potere ufficioso, una volta esauriti i poteri delle parti di formulare istanze istruttorie, in quanto per tal via si finirebbe " per aggirare, in favore di una parte, e in danno dell'altra, gli effetti del maturarsi delle preclusioni " (Ord. 14 marzo 2003, n. 69). In realtà, è la stessa normativa del codice di rito che ha cura che in tale ipotesi non si consumi una violazione delle garanzie costituzionali delle parti stabilendo all'art. 183 comma 8 c.p.c. che l'esercizio di un potere istruttorio ufficioso riapre i termini per le deduzioni probatorie a favore di tutte le parti. L'assegnazione di tali termini (già prevista dal testo dell'art. 184 comma 3 uscito dalla riforma del 1990 -95) è diretta a garantire l'attuazione del diritto alla prova di fronte all'esercizio dei poteri istruttori ufficiosi, mentre per l'iniziativa del giudice la legge prevede una preclusione sufficientemente discosta ("l'ordinanza di cui al comma 7 dell'art. 183") da permettere al giudice di esercitare l'integrazione officiosa nell'interesse di un'accurata ricostruzione del fatto quando è a conoscenza delle prove di parte.

Pertanto, non si può ignorare che in pratica i giudici tendono ad esercitare i propri poteri istruttori di rado e mal volentieri. In mancanza di dati statistici che consentano di sapere con precisione con quale frequenza i giudici civili ricorrono all'ammissione ufficiosa di mezzi di prova, due elementi sono stati individuati per spiegare l'utilizzo pressoché inesistente nella prassi giudiziaria. In primo luogo, il carattere sussidiario, perché successivo, del potere del giudice nei confronti del previo esercizio del medesimo potere delle parti all'interno del sistema di preclusione che disciplina la fase introduttiva. Ciò significa che l'opportunità di introdurre prove d'ufficio si ha solo quando le deduzioni istruttorie delle parti sono insufficienti o tardive. In secondo luogo, lo spirito burocratico spinge il giudice a non impegnarsi nell'ammissione di mezzi di prova non dedotti dalla parte negligente (Chiarloni).

Un altro elemento di sicuro rilievo è legato all'attuale disfunzione del processo civile (ordinario) che "vede il giudice come un personaggio che resta in ombra durante lo svolgimento del processo. Troppo spesso egli è ridotto ad una sorta di *calendario parlante*, ad un mero dispensatore di rinvii che fissa l'udienza successiva in cui si farà, se si farà, una cosa che dovrebbe e potrebbe essere fatta subito. L'autentica presenza del giudice viene così a concentrarsi nel momento ultimo della decisione della causa" (Borré).

10. Il dialogo processuale nelle prove per induzione: presunzioni semplici e argomenti di prova. Il divieto della "terza via" vale anche nel giudizio di fatto.

Una volta appurato che dal punto di vista dello scopo della garanzia il diritto di difendersi provando tende ad assicurare alle parti una possibilità effettiva di influire sulla formazione del giudizio di fatto la sua operatività non può arrestarsi sulla soglia dell'acquisizione al processo del materiale probatorio. Occorre assicurare anche l'effetto dell'attività probatoria, ossia la *presa in considerazione* delle prove. Se il giudice potesse risolvere la *quaestio facti* senza tener in alcun conto le prove dedotte dalle parti, la garanzia del contraddittorio come metodo di formazione dei provvedimenti giurisdizionali, sarebbe destituita di ogni apprezzabile significato.

Problemi sorgono peraltro non solo riguardo alle prove che il giudice trascura ma anche con riguardo a quelle che egli sceglie di porre a base della decisione sul fatto. In particolare è nel caso del ricorso alle *prove per induzione* (presunzioni semplici ed argomenti di prova) che più palesemente si delinea il pericolo che le parti vengano private della possibilità di conoscere e di discutere preventivamente la ricostruzione dei fatti sulla quale il giudice tende a fondare la propria decisione. Ciò perchè nel caso del ragionamento presuntivo il giudice "crea" la prova nel momento della decisione della controversia. Rispetto al relativo ragionamento le parti rischiano di trovarsi con il solo rimedio dell'impugnazione, se non sono poste in condizioni di poter interloquire prima per contrastare la - e contribuire criticamente alla - ricostruzione dei fatti che il giudice deriverà dagli indizi raccolti.

