



HAL
open science

Il sistema probatorio nel processo civile italiano

Giovanni Bonato

► **To cite this version:**

Giovanni Bonato. Il sistema probatorio nel processo civile italiano. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2018, 71, 10.12818/P.0304-2340.2017v71p165 . hal-01698803

HAL Id: hal-01698803

<https://hal.science/hal-01698803>

Submitted on 1 Feb 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

IL SISTEMA PROBATORIO NEL PROCESSO CIVILE ITALIANO*

THE RULES OF EVIDENCE IN THE ITALIAN CIVIL PROCEDURE

GIOVANNI BONATO**

RIASSUNTO: L'autore tratta del diritto delle prove nel sistema italiano, proponendo un'analisi di diritto comparato con il sistema brasiliano. Nella prima parte, vengono analizzati gli aspetti terminologici delle prove e la loro classificazione, mentre nella seconda parte vengono affrontati i temi dei poteri istruttori del giudice e della prova testimoniale.

PAROLE-CHIAVE: Processo civile. Italia. diritto delle prove. Poteri istruttori del giudice. Testimonianza.

ABSTRACT: *The article analyses Italian law of evidence, with considerations about Brazilian Law. In the first part, the article discusses about the terminology and classification of law of evidence. In turn, the second part examines the powers of instructions of courts and the witness evidence.*

KEYWORDS: *Civil procedural law. Italy. Law of evidence. Powers of instructions. Witness evidence.*

SOMMARIO: 1 Introduzione. 2 La collocazione topografica delle norme sulle prove. 3 Aspetti terminologici sulle prove. 4 La classificazione delle prove nel sistema italiano. 5 I fatti oggetto di prova. 6 I poteri istruttori del giudice. 7 La prova testimoniale.

1 INTRODUZIONE

Ho avuto l'onore di essere invitato a partecipare a questo importante incontro italo-brasiliano sul processo civile e mi è stato proposto di trattare del sistema probatorio in Italia. Ho accettato con grande piacere e mi sembra opportuno iniziare la mia relazione

* Si tratta del testo della relazione elaborata per Congresso di Roma sul processo civile in Italia e in Brasile del novembre 2016. Con l'occasione, ringrazio gli amici Federico Penna e Fabio Monnerat per avermi invitato quale relatore al menzionato Congresso.

** Professor na Universidade de Paris-Nanterre (França). Doutor em Direito Processual Civil pela Universidade "La Sapienza" de Roma (Itália). Ex Professor Visitante na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor Visitante na Universidade Federal do Maranhão, Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça.

E-mail: giovannibonato@virgilio.it.

ricordando quanto venne scritto da Francesco Carnelutti nella famosa monografia intitolata *La prova civile*, pubblicata per la prima volta nel 1915 e che diede luogo ad una seconda edizione del 1947.¹

Scrivendo Carnelutti nell'introduzione alla seconda edizione della citata monografia che: "il giudice è al centro di un minuscolo cerchio di luce, di là dal quale tutto è buio: dietro di lui l'enigma del passato, davanti l'enigma del futuro. Quel minuscolo cerchio è la prova".² In questa metafora, mi pare che l'enigma del passato siano i fatti, che hanno dato origine alla controversia oggetto del giudizio, e l'enigma del futuro sia la soluzione della lite che il giudice è chiamato a dare alle parti.

Per capire i fatti del passato e dare, quindi, una soluzione per il futuro, l'ordinamento processuale predispone il sistema delle prove che, con l'aiuto della migliore dottrina, possiamo definire come 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.³ Tale definizione non si distanzia da quella elaborata da Chiovenda, secondo il quale «provare significa formare il convincimento del giudice della esistenza o non esistenza dei fatti rilevanti nel processo».⁴

Il diritto delle prove o diritto probatorio può essere, quindi, definito come l'insieme delle norme tendenti a regolare il meccanismo di percezione dei fatti da parte del giudice. Regolare il processo conoscitivo del giudice significa disciplinarlo e, pertanto, limitarlo, stabilendo i tempi, i modi, nonché i risultati della sua percezione sui fatti.

1 F. CARNELUTTI, 1947. Ricordo che nel 2015 si è svolto un importante convegno a Bologna su *La prova civile di Francesco Carnelutti cento anni dopo*, le cui relazioni sono state pubblicate nella *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2016, fasc.2.

2 F. CARNELUTTI, cit., p. XIII.

3 Si tratta della definizione data da uno più grandi studiosi mondiali del diritto delle prove, M. TARUFFO, 1997, ora anche in <[http://www.treccani.it/enciclopedia/prova-giuridica_\(Enciclopedia-delle-scienze-sociali\)](http://www.treccani.it/enciclopedia/prova-giuridica_(Enciclopedia-delle-scienze-sociali))>. Una definizione analoga è offerta da C. MANDRIOLI; A. CARRATTA, p. 176, secondo cui le prove sono «quegli strumenti processuali per mezzo dei quali il giudice forma il suo convincimento circa la verità o la non verità dei fatti affermati dall'una o dall'altra parte».

4 G. CHIOVENDA, 1923, p. 809.

Ciò premesso, sarebbe chiaramente impossibile essere esaustivi e analizzare il sistema probatorio italiano, rispettando i limiti di tempo imposti da questo convegno. Ho, conseguentemente, selezionato alcuni aspetti del diritto delle prove che spero suscitino l'attenzione del pubblico brasiliano. In particolare, nel corso della mia esposizione tratterò dei seguenti argomenti: la collocazione topografica delle norme sulle prove; gli aspetti terminologici in materia di prova; la classificazione delle prove, con particolare riferimento all'efficacia delle singole prove; la determinazione del fatto oggetto della prova, ricordando le nozioni di fatto controverso, fatto non contestato e fatto notorio; i poteri istruttori del giudice e poteri delle parti; la prova testimoniale.

2 LA COLLOCAZIONE TOPOGRAFICA DELLE NORME SULLE PROVE.

Il sistema italiano rimane ancora oggi fedele alla tradizione di *civil law* – derivante dalla codificazione napoleonica – che divide la disciplina delle prove tra due codici.

