

## LE MODIFICHE RIGUARDANTI L'ISTRUTTORIA DELLA CAUSA NELLA DISCIPLINA DELLA L. 69/2009

LUCIA ESPOSITO

*(Consigliere della Corte d'Appello di Lecce)*

**Sommario:** 1) Nuove norme riguardanti l'istruttoria e osservazioni sull'istruttoria nel processo sommario di cognizione; 2) Le modifiche in tema di consulenza tecnica d'ufficio; 3) In tema di prova testimoniale 4) La nuova testimonianza scritta.

### 1. Nuove norme riguardanti l'istruttoria e osservazioni sull'istruttoria nel processo sommario di cognizione

Le modifiche introdotte con la recente riforma non apportano, in linea di massima, novità significative all'assetto dell'istruttoria del processo civile. Esse riguardano, piuttosto, aggiustamenti di dettaglio volti a eliminare alcune disfunzioni segnalate dalla prassi.

Fa eccezione la disciplina riguardante la testimonianza scritta, istituto nuovo nel nostro ordinamento e ispirato a modelli stranieri, destinato, nell'intenzione del legislatore, a una funzione di accelerazione processuale. Esso, però, in ragione della sua struttura e dei suoi intrinseci limiti applicativi, non sembra possa trovare ampia diffusione, rivelandosi più una novità di facciata a risalto mediatico<sup>1</sup> che uno strumento realmente in grado di incidere sull'efficienza nel processo civile.

Offre, poi, argomenti di discussione l'atteggiarsi dell'istruzione probatoria nel nuovo processo sommario di cognizione, in cui a una disciplina modellata sullo schema dell'istruttoria cautelare (il richiamo è all'art. 669 sexies c.p.c.) nel processo di primo grado segue, nel giudizio

---

<sup>1</sup> Si è detto (l'espressione è di Michele Fornaciari, "Questioni controverse in tema di prova testimoniale in [www.judicium.it](http://www.judicium.it)) che la testimonianza scritta rappresenta l'ultimo «coniglio dal cappello» escogitato dal legislatore per cercare di rimediare alle condizioni in cui versa il processo civile.

d'appello - che il legislatore sembra volere regolato dal rito ordinario - un'istruttoria secondo le regole del libro secondo del codice, aperta all'ammissione di "nuovi mezzi di prova e nuovi documenti", in ipotesi di ritenuta rilevanza (e non indispensabilità, secondo il canone generale contemplato dall'art. 345 c.p.c. per i nova in appello) dei medesimi.

Solo l'esperienza interpretativa giurisprudenziale consentirà di valutare la portata da assegnare, anche per quanto concerne il profilo istruttorio, a tale strumento processuale, vera novità significativa della riforma.

## **2. Le modifiche in tema di consulenza tecnica d'ufficio**

Le modifiche in materia di consulenza tecnica d'ufficio constano d'interventi finalizzati all'economia e alla razionalizzazione delle attività processuali.

Il primo intervento (art. 191 c.p.c.), formalizzando una prassi ormai invalsa in molti uffici giudiziari, ha previsto che, unitamente alla nomina del c.t.u. e alla fissazione dell'udienza per il giuramento, il giudice formuli i quesiti, concentrando i due adempimenti in un unico atto. Il vantaggio è di sottoporre immediatamente al contraddittorio delle parti gli argomenti sui quali deve svolgersi la consulenza, sì da consentire eventuali correzioni o integrazioni all'udienza in cui il consulente viene convocato per l'affidamento dell'incarico.

Altra modifica investe l'art. 195 c.p.c., mediante riformulazione del terzo comma. E' stato previsto l'obbligo, per il consulente che abbia predisposto la relazione finale, di trasmetterla alle parti costituite entro un termine stabilito con l'ordinanza resa in sede di giuramento e, parallelamente, l'obbligo del giudice di fissare con la suddetta ordinanza sia il termine entro il quale le parti devono trasmettere al consulente le proprie osservazioni, sia il termine entro il quale il consulente depositerà la relazione in cancelleria, unitamente alle relazioni dei c.t.p. ed alla valutazione sintetica delle medesime.

Anche tale modifica, ispirata a buon senso, si rivela rispondente a finalità di economia processuale, giacché consente di evitare lo svolgimento di altre udienze, oltre a quella destinata al giuramento, per ottenere una risposta esauriente del consulente sui rilievi formulati dalle parti riguardo alla sua relazione.