Con l'espressione prove per induzione si designano quei mezzi di prova che consistono essenzialmente in un'inferenza che muove da determinate premesse rappresentate da enunciati relativi a circostanze di fatto per giungere, sulla base di idonei criteri, alla formulazione di conclusioni relative alla verità o alla falsità di un diverso enunciato relativo ad un fatto della causa.

A livello più semplice la loro struttura può essere descritta così: un enunciato che descrive un fatto x (*factum probans*) serve da premessa per un'inferenza che ha come conclusione un enunciato che descrive il fatto y (*factum probandum*) (Taruffo).

Secondo le indicazioni del legislatore nel caso delle presunzioni semplici (art. 2727 e 2729 c.c.) il procedimento inferenziale deve sostanziarsi in una valutazione degli

elementi raccolti, che, compiuta attraverso il filtro delle massime di esperienza, fornisce al fatto da provare un tessuto connettivo razionale e sufficiente per renderlo un' ipotesi attendibile nel rispetto dei requisiti della precisione, gravità e concordanza fissati dall'art. 2729 c.c.. La conoscenza del *factum probans* di regola non è oggetto di apposita deduzione o ammissione di prova. Inoltre, un fatto non è *factum probans* o fonte di presunzione in se ma solo in quanto, e quando, il giudice ritenga di poterne derivare una inferenza relativa alla verità o alla probabilità di un altro fatto. Ce lo ricorda la stessa disposizione dell'art. 2729 c.c. che nell'ultima parte evoca il *prudente* apprezzamento del giudice e quindi il ragionamento che il giudice pone in essere per trarre una conclusione.

Fatto noto (*factum probans*) può essere anche un *comportamento* omissivo o commissivo della parte (di per sé non preordinato alla formazione del convincimento del giudice) dal quale il giudice, per esplicita disposizione dell'art. 116 comma 2 c.p.c. può trarre "argomenti di prova". Gli argomenti di prova hanno una struttura inferenziale simile a quella della presunzione poiché in entrambi i casi si assume come premessa un fatto - nel caso dell'art. 116 comma 2 c.p.c. il comportamento di una parte - e da questa premessa si deriva una conclusione relativa all'esistenza o inesistenza di un altro fatto.

L'art. 116 comma 2 c.p.c. fa esplicito riferimento alle risposte che le parti danno al giudice nell'interrogatorio libero, al rifiuto ingiustificato a consentire l'ispezione (e, indirettamente, al rifiuto ingiustificato di esibire un documento) e, in generale, al comportamento processuale delle parti. Altre ipotesi di rinvio esplicito alla disposizione in parola sono costituite dall'art. 185 c.p.c. a proposito della mancata conoscenza dei fatti da parte del procuratore che compare in luogo della parte all'udienza fissata per l'interrogatorio libero e il tentativo di conciliazione, e dall'art. 200 comma 2 c.p.c. a proposito delle dichiarazioni delle parti inserite nel verbale di mancata conciliazione di fronte al consulente tecnico che effettua l'esame contabile.

Al di là delle fattispecie previste da norme specifiche, la figura degli "argomenti di prova" è stata dalla giurisprudenza estesa a varie altre ipotesi di comportamento delle parti. Così, ad esempio, come abbiamo avuto modo di ricordare, al rifiuto di una parte di sottoporsi a test ematologici o genetici finalizzati alla prova della paternità naturale.

Ad un procedimento inferenziale senza esplicito richiamo del concetto di "argomento di prova" fa riferimento anche la disposizione dell'art. 420 comma 1 e 2 c.p.c. quando dice che la mancata comparizione delle parti e la mancata conoscenza dei fatti da parte del procuratore che compare in luogo della parte, sono valutabili dal giudice " ai fini della decisione ". Tutte queste norme indicano al giudice la opportunità di formulare inferenze probatorie assumendo come premesse le particolari circostanze che le norme indicano.