Parimenti a quanto accadeva nel codice civile del 1865, anche nel codice civile del 1940 troviamo la parte di «diritto naturale» delle prove che tratta, in particolare, dei loro presupposti e della loro efficacia sostanziale, oltre che dell'onere della prova. La disciplina generale sulle prove è contenuta all'interno del libro sesto nel codice civile, dedicato alla tutela dei diritti, libro nel quale troviamo anche la disciplina di altri istituti, come la cosa giudicata materiale, che sono considerati bifronti, essendo «il ponte di passaggio tra il processo e il diritto soggettivo».⁵

Dal canto suo, il codice di procedura civile detta le modalità di assunzione delle prove. Non si tratta, tuttavia, di un aspetto secondario, poiché, come ricorda Dittrich, la trattazione e la disciplina delle modalità di assunzione delle prove non attiene affatto ad «argomenti secondari, o addirittura ancillari, come le modalità di verbalizzazione delle prove costituenti, la conduzione delle udienze di prova, e altri istituti di simile portata».⁶ In questa

5 L. P. COMOGLIO, 2010, p. 31.

6 L. DITTRICH, 2016, p. 589 ss.

direzione, già Chiovenda aveva messo in luce il legame intercorrente tra la disciplina della trattazione della causa e dell'istruzione probatoria con l'efficienza del processo, al fine dell'emanazione di una decisione giusta.⁷ Più tardi, Cavallone ha sottolineato che l'efficienza dell'istruzione probatoria dipende molto di più dalla disciplina concreta delle modalità di assunzione delle prove e non anche dalle discussioni teoriche sui principi generali del diritto probatorio, come il tema dei poteri officiosi del giudice o quello sul diritto alla prova.⁸

Ricordiamo che in Italia, la distinzione tra norme sostanziali e norme processuali sulle prove non è priva di rilevanza, soprattutto rispetto alle modalità con cui può essere denunciata la loro violazione con il ricorso per cassazione, in quanto la parte deve far valere un *error in iudicando* se si tratta di violazione delle norme sostanziali (art. 360, n. 3, c.p.c.) e un *error in procedendo*, nel caso della violazione delle norme processuali (art. 360, n. 4, c.p.c.).

Personalmente, credo sia opportuno abrogare la distinzione tra norme sostanziali e norme processuali, essendo preferibile la soluzione secondo cui tutte le norme sulle prove vanno inserite all'interno del solo codice di procedura civile, al fine di conferire loro «una qualificazione uniformemente processuale» e far così prevalere il pubblico sul privato quanto alla regolamentazione delle attività processuali.⁹

3 ASPETTI TERMINOLOGICI SULLE PROVE

Come già notava Carnelutti, in materia di prove la terminologia utilizzata dalla legge, dai giudici e dalla dottrina non sempre è precisa.¹⁰ Sul punto anche Comoglio ha scritto che «il linguaggio normativo non brilla per eccessiva coerenza».¹¹

7 G. CHIOVENDA, 1910, p. 35 e ss., poi anche in Id., 1931, p. 412.

8 B. CAVALLONE, 1991, p. 289 ss.

9 L. P. COMOGLIO, cit., p. 34.

10 F. CARNELUTTI, 1958, p. 31.

11 L. P. COMOGLIO, cit., p. 5.

Infatti, la terminologia sul diritto probatorio si presenta, a volte, come incerta e confusa, in quanto: mentre la prova è di per sé un giudizio, il termine prova viene utilizzato anche per riferirsi ai mezzi di questo giudizio o ancora per indicare il risultato di questo giudizio.

Il termine prova è polisemico, in quanto indica il risultato dimostrativo di un procedimento o di un mezzo probatorio esperito e capace di rappresentare al giudice l'esistenza o inesistenza dei fatti giuridicamente rilevanti.¹² Dobbiamo, quindi, ricordare la differenza tra la prova e il mezzo di prova, come si desume dagli articoli 202-209 c.p.c.¹³

L'espressione mezzo di prova designa la fonte di conoscenza (preesistente al processo oppure assunta nel processo) con la quale si cerca di fornire al giudice la rappresentazione storica o la ricostruzione indiretta e critica dei fatti da provare. Inoltre, la formula mezzo di prova può indicare sia in un senso più ampio le fonti di prova, sia un senso più stretto il solo procedimento per l'acquisizione della fonte di prova, ossia lo strumento con cui è possibile giungere a quel risultato conoscitivo del processo. Il carattere polisemico del termine prova si trova anche in Brasile, in cui tale vocabolo designa, allo stesso tempo, l'attività probatoria, il mezzo attraverso cui tale attività si realizza e il risultato finale di tale attività.¹⁴

4 LA CLASSIFICAZIONE DELLE PROVE NEL SISTEMA ITALIANO

A fini classificatori, una prima distinzione che può essere fatta tra le prove riguarda le loro modalità di formazione e introduzione nel processo.

Le prove precostituite si formano fuori e in genere prima del processo ed entrano in giudizio attraverso un semplice atto di esibizione o di produzione, come accade per le prove documentali che richiedono un minimo di attività processuale.

12 Sul carattere polisemico del termine prova, si veda M. TARUFFO, 1992.

13 L. P. COMOGLIO, cit., p. 15.

14 Sul punto, si vedano L.R. WAMBIER – E. TALAMINI, 2016, p. 227.

Le prove costituenti sono, invece, quei mezzi di prova che si formano soltanto nel processo, sono le prove orali per la cui acquisizione e assunzione si procede all'espletamento dell'istruzione probatoria in senso stretto (istanza di parte, ammissione della prova, esperimento del mezzo), come per l'ispezione, il giuramento, la confessione, la testimonianza, l'interrogatorio libero.

Abbiamo, inoltre, la distinzione tra prova diretta e prova indiretta che si basa sul fatto da provare. Le prove dirette sono idonee a far conoscere immediatamente il fatto principale da provare. Per dirla con Salvatore Patti, «il fatto da provare è quello che determina l'applicazione della regola di diritto producendo il risultato di cui la parte reclama il beneficio».¹⁵ Il fatto principale è il fatto costitutivo del diritto dedotto in giudizio, così come il fatto impeditivo, modificativo ed estintivo. Le prove indirette permettono, a loro volta, di conoscere un fatto secondario dalla cui esistenza si può risalire, attraverso un'operazione logica, al fatto principale rilevante per la decisione della controversia.