Al fine di assicurare equa ripartizione e maggiore trasparenza circa l'affidamento degli incarichi di consulenza interviene, poi, la novella dell'art.

23 disp. att., riguardante la distribuzione dei medesimi. È, infatti, introdotta una soglia massima per il conferimento degli incarichi a ciascun professionista, pari al dieci per cento di quelli affidati dall'ufficio, ed è rimesso, altresì, al Presidente del Tribunale il compito di vigilare sulla distribuzione degli incarichi e di garantire “che sia assicurata l'adeguata trasparenza del conferimento degli incarichi anche a mezzo di strumenti informatici”.

### **3. In tema di prova testimoniale**

Le modifiche in tema di prova testimoniale (quale mezzo di prova tradizionalmente inteso, disciplinato dagli artt. 244 e seg. C.p.c.) sono anch'esse di limitata portata e investono le disposizioni di cui agli artt. 249 e 255 c.p.c. e 104 disp. att. c.p.c.

Il primo intervento consiste in un'operazione di coordinamento, da tempo dovuta, della disciplina del processo civile con quella del processo penale in tema di facoltà di astensione del testimone.

Con la nuova formulazione del primo comma dell'art. 249 c.p.c., infatti, è stato corretto, mediante riferimento agli attuali artt. 200, 201 e 202 c.p.p., il richiamo già contenuto nel codice alle facoltà di astensione del testimone previste nel processo penale, le quali riguardano i casi in cui il teste sia chiamato a deporre su fatti coperti da segreto professionale, segreto d'ufficio o segreto di Stato.

La seconda modificazione, riguardante l'art. 255 c.p.c., interviene a meglio articolare l'ipotesi processuale dell'assenza dei testimoni intimati, tanto con riferimento ai provvedimenti conseguenti alla situazione di mancata comparizione (differenziando i casi di omessa comparizione alla prima o alla seconda intimazione), quanto con riferimento alle sanzioni, adeguate nell'importo, che da tale comportamento possono derivare.

Con la modifica dell'art. 104 disp. att. c.p.c., infine, è stato esplicitato il carattere officioso del provvedimento di decadenza dalla prova nel caso di omessa citazione dei testi e, nello stesso tempo, è stata prevista la possibilità, per la parte cui non competeva la citazione, di dichiarare il proprio interesse all'audizione, sì da rendere possibile l'assunzione della prova per finalità sue proprie.

Risulta, così, non riferibile all'attuale tenore della norma il principio giurisprudenziale, affermatosi con riferimento al testo previgente della

medesima, secondo il quale “la sanzione di decadenza dalla prova” risulta “predisposta, non per ragioni di ordine pubblico, ma nell'interesse delle parti”, con la conseguenza che “la decadenza dalla prova, nel caso di omessa citazione dei testi, senza giustificato motivo, per l'udienza fissata per il raccoglimento della prova (ed in caso di concomitante difetto di comparizione spontanea degli stessi, la quale ultima equivale alla citazione) ... deve essere eccepita dalla parte interessata nella stessa udienza alla quale si riferisce la inattività (o l'assenza), che ne costituisce il presupposto di fatto, salvo che sussista un valido motivo per rinviare all'udienza successiva la proposizione dell'eccezione” (Cassazione civile, sez. II, 13 agosto 2004, n. 15759).

Con la nuova formulazione si evidenzia, infatti, il carattere officioso del provvedimento di decadenza, evidentemente riconducibile al pubblico interesse alla speditezza del procedimento, cui la norma s'ispira.

Al contempo, la nuova norma realizza, con riguardo all'ipotesi in cui la parte dichiara il proprio interesse all'audizione dei testi non citati dalla controparte, un coordinamento con l'art. 245,2° c.p.c., con estensione del principio dell'acquisizione della prova al processo, principio in forza del quale entrano a far parte del materiale decisivo gli elementi di prova acquisiti, indipendentemente dalla parte che li abbia dedotti, con l'unico limite costituito dalle allegazioni della parte che si giova della prova da altri introdotta<sup>2</sup>.

#### **4. La nuova testimonianza scritta**

Occorre precisare che non si tratta di un nuovo mezzo di prova, quanto, piuttosto, di una modalità alternativa di assunzione nel processo di una prova tipica esistente, la prova testimoniale disciplinata dagli artt. 244 e seguenti del codice di rito.