Quanto *all'efficacia probatoria*, è noto che l'art. 116 comma 2 ha dato luogo a divergenze di opinioni per ciò che riguarda gli argomenti di prova da molti considerati una *probatio inferior*. In realtà, l'efficacia probatoria del risultato o della conclusione del procedimento inferenziale può essere maggiore o minore a seconda del criterio che viene

impiegato per formulare l'inferenza. Anche l'argomento di prova può portare a conclusioni sorrette da un grado di conferma più o meno elevato, per cui non ha fondamento l'opinione diffusa secondo la quale l'argomento di prova dovrebbe essere considerato una *probatio inferior* e non dotato di un'efficacia probatoria autonoma idonea soltanto a servire alla valutazione di altre prove (Taruffo). Anche un corposo indirizzo giurisprudenziale riconosce che, se ricorrono le condizioni per una valutazione adeguata dell'argomento di prova, questo può essere posto anche da solo a fondamento della decisione del fatto (Cass., 9 aprile 2009, n. 8733; Cass., 5 giugno 1981, n. 3344). Ma non è questo il profilo problematico delle prove per induzione. Le insidie riguardo al rispetto del contraddittorio e la opportunità di un effettivo diritto di difendersi provando si nascondono altrove.

Come ricordavamo le prove per presunzione si prospettano come prove che vengono "create" dal giudice nel momento della formazione del giudizio; sono prove che nascono nella mente del giudice quando questi formula il proprio convincimento sui fatti di causa. Le parti, di regola, non sono in grado di individuare le circostanze, ossia i fatti noti che il giudice sceglierà dall'eterogeneo complesso degli elementi di fatto di cui dispone e sui quali fonderà le argomentazioni relative ai fatti da provare, né sono in grado di conoscere la catena inferenziale che potrà il giudice da in fatto nato ad un altro fatto ignoto. Insomma, non sono in grado di sapere se, ad esempio, dal comportamento processuale della parte, dal rifiuto di consentire un'ispezione o dal rifiuto di esibire un documento in giudizio il giudice trarrà elementi probatori e attraverso quale processo inferenziale. Di conseguenza, le parti stesse non sono di regola in condizioni di poter svolgere attività probatoria o argomentazioni volte a contrastare la ricostruzione dei fatti che il giudice deriva dalle presunzioni, con conseguente esclusione oggettiva di un reale contraddittorio. Non sapendo *se* il giudice formulerà presunzioni, né *su che cosa* egli potrà fondarle né infine *rispetto a quali fatti* si servirà della prova presuntiva, i contendenti si trovano nell'impossibilità di incidere in modo critico e costruttivo sulla formazione del convincimento giudiziale. Il che, unito ad una motivazione meramente implicita dell'accertamento presuntivo, rischia di creare "all'interno dell'ordinamento una zona franca nella quale viene collocato l'accertamento del fatto al di fuori di ogni inquadramento razionale e giuridico del fenomeno" (Taruffo).

Il problema della difesa rispetto all'impiego delle prove per induzione nella formazione del convincimento in fatto appare quindi di sicuro rilievo. E giustamente si è rilevato la necessità di istituire in tale materia – come strumento di controllo e di prevenzione di deviazioni della valutazione del giudice – *un contraddittorio preventivo* delle parti sull'ipotesi di giudizio di fatto che il giudice ritiene di poter costruire sulle prove presuntive; un contraddittorio preventivo per cui il giudice è chiamato a sottoporre le sue inferenze al confronto argomentativo delle parti *prima* della decisione.

Un'indicazione in tal senso, ed anzi lo strumento per attivare questo contraddittorio preventivo è offerto oggi dalla disposizione del nuovo secondo comma dell'art. 101 c.p.c. dettato a tutela della fondamentale esigenza di consentire alle parti la piena esplicitazione

del loro diritto di concorrere, con la propria attività critica e costruttiva alla formazione del convincimento del giudice. Il riferimento dell'art. 101 c.p.c. alle “questioni rilevabili d'ufficio”, secondo una lettura costituzionalmente orientata, non può essere intesa alle sole questioni pregiudiziali in senso tecnico, ma include anche le questioni di fatto come appunto quella riguardante l'eventualità che la decisione venga fondata (anche o soltanto) su argomento di prova o presunzioni semplici.

11. La valutazione delle prove e il principio del libero convincimento. Il diritto delle parti di influire sull'accertamento giudiziale.