Inoltre, nell'ordinamento italiano un'importante differenziazione tra le prove in generale riguarda la loro efficacia. Accogliendo la prospettiva, elaborata da due importanti processualciviltisti italiani, possiamo individuare, per sommi capi, una gerarchia tripartita tra: prove legali, prove liberamente apprezzabili e argomenti di prova.¹⁶

La prova legale, anche detta prova piena, è quella che vincola il giudice al risultato probatorio, nel senso che il giudice non può esprimere un convincimento diverso dal risultato raggiunto con la prova. L'efficacia della prova legale è predeterminata dalla legge in termini assolutamente vincolanti per le parti e per il giudice.¹⁷ Le prove legali nell'ordinamento italiano sono: la confessione che fa piena prova contro colui che l'ha fatta, purché non verta su fatti relativi a diritti non disponibili; il giuramento decisorio che è quello che una parte deferisce all'altra per farne dipendere la decisione

15 S. PATTI, 2015, p. 71.

16 C. MANDRIOLI; A. CARRATTA, cit., p. 176 ss.

17 L.P. COMOGLIO, cit., p. 188 ss.

totale o parziale della causa; l'atto pubblico che fa fede fino a querela di falso per quanto riguarda la provenienza del documento dal pubblico ufficiale che lo ha formato e degli altri fatti avvenuti in sua presenza (il c.d. contenuto estrinseco dell'atto); la scrittura privata autenticata (quest'ultima per quanto riguarda la sua paternità). Esperita o introdotta una prova legale nel processo, è dovere del giudice prendere atto della risultanza della prova senza poter mettere in dubbio l'effettiva rispondenza a verità della risultanza, a meno che non ci sia un contrasto tra prove della stessa efficacia.

Abbiamo, poi, la prova libera (anche chiamata prova semplice) la cui efficacia è liberamente apprezzabile, essendo sottoposte alla valutazione razionale del giudice, come indica l'art. 116 c.p.c. La testimonianza, ad esempio, è una prova liberamente apprezzabile dal giudice.

Infine, abbiamo gli argomenti di prova, di cui all'art. 116, comma 2, che si contrappongono alle prove propriamente dette. Ricordiamo che gli argomenti di prova sono una figura processuale che non trova precisi riscontri in ambito comparatistico.¹⁸ Si tratta di elementi probatori che non possiedono una «autosufficienza decisoria», come una prova piena, poiché «sono una fonte sussidiaria e complementare di valutazione di elementi di prova» veri e propri.¹⁹ In altre parole, gli argomenti di prova sono delle prove affievolite che possono solo contribuire a fondare il convincimento del giudice, in armonia con altri dati probatori acquisiti al processo. Gli argomenti di prova non possono costituire un unico fondamento per il giudizio di fatto, né possono essere la base per un ragionamento presuntivo. Il giudice può desumere argomenti di prova dalle risposte che le parti gli danno nel corso dell'interrogatorio libero, dal rifiuto ingiustificato delle parti a consentire ispezioni e, in generale, dal contegno processuale delle parti stesse nel processo. Sono argomenti di prova anche le prove raccolte in un giudizio estinto (anche dette «prove prestate») per quanto riguarda le prove costituenti, poiché l'efficacia di una prova documentale non viene, chiaramente,

18 L.P. COMOGLIO, cit., p. 193.

19 L.P. COMOGLIO, cit., p. 188 ss.

degradata per essere stata prodotta in un giudizio estinto. Come noto, la fattispecie della prova prestata è regolata anche nel sistema brasiliano all'art. 372 del c.p.c. del 2015. Ma la dottrina sottolinea che, in Brasile, «*ao exemplo de qualquer outra prova, a prova emprestada receberá do julgador a carga valorativa compatível com a situação concreta*».²⁰ Non mi sembra, quindi, che nell'ordinamento brasiliano esista la figura degli argomenti di prova.

Tornando alla triplice gerarchia delle prove in Italia e, in particolare, alle prove legali, mi sembra che queste ultime siano proprie di un sistema rigido e formalistico che era dominante nel medioevo e che, in particolare, trova la sua origine storica nel XIII secolo. Infatti, la costruzione del sistema della prova legale nasce dall'esigenza di «razionalizzare la valutazione della prova e più in generale il giudizio di fatto, riducendo tendenzialmente a zero il pericolo insito nell'arbitrio soggettivo del giudice, e per altro verso eliminando le «prove irrazionali» fondate sul principio del «giudizio di Dio».²¹ Le prove legali nascono, quindi, come «un rimedio contro la fallibilità del giudizio».²²

Attualmente, mi pare che la contrapposizione tra prova legale e prova liberamente apprezzabile sia ormai un retaggio di epoche storiche caratterizzate dalla sfiducia nei confronti del giudice. Concordo, in particolare, con la valutazione di Comoglio, secondo cui le prove legali sono un «metodo vetusto» e che dovrebbe prevalere la fiducia nell'organo giudicante, attraverso la generalizzazione delle prove libere, permettendo un giudizio sul fatto libero e non predeterminato, affidato al libero convincimento del giudice.²³ Su questo punto, l'ordinamento italiano dovrebbe ispirarsi da quello brasiliano, ove non esiste la categoria delle prove legali.²⁴

20 L.R. WAMBIER – E. TALAMINI, cit., p. 250.

21 M. TARUFFO, cit., p. 361 s.

22 S. PATTI, cit., p. 221.

23 L.P. COMOGLIO, cit., p. 188 ss.

24 Scrive sul punto P. OSTERNACK AMARAL, 2015, p. 38: il sistema della prova legale «*é considerado inadequado, pois restringe demasiadamente a atuação judicial e a atividade probatória das partes*»; mentre, «*o sistema do livre convencimento (ou*

5 I FATTI OGGETTO DI PROVA.

I fatti oggetto di prova sono i fatti giuridicamente rilevanti ai fini della decisione della causa, ossia sono i fatti costitutivi del diritto fatto valere in giudizio, nonché i fatti impeditivi, modificativi ed estintivi.

All'interno dei fatti giuridicamente rilevanti, necessitano di prova: i fatti appartenenti al passato, ossia i fatti transeunti, che hanno ad oggetto eventi storici; i fatti, almeno implicitamente, allegati dalle parti interessate; i fatti incerti, ossia i fatti obiettivamente controversi, rispetto ai quali il giudice può avere una conoscenza solo mediata e indiretta, attraverso le norme sulle prove. Non hanno, quindi, bisogno di essere provati i fatti affermati da una parte e non contestati dall'altra parte (i fatti pacifici), né necessitano di prova i fatti notori. In senso analogo, dispone l'art. 374 del c.p.c. brasiliano del 2015: «*Não dependem de prova os fatos: I - notórios; II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III - admitidos no processo como incontroversos; IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade*».