Prima dell'introduzione della richiamata novità legislativa, le dichiarazioni scritte provenienti dai terzi potevano avere ingresso nel processo esclusivamente con la rilevanza probatoria assegnata alle prove

---

<sup>2</sup> Con riferimento all'affermazione del suddetto principio in tema di prova documentale, si veda, tra le altre, Cass. 7/2/1995 n. 1385 secondo cui “il documento prodotto da uno dei contendenti a sostegno delle proprie deduzioni può essere utilizzato a vantaggio dell'altra parte in relazione al contenuto a essa favorevole se e nei limiti in cui tale parte lo abbia specificamente e ritualmente invocato a corredo della sua tesi”.

atipiche, cioè con un'efficacia inferiore rispetto a quella delle prove tipiche, espressamente disciplinate.

Secondo la dottrina che si è occupata specificamente della materia, costituiscono prove atipiche quegli elementi a rilevanza probatoria, atti a fondare il convincimento del giudice, non contemplati nella sezione terza del titolo primo del libro secondo del codice.

L'utilizzo delle prove atipiche in funzione della decisione è ammesso in giurisprudenza in forza di un consolidato orientamento secondo cui "nell'ordinamento processuale vigente manca una norma di chiusura sulla tassatività tipologica dei mezzi di prova. Ne consegue che il giudice può legittimamente porre a base del proprio convincimento anche prove cosiddette atipiche, purché idonee a fornire elementi di giudizio sufficienti, se e in quanto non smentite dal motivato raffronto critico - riservato al giudice di merito e non censurabile in sede di legittimità, se congruamente motivato - con le altre risultanze del processo" (così, tra le altre, Cass. Civ. 25/3/2004 n. 5965).

Dal punto di vista contenutistico (la distinzione è affermata da Comoglio)<sup>3</sup> si evidenziano due profili di atipicità: quella delle fonti di prova e quella delle modalità di assunzione della prova.

Nella prima categoria rientrerebbero elementi probatori propriamente atipici quanto al contenuto (atti certificativi, informazioni scritte della P.A., verbali della polizia giudiziaria), nella seconda dati tipici nel contenuto, quali le dichiarazioni delle parti interessate e di scienza dei terzi, acquisiti con modalità atipiche (es. dichiarazioni di terzi a contenuto testimoniale assunte fuori del processo o in altro processo, perizie di parte o compiute in altro processo).

Quanto al valore probatorio di tali acquisizioni, premesso che tutte le prove, precostituite o costituende, sono liberamente valutate dal giudice, specificamente vi è chi sostiene<sup>4</sup> che le prove atipiche vanno considerate "secondo i criteri di inferenza e di valutazione disciplinati dalla legge per le presunzioni semplici". Altri, invece, argomentando sulla base dell'osservazione<sup>5</sup> secondo cui "la prova atipica non è necessariamente produttiva di indizi, bensì può avere indifferentemente come oggetto tanto la verifica di un fatto secondario quanto quella di un fatto principale, esattamente come la prova tipica", rileva come detti dati possano essere

---

3 Comoglio, "Garanzie costituzionali e prove atipiche nel procedimento camerale" in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1976;

4 Comoglio, 1976, cit, 1978

5 Cavallone, "Critica delle teorie delle prove atipiche" Riv. Dir. Proc., 1978, 707

immediatamente dimostrativi dei fatti controversi, senza necessità di ricorrere al ragionamento presuntivo, e che, tuttavia, essi costituiscano probatio inferior, essendo inidonei, al pari degli argomenti di prova, a giustificare il giudizio di superfluità ex art. 209 c.p.c. a fronte della richiesta di ulteriori acquisizioni istruttorie di segno contrario<sup>6</sup>.

Oggi la dichiarazione scritta del terzo, in precedenza avente valore di prova atipica (quanto alla modalità di assunzione), assurge al ruolo di vero e proprio mezzo tipico di prova, con gli effetti che ne conseguono, ove si atteggi in maniera conforme alla previsione di cui all'art. 257 bis c.p.c.

Quanto alla struttura dell'istituto, dalla disciplina emerge il carattere di fattispecie complessa del medesimo, producendosi gli effetti "in virtù del concorso dell'attività delle parti, del giudice e dello stesso teste"<sup>7</sup>.