Dopo che si è formato l'insieme degli elementi di giudizio sulla base dei quali si dovrà prendere la decisione sui fatti, viene il momento di valutare il sostegno conoscitivo offerto da tali elementi, individualmente e congiuntamente, alle diverse ipotesi fattuali in gioco. In questa fase del procedimento probatorio l'effettiva attuazione del principio del contraddittorio esige – per riprendere l'insegnamento della Corte di cassazione - “che il convincimento del giudice si formi sulla base dei risultati dell'attività probatoria svolta da ciascuna delle parti”.

Ovviamente, non è che valutazione delle prove non si abbia fino a tale momento. Il giudice svolge attività di valutazione durante la fase di ammissione delle prove, allorché verifica la *rilevanza* di un mezzo di prova e svolge attività valutativa al fine di determinare se ordinare, d'ufficio o su istanza di parte, una nuova prova su un elemento della fattispecie che non sia sufficientemente acclarato o se assumere una nuova prova sulla affidabilità di una prova già assunta. Si parla di valutazione *in itinere* diretta ad individuare insufficienze, limiti, contraddizioni negli elementi di giudizio via via acquisiti, al fine di dare loro soluzione. Una cosa diversa è la valutazione della prova che il giudice è chiamato a compiere allorché l'insieme degli elementi di giudizio è stato acquisito e si tratta di determinare il grado di conferma che tale insieme offre alle diverse ipotesi fattuali in conflitto. In altri termini, cosa diversa è la valutazione nel momento della formazione del convincimento giudiziale, quando si tratta di riordinare i “messaggi” che emanano dai singoli tasselli che compongono il quadro probatorio e comporli in un giudizio adeguatamente motivato. In questo momento insieme alla libertà del giudice di determinare l'efficacia delle prove, nella prospettiva della garanzia del diritto alla prova assume importanza il dovere del giudice di valutare tutte le prove acquisite per iniziativa delle parti.

Negli ordinamenti moderni il tema della valutazione della prova è dominato da un principio di ordine generale noto come principio del “libero convincimento” o della “libera valutazione delle prove”. Nel nostro ordinamento il principio è enunciato nell'art. 116 comma 1 c.p.c. che ha cura di circondarlo da una duplice qualificazione.

La prima avverte che la valutazione delle prove deve sostanziarsi in un “prudente apprezzamento”, mettendo così in guardia lo stesso giudice contro le deviazioni di una eccessiva libertà di apprezzamento; contro operazioni sottratte ad ogni forma di

ragionevolezza. “La formula del prudente apprezzamento - recita una massima giurisprudenziale - allude alla ragionevole discrezionalità del giudice nella valutazione “ (Cass., 10 novembre 2003, n. 16831). La seconda precisazione chiarisce che il principio della libera valutazione non opera in termini generali ed assoluti: sono fatte salve le ipotesi in cui “ la legge disponga altrimenti “.

Con questo inciso, la disposizione fa riferimento (soprattutto) ai limiti alla libertà di convincimento del giudice che derivano dalle norme di *prova legale* esistenti nel sistema (e non sono né poche né irrilevanti) che impongono al giudice di considerare “vere“ le proposizioni fattuali confermate da determinati mezzi di prova. Così gli artt. 2699 – 2720 c.c. contengono una serie di norme di prova legale che riguardano l'autenticità dei documenti pubblici o privati; e prova legale è la confessione giudiziale in presenza delle condizioni previste dall'art. 2733 c.c..