La nostra attenzione si soffermerà sulla categoria dei fatti non bisognosi di prova, avvertendo, fin d'ora, che tra fatti non contestati e fatti notori sussiste una «differenza strutturale e funzionale».²⁵

Quanto alla non contestazione non è possibile in questa sede ripercorrere tutta l'evoluzione normativa sull'istituto, possiamo solo ricordare che il tema viene alla ribalta negli anni '90 del secolo scorso con la legge n. 353 del 1990 che introduce un sistema delle preclusioni e l'onere a carico del convenuto di prendere posizione sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda. Negli anni '90 vengono pubblicati due importanti contributi monografici sul tema, di Antonio Carratta e di Ciaccia Cavallari.²⁶ Anche la Corte di cassazione si pronuncia sull'istituto della non contestazione, con una sentenza a sezione unite del 23 gennaio 2002, n. 761, in cui si

da convicção íntima, da prova livre) confere ampla liberdade ao julgador para formar seu convencimento».

25 S. PATTI, cit., p. 96.

26 Si tratta, in particolare, di: A. CARRATTA, 1995; B. Ciaccia Cavallari, 1993.

stabilisce che la non contestazione ha effetti vincolanti per il giudice che dovrà astenersi da qualsiasi controllo probatorio sul fatto non contestato e dovrà ritenerlo sussistente, poiché l'atteggiamento delle parti esclude il fatto stesso dall'ambito degli accertamenti richiesti.

Successivamente, il principio della non contestazione è oggetto dell'intervento del legislatore italiano con la legge n. 69 del 2009, cui si deve l'inserimento di un inciso nel comma primo dell'art. 115 c.p.c., il quale nella sua formulazione attuale dispone che: «Salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione, le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero, nonché i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita».

L'introduzione espressa – dovuta alla citata riforma del 2009 – del principio della non contestazione deve essere valutata con favore, anche perché scioglie dubbi e incertezze che erano sorti in dottrina e giurisprudenza, nonostante l'errore di collocazione topografica compiuto dal legislatore che ha inserito la non contestazione nel primo comma dell'art. 115, disciplinante il principio dispositivo processuale e i poteri istruttori del giudice. Maggiore coerenza normativa avrebbe, infatti, dovuto portare il legislatore ad inserire il principio della non contestazione all'interno del comma 2 dell'art. 115, accanto alla disciplina dei fatti notori.

Ciò detto, in Italia il convenuto soggiace attualmente ad un onere di contestazione specifica dei fatti allegati dall'attore: il silenzio (la non contestazione) e la contestazione generica si equivalgono. Entrambi i comportamenti rendono il fatto non bisognoso di prova. Come noto, nel c.p.c. brasiliano abbiamo una previsione analoga nell'art. 374, inciso III, c.p.c. Nella stessa direzione, l'art. 341 c.p.c. prevede l'onere per il convenuto di contestare specificamente i fatti dedotti dall'attore: «*Incumbe também ao réu manifestar-se precisamente sobre as alegações de fato constantes da petição inicial, presumindo-se verdadeiras as não impugnadas, salvo se: I - não for admissível, a seu respeito, a confissão; II - a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considerar da substância do ato; III - estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto*».

Tornando al sistema italiano, in relazione alle conseguenze della non contestazione, non vi è concordia in dottrina e in giurisprudenza.

In base ad una prospettiva più ampia, il fatto pacifico (allegato da una parte e non contestato dall'altra parte) deve considerarsi vero e di conseguenza «l'eventuale offerta di prova relativamente a fatti non contestati deve considerarsi irrilevante».²⁷ Sarebbe, pertanto, impossibile per il giudice considerare il fatto non contestato come non accaduto, nemmeno se in questo senso depongono altre risultanze probatorie.

Tuttavia, pare preferibile un'altra prospettiva interpretativa più conforme alla ricerca della verità dei fatti. Tale tesi parte dalla corretta premessa che la verità storica di un fatto non è disponibile per mera volontà delle parti e, conseguentemente, si esclude che un fatto non contestato sia equivalente ad un fatto provato. Taruffo scrive, con molta chiarezza: poiché la verità di un fatto dipende da come si sono svolti i fatti nel mondo reale, «e non è oggetto di negoziazione o di accordo tra le parti, allora la non contestazione non fa diventare vero ciò che è falso, e neppure fa diventare vero ciò che è già vero di per sé».²⁸ Deriva da ciò che «il giudice non potrà mai sottrarsi al dovere di sottoporre l'allegazione del fatto non contestato ad un'attenta verifica, ogni qual volta altre fonti di prova lo inducano aliunde a dubitare della sua veridicità o, addirittura, ne dimostrino l'oggettiva falsità».²⁹ Anche il fatto non contestato rimane soggetto al libero convincimento del giudice e la non contestazione non costituisce una prova legale.

Da ricordare, inoltre, che in Italia il principio della non contestazione si applica solo alla parte costituita e non alla parte contumace. Per il processo di cognizione ordinario, il legislatore italiano continua a considerare la contumacia come un comportamento neutro, dal quale non deriva la verità dei fatti affermati dall'altra parte. Bisogna, altresì, sottolineare che in Italia nel processo societa-

27 S. PATTI, cit., p. 97.

28 M. TARUFFO, 2009, p. 130.

29 L.P. COMOGLIO, cit., p. 129 ss.

rio di tipo speciale, introdotto nel 2003 e poi abrogato nel 2009, era contenuta una disposizione secondo cui in caso di contumacia «i fatti affermati dall'attore si intendono non contestati» (art. 13, comma 2, del decreto legislativo n. 5 del 2003). Ma la Corte costituzionale, con sentenza n. 340 del 2007, ha dichiarato incostituzionale tale disposizione, sottolineando, tra l'altro, che si tratta di una regola «in contrasto con la tradizione del diritto processuale italiano, nel quale alla mancata o tardiva costituzione mai è stato attribuito il valore di confessione implicita».

In Italia, quindi, non viene adottata la regola della *ficta confessio*, che si ritrova, al contrario, nel sistema brasiliano all'art. 344 c.p.c. Bisogna, pertanto, ammettere che alla luce del diritto italiano vigente, la parte costituita che non assolve all'onere di specifica contestazione riceve un trattamento peggiore rispetto alla parte rimasta contumace.

Non è bisogno di prova nemmeno il fatto notorio, rispetto al quale l'art. 115, comma 2, c.p.c., dispone che: «il giudice può tuttavia, senza bisogno di prova, porre a fondamento della decisione le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza». Allo stesso modo anche il c.p.c. brasiliano contiene la disciplina del fatto notorio che non deve essere provato (art. 374, inciso I).