□ In questa sede mi limiterò a una disamina per grandi linee del nuovo istituto, rifuggendo da un esame analitico dello stesso, così da poter concentrare l'attenzione su alcune questioni poste dalla nuova norma.

In primo luogo, è da osservare che la deposizione per iscritto è costruita come modalità eccezionale di assunzione della prova rispetto a quella ordinaria e richiede, quale prima condizione, l'accordo tra le parti, inteso come manifestazione esplicita di consenso positivamente risultante dagli atti del processo. Tale consenso può formularsi, secondo l'opinione prevalente dei commentatori, sia prima sia dopo il provvedimento di ammissione della prova, mediante dichiarazione (necessaria perché possa configurarsi accordo) proveniente dai difensori delle parti costituite e può venir meno fino a quando non sia intervenuto il provvedimento del giudice che dispone l'espletamento del mezzo istruttorio.

In secondo luogo, l'assunzione della testimonianza scritta è subordinata al discrezionale apprezzamento del giudice in relazione ai parametri della "natura della causa e di ogni altra circostanza".

L'estrema genericità della previsione consente, così, di ritenere ostativi al ricorso alla testimonianza scritta considerazioni in ordine, ad esempio, alla natura dei diritti (si pensi ai diritti indisponibili) fatti valere o alla consistenza economica dell'interesse tutelato. Nel parametro delle "altre circostanze" potrebbero rientrare diverse valutazioni, ad esempio l'eventuale preesistenza di un principio di prova documentale che la dichiarazione mira a confermare o la tipologia di domande da porre al teste.

---

6 in tal senso Civinini, op. loc. cit.; per un'efficace disamina delle differenze tra indizi, presunzioni ed argomenti di prova, in relazione al tema, G.F.Ricci "Le prove atipiche" Milano 1999

7 Così C. Cea "La testimonianza scritta" in [www.Judicium.it](http://www.Judicium.it)

Per espressa previsione normativa, l'utilizzo della testimonianza scritta è consentito nelle ipotesi di cui all'art. 203 c.p.c. e, anzi, la necessità di assumere la prova al di fuori della circoscrizione del Tribunale potrebbe valere quale circostanza decisiva al fine di consentire il ricorso all'istituto.

Quanto al regime del provvedimento che dispone l'assunzione del mezzo, si ritiene che sia quello proprio delle ordinanze di cui all'art.177 comma 3) - dotate del carattere di normale irrevocabilità, salvo accordo contrario - trattandosi di provvedimento emesso sull'accordo delle parti in materia nella quale le stesse possono disporre. Ciò pone problemi interpretativi con riguardo alle conseguenze che derivano nel caso di mancata collaborazione del teste.

Seguono una serie di prescrizioni imposte alla parte interessata, tra cui la predisposizione del modello secondo le indicazioni, per vero assai macchinose, di cui all'art. 103 disp. att., la sua notifica al teste (per la quale sembra necessaria l'assegnazione di un termine, anche se la norma non prevede tale adempimento) e l'intimazione al teste di provvedere a inoltrare la risposta, debitamente sottoscritta ed autenticata nella firma da parte di un segretario comunale o di un cancelliere di un ufficio giudiziario, entro un termine assegnato. La mancata ottemperanza agli adempimenti prescritti espone il teste alle sanzioni di cui agli artt. 255 e 256 c.p.c.

Fermi restando i presupposti di carattere generale costituiti dall'accordo delle parti e dal consenso del giudice, è prevista una semplificazione delle modalità di assunzione della prova (che prescinde dall'invio e compilazione dell'apposito modello) esclusivamente per i casi in cui la deposizione abbia a oggetto documenti di spesa prodotti in giudizio dalle parti.

Secondo una lettura ragionevole della norma, per documento di spesa deve intendersi ogni esborso di denaro, rappresentato in un documento, che risulti rilevante ai fini della decisione. Non sembra previsto, per il caso specifico, l'ampliamento della deposizione oltre la mera dimostrazione dell'esistenza della spesa rappresentata nel documento.

L'ultimo comma dell'art. 257 bis c.p.c. costituisce, infine, una sorta di norma di chiusura e prevede, a garanzia della funzionalità del sistema, la possibilità per il giudice di chiamare il teste a deporre oralmente, nel contraddittorio delle parti, in esito all'esame dei risultati istruttori acquisiti.