Limiti alla libertà del convincimento del giudice derivano anche dalle regole cd. di “prova legale negativa“ che proibiscono di fondare il giudizio di fatto, in via esclusiva o assorbente su determinate risultanze. Un esempio può rinvenirsi nella disposizione dell'art. 2729 c.c. che condiziona l'uso di presunzione semplici ai requisiti della gravità precisione e concordanza. “Il giudice non deve ammettere che presunzioni gravi, precise e concordanti“ ammonisce la disposizione. E al fenomeno delle prove legali negative viene accostata anche la disciplina degli “argomenti di prova“ (art. 116 comma 1 c.p.c.) da coloro che ritengono che essi si distinguano dalle prove per non essere di per sé sufficienti a fondare il convincimento del giudice. Ma in entrambi i casi – tanto delle presunzioni semplici che degli argomenti di prova - si tratta di limiti più apparenti che reali. Si ammette comunemente dalla giurisprudenza che anche una sola inferenza presuntiva, purché grave e precisa, possa bastare a fondare l'accertamento del fatto (Cass., 5 luglio 1990, n.7084). Il requisito della concordanza trova applicazione nell'eventualità che vi siano più inferenze presuntive nel caso concreto, al limitato scopo di escludere che l'accertamento del fatto possa fondarsi su presunzioni tra loro divergenti e quindi incapaci di fare apparire una conclusione come preferibile ad un'altra. Ma non è una peculiarità delle presunzioni. Anche le prove, se più di una è disponibile caso per caso, in sede di giudizio dovranno prospettarsi gravi, precise e concordanti. Pertanto si è detto non senza ragione che “in termini generali non sembra che la razionalizzazione del giudizio di fatto attraverso precetti normativi vincolanti in tema di valutazione delle prove sia ai nostri giorni un fenomeno importante” (Cavallone). Anche in un sistema, come il nostro, che a tenore dello stesso art. 116 ammette eccezioni rappresentate da prove legali, la regola generale è comunque la libera valutazione delle prova.

Se risulta chiara la portata “negativa“ della disposizione relativa al libero convincimento del giudice – abbandono tendenziale del sistema fondato sulla predeterminazione legale dell'efficacia della prova – non poche difficoltà incontra il tentativo di definire i contorni del suo significato “positivo” ; e così di individuare i criteri e gli standards che devono orientare la valutazione probatoria per rispondere al canone del

“prudente apprezzamento“ e, correlativamente, per rispettare il diritto delle parti di vedere il convincimento del giudice formarsi sulla base dei risultati dell'attività probatoria da loro svolta.

Limitandoci ad alcuni rilievi di carattere generale in ordine a quest'ultimo aspetto, diciamo che il rispetto del diritto in parola richiede che tutti gli elementi probatori ritualmente acquisiti al processo diventino oggetto di apprezzamento da parte del giudice nella fase di formazione del giudizio. La relativa valutazione non può limitarsi all'esame isolato dei singoli elementi, ma deve essere globale nel quadro di una indagine unitaria ed organica. La ribadisce la giurisprudenza quando afferma che “al giudice non è consentito di fondare il suo convincimento sull'esame isolato di singoli elementi istruttori, nonché di ritenere ciascuno insufficiente a fornire ragionevole certezza su una determinata situazione di fatto: dovendo il relativo giudizio derivare da un'organica e complessiva valutazione di essi nel quadro unitario dell'indagine probatoria “ (Cass. 19 marzo 2009, n. 6697). Nello stesso tempo però il giudice non è vincolato a fondare la decisione su prove determinate (a meno che non si tratti di prove legali) ma sulle prove che ritenga più efficaci. In altri termini, nel quadro di una organica valutazione di tutte le risultanze processuali al giudice deve essere consentito di selezionare i dati probatori su cui fondare l'accertamento del fatto nel discorso giustificativo o, per dirla ancora con la giurisprudenza, di “scegliere fra le risultanze probatorie quelle ritenute idonee ad acclarare i fatti oggetto della controversia“ (Cass. 2009 n. 6697 cit.). La stessa giurisprudenza considera censurabile l'omesso esame di prove purché esse fossero idonee a dare la dimostrazione sicura e diretta di circostanze che, se fossero state considerate, avrebbero necessariamente comportato una decisione diversa.

Resta il problema più complesso: e cioè, individuare i canoni che devono guidare il giudice nella valutazione dello spessore probatorio dei mezzi di prova nel controllo della loro attendibilità e concludenza.

Quello che è certo, è che se il giudice deve essere libero di valutare discrezionalmente le prove, non può essere libero di non osservare una metodologia razionale nell'accertamento dei fatti controversi. Una libertà di valutazione configurata come assoluta, sganciata da criteri e regole di razionalità e ragionevolezza (oltre che da vincoli legali) sfocia fatalmente nell'arbitrio e rischia di fare del libero convincimento uno strumento per occultare operazioni sottratte ad ogni controllo di logicità e coerenza ed affidate al solo foro interno del decidente (ossia all'“intuizione“, incomunicabile e indimostrabile dote soggettiva a confine con l'arbitrio).