Mentre il fatto non contestato viene escluso dal *thema probandum* all'interno di un singolo processo e in ragione dell'atteggiamento difensivo di una parte (valutazione *ex post*), il fatto notorio non necessita di prova secondo una valutazione *ex ante* che va al di là del singolo caso di specie.

Il fatto notorio è quello che rientra nella sfera delle conoscenze dell'uomo di media cultura, fatto che è di comune conoscenza nel tempo e nel luogo in cui viene pronunciata la decisione.³⁰ Si tratta di un fatto che appartiene al patrimonio culturale di una data collettività. Non è necessario che si tratti di un fatto conosciuto dall'intera umanità, essendo ammessa la figura della notorietà ristretta, ossia il notorio locale, conosciuto unicamente in una determinata area geografica.

30 Senza pretese di completezza, si ricordino i fondamentali contributi in materia di: P. CALAMANDREI, 1925, p. 273 ss.; E. ALLORIO, 1934, p. 3 ss.; V. DENTI, 1947, I, 264 ss.; G. DE STEFANO, 1947.

Ricordiamo che il notorio deve riguardare fenomeni a carattere essenzialmente obiettivo e non coinvolgere, quindi, le condizioni soggettive di una persona. Nel c.p.c. portoghese troviamo una disciplina più esaustiva che tratta di tutti i menzionati caratteri del fatto notorio: «*Não carecem de prova nem de alegação os factos notórios, devendo considerar-se como tais os factos que são do conhecimento geral*» (art. 412, comma 1).

Tra gli esempi di fatto notorio, dati dalla giurisprudenza italiana, ricordiamo: l'esistenza di particolari malattie di natura endemica nei paesi tropicali; la penuria di alloggi; la svalutazione monetaria; la necessaria abilità manuale dell'attività di chirurgo, di musicisti e di alcuni sportivi.

Deve essere sottolineato che il notorio non ammette la prova contraria, trattandosi di fatti incostestabili, rispetto ai quali il giudice deve sempre rispettare il principio del contraddittorio. Si parla di una sorta di prova precostituita al processo che non richiede alcuno specifico procedimento di verifica probatoria. Si dice comunemente che il notorio è una deroga al divieto di scienza privata del giudice, ma in realtà il giudice ricorre ad una scienza ufficiale, che appartiene alla cultura media della collettività.

Credo che, attualmente, il concetto stesso di fatto notorio vada ripensato, in virtù della possibilità, per chiunque, e dunque anche per il giudice, di accedere assai facilmente alla infinita gamma di informazioni offerte dal web.

Il fatto notorio comune deve essere tenuto distinto dal cosiddetto notorio giudiziale, quest'ultimo inteso come insieme degli accadimenti direttamente percepiti dal giudice nel corso del processo o sulla base di una pregressa trattazione di controversie analoghe.³¹ Il notorio giudiziale comprende tutti quei fatti di cui il giudice è conoscenza in ragione del suo ufficio.

Il sistema italiano non disciplina espressamente la figura del notorio giudiziale, di cui si trova un riconoscimento indiretto negli artt. 273 e 274 c.p.c. Il concetto di notorio giudiziale è, invece, espressamente previsto in alcuni ordinamenti europei. Si pensi all'art.

31 S. PATTI, cit., p. 119.

412, comma 2, del c.p.c. portoghese, ai sensi del quale: «*Também não carecem de alegação os factos de que o tribunal tem conhecimento por virtude do exercício das suas funções; quando o tribunal se socorra destes factos, deve fazer juntar ao processo documento que os comprove*». Anche nel codice polacco ritroviamo la nozione del notorio giudiziale (art. 228) e implicitamente nel c.p.c. svizzero che non devono essere provati, fra l'altro, i fatti di pubblica notorietà «o comunque noti al giudice», che include anche il notorio giudiziale.³²

Costituisce, a mio avviso, un fatto notorio giudiziale anche il giudicato esterno, ossia l'esistenza di una precedente sentenza passata in giudicato tra le parti, rispetto al quale il giudice deve comunque rispettare il principio del contraddittorio.

Infine, dobbiamo ricordare che la conoscenza del giudice circa la fissazione della norma giuridica non necessita di alcun tipo di intermediazione delle parti, per il noto principio *iura novit curia*. Il giudice è totalmente libero nel giudizio di diritto. Ma in alcuni sistemi le parti possano limitare anche il giudizio di diritto, come avviene in Francia ove, in base all'art. 12 c.p.c., le parti concordare una determinata qualificazione giuridica di un fatto che vincola il giudice.³³

6 I POTERI ISTRUTTORI DEL GIUDICE.

Prima di trattare dei poteri istruttori del giudice nel sistema italiano, è necessario ricordare i tre modelli.³⁴

Il primo modello è quello dispositivo, che prevede il prevalente dominio dei poteri, degli oneri e delle iniziative di parte, sia nell'allegazione dei fatti che nella disponibilità dei mezzi di prova.³⁵

32 Per altri riferimenti sul notorio giudiziale, si rinvia ad un recente saggio di A. PANZAROLA, 2016, p. 610 ss.

33 Art. 12 c.p.c. francese: «*Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée. Toutefois, il ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat*».

34 Riprendiamo, sul punto, la tripartizione elaborata da L.P. COMOGLIO, cit., p. 23 ss.

35 Come noto, bisogna distinguere il principio dispositivo in senso sostanziale dal

Il secondo modello è quello inquisitorio, in cui il giudice domina nel processo, attivandosi e investigando anche di ufficio sulla verità dei fatti controversi, mentre le parti collaborano alla ricerca della verità in posizione subordinata.

Infine, il terzo modello è quello misto, anche detto dispositivo di tipo attenuato, ove si fondono in misura, appunto, attenuata i principi del modello dispositivo e di quello inquisitorio, attraverso delle «formule variabili con cui si armonizzano i poteri primari delle parti e le iniziative, più o meno ampie, di impulso suppletorio del giudice».³⁶

In Italia, l'art. 115, comma 1, c.p.c. stabilisce che: «Salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero nonché i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita». In tale disposizione troviamo stabilito un duplice rapporto di regola-eccezione, di affermazione e negazione, fra i poteri probatori delle parti e gli interventi istruttori del giudice. La regola è quella del monopolio delle parti in materia istruttoria e che è dovere del giudice decidere sulla base delle prove proposte dalle parti e dal pubblico ministero. Come eccezione e quale espressione di regime derogatorio, il giudice può disporre di ufficio l'esperimento di alcuni mezzi probatori indicati dalla legge.