Il potere di conversione della testimonianza scritta in quella orale attribuito al giudice, sollecitabile dalle parti, può essere esercitato laddove la deposizione assunta con la modalità scritta non fornisca, stanti gli esiti, garanzia di utilizzabilità parziale o totale (perché ad esempio, permanga un

dubbio circa l'attendibilità di un teste o sulla genuinità delle risposte o si ravvisino discordanze, errori o incompletezze all'interno della deposizione).

La nuova disciplina pone una serie di questioni.

In primo luogo, ci s'interroga sulla compatibilità del nuovo meccanismo processuale con i precetti costituzionali, in particolare quelli di cui agli artt. 24 e 111 Cost.

Si è affermato in proposito che, ancorché l'attività si svolga al di fuori del contraddittorio, tuttavia non possa ravvisarsi violazione dell'art. 24 Cost.<sup>8</sup>, poiché la deroga al modello ordinario è rimessa alla concorde volontà delle parti e che sussiste, in ogni caso, la possibilità dell'utilizzo in senso correttivo del potere concesso al giudice ai sensi dell'art. 257 bis c.p.c., atto a consentire in ogni caso l'ascolto diretto del teste.

Più problematico si manifesta il profilo riguardante la compatibilità del modello, che vede formarsi la prova al di fuori del processo, con il canone secondo cui il "giusto processo" deve svolgersi davanti ad un giudice connotato dei requisiti della terzietà e imparzialità.

Resta da interrogarsi circa l'operatività dell'istituto in caso di processo contumaciale e riguardo alle conseguenze in caso d'inadempienza del teste.

La prima questione resta, allo stato, aperta, poiché l'istituto prevede l'incontro di volontà delle parti, circostanza che non può, di fatto, verificarsi in ipotesi di contumacia. E' da considerare, inoltre, che proprio l'esistenza del preventivo accordo, da escludere in ipotesi di contumacia, consente di fugare i dubbi circa la compatibilità del nuovo modello con i principi costituzionali.

A proposito della seconda questione, si ritiene che qualsiasi disfunzione in concreto verificatasi nell'attuazione del modello ex art. 257 bis c.p.c., compresa l'inottemperanza del teste alle prescrizioni contenute nel modello di testimonianza, consenta, in virtù del disposto di cui all'ultimo comma, il passaggio all'assunzione della testimonianza orale.

Quanto alla funzionalità dell'istituto, i primi commentatori delle nuove norme processuali hanno evidenziato forti dubbi, esprimendo una "sorta di rassegnata sfiducia nel timore che il diffuso malcostume possa volgere la norma a meccanismo di più agevole aggiramento della conoscibilità della verità dei fatti", tenuto conto che è poco indicativa l'esperienza della testimonianza scritta in altri ordinamenti, "ben più attenti e severi del diritto italiano vivente rispetto al possibile mendacio"<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> In tal senso Cea, op. cit.

<sup>9</sup> Così Sassani-Tiscini "Prime osservazioni sulla legge 18 giugno 2009 n.69" in [www.Judicium.it](http://www.Judicium.it).

Per altro verso, si è rilevato che non può attribuirsi al nuovo istituto il limite della perdita dell'immediatezza della prova, poiché la tollerata presenza nella prassi dell'assunzione della testimonianza da parte dei legali ha, di fatto, da tempo comportato la dismissione del richiamato carattere del mezzo istruttorio.

A tal proposito non è mancato tra gli interpreti chi ha rivalutato proprio la tanto deprecata prassi che delega agli avvocati, in contraddittorio tra loro, l'assunzione della prova testimoniale, evidenziando il merito della stessa di lasciare salva la possibilità per il giudice di esercitare un controllo sull'assunzione e di ascoltare personalmente i testi, qualora ritenuto opportuno, oltre alla facoltà per ciascuna delle parti di rimettere al giudice l'espletamento della prova tutte le volte in cui, per difficoltà o contrasti insorti, possa profilarsi un pregiudizio circa l'effettività e la genuinità dell'assunzione.

Per contro, fermi restando i limiti evidenziati, si osserva che nell'ambito dell'istituto della testimonianza scritta resta, comunque, affidato al prudente apprezzamento del giudice, in funzione di correttivo degli esiti insoddisfacenti del mezzo, il ricorso all'esame diretto del teste ai sensi dell'art. 257 bis ult. comma c.p.c.