Valutazione discrezionale ma razionale significa che il giudice deve dare al ragionamento probatorio una struttura logica riconoscibile, la cui validità sia controllabile dai destinatari della decisione. Sul piano operativo ciò avviene tendenzialmente attraverso un sistema di inferenze probabilistiche di natura induttiva che collegano proposizioni relative a fatti noti – i “messaggi” che emanano dal quadro probatorio – a proposizioni relative a fatti ignoti da provare, tramite il riferimento a criteri o regole conoscitive. Un

ruolo di grande importanza assumono al riguardo le massime di esperienza (o nozioni di comune esperienza) che attribuiscono un certo valore di probabilità alle inferenze e quindi alla conclusione relativa alla “verità“ o falsità del *factum probandum*. La logica diviene elemento di saldatura del materiale probatorio disponibile e guida per la formazione del giudizio, ma si tratta di una logica non disgiunta da molteplici altre componenti proprie del giudicante, quali la cultura, l’intelligenza, l’esperienza, l’ideologia, il bagaglio soggettivo individuale (Melchionda).

Per i destinatari del provvedimento giudiziale, è essenziale che il giudice non solo osservi ma espliciti i criteri, le scelte e le inferenze che giustificano la valutazione compiuta sulle prove ed il conseguente giudizio sul fatto: il peso della valutazione delle prove si “scarica” così sulla motivazione del giudizio, sul ragionamento giustificativo che il giudice deve formulare per motivare la propria decisione.

12 .La formazione del giudizio di fatto e l’obbligo di motivazione.

Imposta dalla Costituzione come componente essenziale dei provvedimenti giurisdizionali (art. 111, comma 7, Cost.), la motivazione è strumento di razionalizzazione e di controllo del giudizio di fatto. Si parla anche della “ funzione di contenimento “ svolta dalla motivazione e di “ preventiva remora da possibili arbitri “ scaturenti dall’eccessiva dilatazione del principio del libero convincimento.

Guardando alla disciplina dettata dagli art. 132 n. 4 c.p.c e 118 disp. att. c.p.c si evince anzitutto che motivare vuol dire dar conto delle ragioni di una decisione racchiusa nel dispositivo; non è invece motivare il descrivere lo svolgimento del processo, il descrivere i fatti che rappresentano le varie tappe del procedimento. Qui il giudice *riferisce* attività svolte dinnanzi a sé non *giustifica* invece le proprie scelte. Con l’esposizione in forma narrativa degli episodi rilevanti del procedimento si vuole offrire la “storia“ del processo in modo da soddisfare un’esigenza di informazione senza necessità di attingere agli atti.

Dall’altro lato, quando la legge richiede che nella sentenza siano enunciate le “ragioni di fatto“ queste non possono ridursi all’esposizione del risultato dell’accertamento giacché in tal modo il discorso giustificativo del giudice si ridurrebbe alla descrizione del fatto o dei fatti posti a fondamento della domanda con la dichiarazione che la loro sussistenza è stata o non è stata accertata a conclusione del processo. Il dovere di motivare comporta qualcosa di più della semplice esposizione del fatto accertato e qualcosa di più della semplice dichiarazione del raggiunto convincimento circa l’esistenza o inesistenza di un certo fatto o di un complesso di fatti. Motivare significa giustificare razionalmente determinate scelte, le proprie scelte.

In un sistema basato sul principio del libero convincimento l’obbligo della motivazione comporta anzitutto la necessità di esplicitare le fonti probatorie sulla base

delle quali è stato costruito l'accertamento del fatto. Non basta però che il giudice dica genericamente di avere utilizzato le prove assunte nel processo o affermi che è pervenuto all'accertamento del fatto sulla base della deposizione di Tizio, del risultato della perizia svolta da Caio o dalla ispezione effettuata su Sempronio: è necessario che sia indicato il contenuto della deposizione testimoniale, "il parere" del consulente tecnico o l'esito dell'ispezione; vale a dire, la proposizione probatoria che scaturisce dall'assunzione del mezzo di prova. Inoltre ed in aggiunta, è necessario che venga reso esplicito il canone di argomentazione utilizzato per arrivare all'affermazione della sussistenza del fatto o dei fatti contestati; in altri termini, le argomentazioni e le massime di esperienza utilizzate per il passaggio dai dati alle conclusioni. Solo in questo modo la motivazione diventa uno strumento di garanzia del rispetto della dialettica processuale e un mezzo di controllo delle scelte del giudice.