La ragione della formulazione dell'art. 115 e del generale divieto di iniziative d'ufficio viene individuata da una parte della dottrina, nel «timore» che il giudice, «intromettendosi nell'istruzione con proprie iniziative», venga meno al suo dovere di «imparzialità» e non sia, quindi, rettamente «equanime» o «equidistante» dalle parti.³⁷

principio dispositivo in senso processuale: il primo riguarda le domande e i fatti e il secondo riguarda le prove. Il principio dispositivo in senso sostanziale coincide con il principio della domanda, mentre il principio dispositivo in senso processuale (c.d. principio dispositivo in senso stretto o principio dispositivo relativo alla prova) impone che il giudice debba decidere in base alle sole prove fornite dalle parti, essendo vietate iniziative probatorie officiose.

36 L.P. COMOGLIO, cit., p. 24.

37 E.T. LIEBMAN, 1960, p. 551 ss.

Il citato art. 115, comma 1, c.p.c., sembrerebbe adottare il principio dispositivo processuale, ma in realtà le eccezioni al monopolio istruttorio delle parti sono tali da far ritenere che per il processo di cognizione ordinario sia stato adottato il modello misto, di tipo dispositivo attenuato. Si tratta, in particolare e senza essere esaustivi, delle seguenti iniziative officiose: interrogatorio libero delle parti (art. 117 c.p.c.); ispezione di persone e di cose (art. 118 c.p.c.); richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione (art. 213 c.p.c.); effettuazione di esperimenti o di riproduzioni meccaniche (art. 261 c.p.c.); deferimento del giuramento suppletorio (art. 2763 c.c.); alcuni interventi in materia di prova testimoniale, come la riduzione di liste sovrabbondanti, l'audizione di testimoni di riferimento, il riesame a chiarimento dei testi già escussi e, rispetto al tribunale in funzione monocratica, la previsione di cui all'art. 281 *ter*, c.p.c., secondo cui «Il giudice può disporre d'ufficio la prova testimoniale formulandone i capitoli, quando le parti nella esposizione dei fatti si sono riferite a persone che appaiono in grado di conoscere la verità».

Tra l'altro, nel rito del lavoro ed in quelli assimilati, il principio è quello inquisitorio e di forte ruolo attivo del giudice, incentrato sul potere di «disporre d'ufficio in qualsiasi momento l'ammissione di ogni mezzo di prova, anche fuori dei limiti stabiliti dal codice civile» (art. 421 c.p.c.).

Ciò detto, credo che sarebbe opportuno in Italia giungere ad un deciso incremento dei poteri istruttori del giudice, al fine di ottenere una decisione giusta in quanto veritiera. Questa impostazione è preferibile perché si tratta di poteri che si pongono in linea con la prospettiva dominante, secondo cui «il processo deve finalisticamente aspirare e condurre all'accertamento veritiero dei fatti controversi». ³⁸ Infatti, soltanto un procedimento tendente alla verità garantisce un'efficace tutela dei diritti individuali e la realizzazione dei fini dell'ordinamento.

Tra l'altro, la dottrina più attenta e sensibile ha da tempo chiarito che «l'attribuzione al giudice del potere di contribuire alla

38 L.P. COMOGLIO, cit., p. 43 ss.

ricerca ed all'acquisizione delle prove costituisce un fatto di mera tecnica processuale». ³⁹ Una volta che le parti sono lasciate libere nel decidere quali fatti saranno oggetto di causa, le modalità di accertamento della loro verità (che la si voglia intendere come verità sostanziale o processuale) e la disciplina dei poteri di iniziativa istruttoria del giudice rientrano nell'ambito delle decisioni di politica del diritto appartenente al legislatore. A questo proposito, giova sottolineare che la distinzione tra principio dispositivo sostanziale e poteri istruttori officiosi è molto chiara nel c.p.c. francese (artt. 1, 4, 5 e 10), in cui le parti hanno il monopolio dei fatti principali e delle domande, mentre il giudice ha poteri istruttori officiosi.

I poteri istruttori officiosi non mettono a rischio il principio di imparzialità. Scrive, infatti, Taruffo che «a meno di trattare il giudice come una sorta di *minus habens*», uno storico e un biologo non perdono il proprio equilibrio mentale e la capacità di analizzare un fenomeno storico o naturale se leggono un certo documento o effettuano un certo esperimento. ⁴⁰ Tra l'altro, il potenziamento dei poteri istruttori in Italia si porrebbe nel solco della tendenza dominante nel panorama comparatistico. ⁴¹ Ricordiamo, in questa direzione, che in Francia l'art. 10 c.p.c. dispone che: «*Le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles*». In Portogallo, l'art. 411 c.p.c. stabilisce che: «*Incumbe ao juiz realizar ou ordenar, mesmo oficiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio, quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer*». In Brasile, in cui il processo deve tendere ad una decisione di merito giusta, corretta, effettiva e pronunciata in un tempo ragionevole,

39 M. TARUFFO, cit., p. 172 ss.

40 M. TARUFFO, cit., 2009, p. 175, il quale scrive che nessuna incompatibilità si rinviene tra diritto alla prova delle parti ed estensione dei poteri istruttori del giudice che esisterebbe «solo in quanto questi si configurassero non come poteri in senso proprio, ma come monopolio esclusivo del giudice sulle prove, tale cioè da escludere o comprimere i diritti probatori delle parti. Si tratterebbe in tal caso di una versione estrema del modello inquisitorio, che sarebbe certamente incompatibile con la garanzia della difesa, ma che a quanto consta non è attuata in alcun ordinamento processuale moderno».

41 Si veda la monografia di E. FABIANI, 2008.

l'art. 370 c.p.c. dispone che: «*Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito*».

In ogni caso, in relazione ai poteri istruttori officiosi devono sempre essere tenuti fermi alcuni principi, al fine di sottoporre a controlli adeguati l'esercizio di tali poteri.

In primo luogo, bisogna garantire un tempestivo e previo contraddittorio fra le parti sulla prova disposta d'ufficio, al fine di permettere alle parti di esercitare i propri diritti alla prova ed alla controprova.

In secondo luogo, deve essere salvaguardata l'equidistanza del giudice rispetto alle parti. L'iniziativa officiosa non può sostituirsi, con conseguenze di indiretta sanatoria, all'inerzia colpevole di una delle parti. In altre parole, si dice che il giudice non può sanare parzialmente e unilateralmente insufficienze probatorie, imputabili a colpa o a inerzia di una delle parti. L'iniziativa officiosa deve essere diretta a superare l'incertezza sui fatti costitutivi dei diritti in contestazione. Sul punto mi sembra chiaro il c.p.c. francese: «*Une mesure d'instruction ne peut être ordonnée sur un fait que si la partie qui l'allègue ne dispose pas d'éléments suffisants pour le prouver. En aucun cas une mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve*» (art. 146).

Sempre in relazione ai poteri istruttori del giudice, tutti gli ordinamenti riconoscono il divieto di scienza privata per preservare l'imparzialità dell'organo giudicante. Mi sembra preferibile la prospettiva secondo la quale, se il giudice che giudicasse in base alle proprie conoscenze confonderebbe la qualità di giudice dapprima con quella di testimone poi con quella di parte, finendo non solo per perdere la sua necessaria terzietà, ma per non essere più realmente un soggetto giudicante.

7 LA PROVA TESTIMONIALE.

Dopo esserci soffermati sulla disciplina delle prove in generale, possiamo trattare di uno specifico mezzo di prova: la testimonianza che, in linea generale, può essere definita come la

prova che ha ad oggetto la dichiarazione resa da un terzo sulla sua conoscenza dei fatti di causa.

Innanzitutto, deve essere ricordato che in Italia, solo un terzo al processo può essere ascoltato come testimone. Terzo che per essere ascoltato come testimone non deve avere «nella causa un interesse che potrebbe legittimare la sua partecipazione al giudizio», come dispone l'art. 246 c.p.c. Il legislatore italiano rimane, quindi, fedele alla tradizione di *civil law* e considera le dichiarazioni delle parti non come oggetto di testimonianza, al contrario di quanto accade in alcuni ordinamenti stranieri e in particolare in quelli di *common law*, in cui le dichiarazioni della parti vengono parificate, quantomeno sotto il profilo dell'assunzione, a quella del testimone (terzo) e vengono sottoponendola alla libera valutazione del giudice. Non è stata seguita in Italia l'opinione di un celebre studioso, Mauro Cappelletti, che negli anni '60, aveva sottolineato come, la testimonianza della parte fosse il cardine di un sistema incentrato sull'oralità processuale.⁴² Le dichiarazioni rese dalle parti non sono, comunque, irrilevanti ai fini della formazione del materiale probatorio. Tre istituti disciplinano le dichiarazioni rese dalle parti e si tratta: dell'interrogatorio libero o non formale delle parti, di cui all'art. 117 c.p.c.; dell'interrogatorio formale delle parti, disciplinato dall'art. 230 c.p.c.; il giuramento, nelle sue due forme del giuramento decisivo o suppletorio (art. 2736 c.c.).

Tornando alla testimonianza, salvo quanto diremo successivamente, il terzo rende la dichiarazione oralmente, narrando fatti storici di cui ha avuto diretta e personale conoscenza (c.d. testimonianza diretta). Ma, come noto, in via eccezionale è ammessa anche la c.d. testimonianza indiretta o *de relato*, ove il teste riferisce di aver avuto conoscenza dei fatti da un'altra persona (la stessa parte o un terzo).

Si tratta di una prova richiesta generalmente da una delle parti, ma eccezionalmente anche il giudice può disporre d'ufficio la testimonianza: l'art. 257 c.p.c., in forza del quale «se alcuno dei testimoni si riferisce, per la conoscenza dei fatti, ad altre persone, il

42 Mi riferisco, in particolare, alla celebre monografia di M. CAPPELLETTI, 1962. Sul punto, si veda anche M. TARUFFO, 1988, p. 729.

giudice istruttore può disporre d'ufficio che esse siano chiamate a deporre». Più ampio il potere del giudice quando decide in funzione monocratica, in quanto egli «può disporre d'ufficio la prova testimoniale formulandone i capitoli, quando le parti nella esposizione dei fatti si sono riferite a persone che appaiono in grado di conoscere la verità» (art. 281 ter).

Non potendomi soffermare sui limiti alla prova testimoniale, vorrei trattare delle modalità di assunzione della prova per testimoni nell'ordinamento processuale italiano, rispetto alle quali il mio giudizio non è favorevole. L'art. 244 c.p.c. dispone che: «La prova per testimoni deve essere dedotta mediante indicazione specifica delle persone da interrogare e dei fatti, formulati in articoli separati, sui quali ciascuna di esse deve essere interrogata». Si tratta della tecnica della capitolazione o articolazione della testimonianza che, d'altronde, è comune alle varie prove costituenti e si pone «nell'alveo tradizionale dei modelli processuali di tipo dispositivo».⁴³ Alla parte che intende presentare al giudice un'istanza di prova testimoniale viene dunque imposta, innanzitutto, una esigenza di specificità che presuppone che le persone da escutere siano correttamente identificabili senza incertezze e i fatti vengano individuati nei loro elementi essenziali e, quindi, «formulati in articoli separati». Questi requisiti della capitolazione sono imposti per due ordini di ragioni: uno di tipo garantistico, ossia per consentire alle controparti di preparare un'adeguata difesa; l'altro per permettere al giudice di esprimere il giudizio di rilevanza e ammissibilità sulla prova richiesta.

Sempre in relazione alle modalità di assunzione, nel sistema italiano le domande al testimone sono fatte solo dal giudice. Ai sensi dell'art. 253: «Il giudice istruttore interroga il testimone sui fatti intorno ai quali è chiamato a deporre. Può altresì rivolgergli, d'ufficio o su istanza di parte, tutte le domande che ritiene utili a chiarire i fatti medesimi». Lo stesso articolo dispone che: «È vietato alle parti e al pubblico ministero di interrogare direttamente i testimoni». Le parti e gli avvocati sono, di fatto, esclusi dall'assunzione diretta della testimonianza del terzo e in Italia non abbiamo: né la

43 L.P. COMOGLIO, cit., p. 631 ss.

direct examination, quando la parte formula domande al testimone che ha lei stessa indicato; né la *cross examination* quando la parte formula domande al testimone indicato dalla controparte. Il nuovo c.p.c. brasiliano in questo ambito si presenta molto più avanzato nell'ammettere che gli avvocati pongano direttamente le domande al testimone, in base al sistema della *inquirição direta pelos advogados e pelo juiz*, di cui all'art. 459 c.p.c.⁴⁴ Le domande del giudice al testimone sono, pertanto, solo sussidiarie, nonostante il § 1° dell'articolo 459 disponga che: «*O juiz poderá inquirir a testemunha tanto antes quanto depois da inquirição feita pelas partes*».