Dire che le parti hanno il diritto a che il giudice valuti le prove che esse hanno proposto e che sono state acquisite al processo, significa dire che le parti hanno il diritto di ottenere una motivazione che esprima e giustifichi tale valutazione; una motivazione che consenta di ricostruire la formazione del giudizio di fatto e di verificare se nella valutazione delle prove – quantomeno delle prove effettivamente assunte a fondamento della decisione – il giudice si sia attenuto al criterio di razionalità oltre che di legalità. Tra le principali espressioni del diritto di difendersi provando – scrive Comoglio – vi è “ il diritto alla motivazione sulla prova e sui criteri di selezione o di valutazione delle diverse sue fonti (in altre parole, il diritto ad una congrua giustificazione motivazionale degli standards logico – razionali e scientifici, od anche delle empiriche massime di esperienza, costituenti il nucleo centrale del prudente apprezzamento ai sensi dell'art. 116 comma 1 c.p.c) adottati dal giudice nella decisione della controversia concreta “.

Nella realtà giudiziaria, l'esigenza che la motivazione sia analitica e costituisca un osservatorio che consenta di cogliere nei diversi aspetti la formazione del convincimento in fatto del giudice non sempre trova adeguata considerazione. La giurisprudenza della Cassazione è piuttosto generosa ad ammettere motivazioni *implicite* così come è orientata ad escludere che il giudice sia tenuto ad esprimere e a motivare la propria valutazione su tutte le prove acquisite al giudizio.

“Ai fini dell'adeguata motivazione della sentenza, secondo le indicazioni desumibili dal combinato disposto degli artt. 132 comma 2, n. 4, 115 e 116 c.p.c. – si afferma ad esempio – è necessario che il raggiunto convincimento del giudice risulti da un esame logico e coerente di quelle che, tra le prospettazioni delle parti e le emergenze istruttorie, siano state ritenute di per sé sole idonee e sufficienti a giustificarla, mentre non si deve dare conto dell'esito dell'esame di tutte le prove prospettate o comunque acquisite” (Cass., 4 marzo 2011, n. 5241). Altre volte si spiega, in termini non dissimili, che “ la conformità della sentenza al modello di cui all'art. 132 comma 2 n. 4 c.p.c. non richiede l'esplicita confutazione delle tesi non accolte o la particolareggiata disamina degli elementi di giudizio posti a base della decisione o di quelli non ritenuti significativi essendo

sufficiente al fine di soddisfare l'esigenza di una adeguata motivazione, che il raggiunto convincimento risulti da un riferimento logico e coerente a quelle, tra le prospettazioni delle parti e le emergenze istruttorie vagliate nel loro complesso, che siano state ritenute di per se sole idonee e sufficienti a giustificarlo, in modo da evidenziare *l'iter* seguito per pervenire alle assunte conclusioni, disattendendo *anche per implicito* quelle logicamente incompatibili con la decisione adottata (Cass., 12 aprile 2011, n. 8294). Oppure si rileva che “l'obbligo della motivazione è assolto con l'indicazione della fonte dell'apprezzamento espresso senza la necessità di confutare dettagliatamente le contrarie argomentazioni delle parti che devono considerarsi implicitamente disattese (Cass., 24 settembre 2010, n. 20220) o che, sebbene non menzionati specificamente, sono logicamente incompatibili con la decisione adottata” (Cass. 15 aprile 2011, n. 8767).

Questa soluzione è certamente insoddisfacente se viene usata per “coprire“ l'enunciazione di un convincimento del giudice contrario a quello che altre prove miravano a fondare e quindi per coprire una non-valutazione di ragioni che avrebbero giustificato scelte di natura diversa. Invero, se non si può negare, sulla base del libero convincimento, che al giudice sia consentito selezionare gli elementi probatori su cui fondare l'accertamento del fatto nel discorso giustificativo, negare un dovere del giudice di valutare prove diverse da quelle prescelte a sostegno dell'accertamento del fatto ignorandole del tutto nella motivazione, significa in ultima analisi svuotare di contenuto quella specificazione del diritto di difesa che si suole designare come diritto alla controprova.