Sempre in materia di prova testimoniale, una novità sulla quale vale la pena soffermarsi è la testimonianza scritta, introdotta in Italia nel processo di cognizione agli articoli 257 *bis* e 103 *bis* delle disposizioni di attuazione c.p.c., dalla riforma del 2009 (legge n. 69 del 2009), che si è chiaramente ispirata all'istituto delle *attestations* dell'ordinamento francese. Ricordiamo che la testimonianza scritta non si pone quale prova nuova e distinta, trattandosi di una modalità alternativa di assunzione e di formazione della testimonianza orale e soggiace pertanto ai presupposti e requisiti della testimonianza. L'efficacia della testimonianza scritta è quella della prova tipica e liberamente apprezzabile dal giudice.

In particolare, l'art. 257 *bis* c.p.c. dispone che il testimone può «fornire, per iscritto e nel termine fissato, le risposte ai quesiti sui quali deve essere interrogato». L'ammissibilità della testimonianza scritta dipende da diverse condizioni, descritte dal citato articolo. Innanzitutto serve l'«accordo delle parti», affinché la testimonianza scritta sia ammissibile, requisito che fa trapelare il chiaro timore del legislatore italiano della riforma del 2009 rispetto all'istituto. Non basta, comunque, l'accordo delle parti, affinché la testimonianza scritta sia ammissibile, essendo necessaria anche la valutazione positiva del giudice che rimane discrezionale e dipende dalla natura della causa e da ogni altra circostanza. Inoltre, la struttura della deposizione

44 Art. 459, *caput*: «*As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, começando pela que a arrolou, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com as questões de fato objeto da atividade probatória ou importarem repetição de outra já respondida*».

scritta è molto dettagliata e le sue modalità di assunzione devono adeguarsi ad un modello approvato dal Ministro della giustizia, che individua anche le istruzioni per la sua compilazione (art. 103 *bis* disp. att. c.p.c.). Infine, l'art. 257 *bis* aggiunge che «il giudice, esaminate le risposte o le dichiarazioni, può sempre disporre che il testimone sia chiamato a deporre davanti a lui o davanti al giudice delegato». Si tratta di un potere ufficioso e discrezionale, che viene esercitato quando il giudice ha valide ragioni per dubitare della genuinità e dell'attendibilità della deposizione scritta.

Essendo l'istituto italiano della testimonianza scritta di rara utilizzazione, per le ragioni indicate in precedenza, nella pratica forense è diffusa l'utilizzazione di dichiarazioni provenienti da terzi prodotte in causa da una delle parti. La giurisprudenza della Corte di cassazione considera le dichiarazioni provenienti da terzi come delle «prove atipiche», ossia prove non disciplinate dal codice civile o di procedura civile, la cui efficacia viene di regola riportata a quella di mero argomento di prova, dotate di un valore probatorio puramente indiziario.⁴⁵

In conclusione, sulla prova testimoniale concordo con la valutazione di Dittrich, secondo cui: «L'assunzione della prova testimoniale [in Italia] tramite l'ammissione preventiva di capitoli di prova e la relativa assunzione ad opera del giudice, e per di più senza la possibilità di una domande dirette e cross examination ad opera dei difensori delle parti, senza una adeguata verbalizzazione, pare essere certamente uno strumento fortemente inadeguato alle esigenze di una moderna istruttoria civile».⁴⁶

Credo che rispetto al regime della prova testimoniale l'Italia dovrebbe ispirarsi al c.p.c. brasiliano che prevede una disciplina più snella e moderna di assunzione del mezzo di prova in esame.

45 Si veda Cass., 1 settembre 2015, n. 17392, secondo cui «il giudice può legittimamente porre a base del proprio convincimento ... gli scritti provenienti da terzi, [che] pur non avendo efficacia di prova testimoniale, non essendo stati raccolti nell'ambito del giudizio in contraddittorio delle parti, né di prova piena, sono rimessi alla libera valutazione del giudice del merito, e possono, in concomitanza con altre circostanze desumibili dalla stessa natura della controversia, fornire utili elementi di convincimento, specie ove di essi sia stata provata la veridicità formale».

46 Così L. DITTRICH, cit., p. 598 ss.

Auspicio, in altre parole, l'introduzione in Italia di un modello di interrogatorio incrociato del teste ad opera degli avvocati delle parti, sia pure sotto la direzione attiva del giudice. Anche per questo aspetto il nuovo c.p.c. brasiliano potrebbe essere un modello di riferimento per la riforma del sistema probatorio italiano.

REFERÊNCIA

CAPPELLETTI, M.. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*. Milano, 1962.

CARNELUTTI, F. *La prova civile*. 2° ed. Roma, 1947.

CARNELUTTI, F. *Diritto e processo*. Roma, 1958.

CARRATTA, A. *Il principio della non contestazione nel processo civile*. Milano, 1995.

CAVALLONE, B. *Il giudice e la prova nel processo civile*. Padova, 1991.

CHIOVENDA, G. *Principii di diritto processuale*. Napoli, 1923.

CIACCIA CAVALLARI, B. *La contestazione nel processo civile*. Milano, 1993.

COMOGLIO, L.P. *Le prove civili*. 3° ed. Torino, Utet, 2010.

DITTRICH, L. L'assunzione delle prove nel processo civile italiano. *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 589 ss.

FABIANI, E. *I poteri istruttori del giudice civile*. Napoli, 2008.

PATTI, S. *Delle prove*. Bologna, 2015, p. 71.

OSTERNACK AMARAL, P. *Provas*. San Paolo, 2015.

LIEBMAN, E.T. Fondamento del principio dispositivo. *Riv. dir. proc.*, 1960, p. 551 ss.

MANDRIOLI, C.; CARRATTA, A. *Diritto processuale civile*. 24° ed. Torino, vol. II.

TARUFFO, M. Prova testimoniale (dir. proc. civ.). *Enciclopedia del Diritto*, XXXVII, Milano, 1988, p. 729.

TARUFFO, M. Prova giuridica. *Enciclopedia delle scienze sociali*. Roma, 1997.

TARUFFO, M. *La prova dei fatti giuridici*. Nozioni generali. Milano, 1992.

WAMBIER, L.R.. TALAMINI, E. *Curso avançado de processo civil*. 16° ed., vol. 2, San Paulo, 2016.

Recebido em 20/09/2016.

Aprovado em 20/03/2017.