Il rischio che la motivazione si riduca ad un apparato formale incapace di rispecchiare il lavoro logico che ha portato il giudice alla formulazione del dispositivo si coglie anche nelle pronunce che fanno richiamo al “quadro complessivo“ delle risultanze probatorie come fondamento della decisione senza un apparato argomentativo analitico da cui risulti se non il rapporto di attinenza e rilevanza tra ogni mezzo di prova ed ogni fatto, la effettiva influenza dell'apparato probatorio sulla decisione. Si è perciò giustamente censurata la pronuncia del giudice che non indicava “affatto le ragioni del proprio convincimento, rinviando, genericamente e *per relationem*, al quadro probatorio acquisito, senza alcuna esplicitazione al riguardo né disamina logico-giuridica che lasciasse trasparire il percorso argomentativo seguito “. (Cass., 21 dicembre 2010, n. 25866).

Un esempio delle ambiguità che circondano la giurisprudenza in tema dei vincoli che il principio del contraddittorio e l'obbligo della motivazione impongono al giudice, nel momento della formazione del suo convincimento sulla *quaestio facti*, è offerto da due recenti pronunce rese quasi in contemporanea da due diverse sezioni della Corte di Cassazione approdate a soluzioni contrastanti in materia di obblighi esplicativi per l'organo giudicante in caso di acquisizione di prova scientifica. “E' affetta da vizio di motivazione – si è così stabilito in una pronuncia – la sentenza con la quale il giudice di merito, a fronte di precise e circostanziate critiche mosse dal consulente tecnico di parte alle risultanze della consulenza tecnica d'ufficio, non le abbia in alcun modo prese in

considerazione o si sia invece limitato a far proprie le conclusioni della consulenza tecnica di ufficio, giacché il potere di detto giudice di apprezzare il fatto non equivale ad affermare che egli possa farlo *immotivatamente* e non lo esime, in presenza delle riferite contestazioni, dalla *spiegazione delle ragioni*, tra le quali evidentemente non si annovera il maggior credito che egli tende a conferire al consulente d'ufficio quale proprio ausiliare per le quali sia addivenuto ad una conclusione anziché ad un'altra, incorrendo altrimenti, proprio nel vizio di motivazione su un punto decisivo della controversia “ (Cass., 21 marzo 2011, n. 6399). Pochi giorni prima la stessa Corte per bocca di una sezione diversa si era espressa a favore della soluzione opposta affermando che “ il giudice di merito che riconosca convincenti le conclusioni del consulente tecnico d'ufficio non è tenuto ad esporre in modo specifico le ragioni del suo convincimento poiché l'obbligo della motivazione è assolto già con l'indicazione delle fonti dell'apprezzamento espresso dalle quali possa desumersi che le contrarie deduzioni delle parti siano state implicitamente rigettate “ (Cass., 4 marzo 2011, n. 5229).

L'orientamento meno rigoroso in tema di motivazione probatoria potrebbe venire incoraggiato dalla scelta recente del legislatore manifestata con la modifica dell'art132, n. 4 c.p.c. e del comma 1 dell'art. 118 disp. att. c. p. c. ad opera della l. n. 69/2009 di procedere ad una riduzione dei profili *quantitativi* dell'obbligo di motivazione integrando la concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione di cui parla l'art. 132, n. 4 c.p.c. con la precisazione (peraltro scarsamente esplicativa) inserita nell'art. 118 disp. att. c.p.c. che la motivazione “consiste nella succinta esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione”. In realtà, sarebbe fuori luogo leggere in questo invito alla concisione e nelle “ intenzioni economiche “ che lo accompagnano un avallo della pratica delle motivazioni probatorie implicite, lacunose o fittizie prive di apparato argomentativo esplicativo. Oltretutto, non bisogna confondere il piano logico della motivazione come giustificazione razionale delle scelte del giudice – che “non è un *optional*, al meno per la Costituzione “ (Taruffo) – con il *quantum* ed il *quomodo* del discorso giustificativo richiesto dal giudice dalle norme processuali. Le garanzie del giusto processo non tollerano che si aprano spazi in cui la formazione del convincimento del giudice del fatto diventi imperscrutabile ed incontrollabile.