GIUSTIZIA INSIEME

Processo Civile

Le prove atipiche nel processo civile

di Giselda Stella

12 febbraio 2020

Le prove atipiche nel processo civile

di Giselda Stella

Avevo inizialmente pensato, nell'accostarmi al tema delle prove atipiche, di elaborare una sorta di tassonomia che muovesse da quelle più comuni e note alla giurisprudenza e al foro (si pensi ai verbali delle prove orali raccolte in altro giudizio civile, penale o amministrativo o di altro tipo ancora, alla sentenza che su quelle prove si fonda, alle scritture *latu sensu* testimoniali provenienti da terzi, alle CTU c.d. prestate, cioè raccolte in altro giudizio oppure alle CTU eccedenti il mandato conferito al perito), per finire con quelle più rare e curiose, come la prova testimoniale in lingua straniera raccolta senza l'ausilio dell'interprete, rimarrebbe deluso.

Certamente non pensavo di dovermi interrogare sull'*ammissibilità* delle prove c.d. innominate, che mi pareva assolutamente pacifica – senza distinzioni di sorta – sia presso le Corti di merito che nella giurisprudenza di legittimità. Al più, avrei indagato l'efficacia probatoria dei documenti in questione, sulla quale mi pareva che la riflessione fosse più vivace e variegata.

Tuttavia, man mano che andavo selezionando le pronunce utili ad una riflessione sul tema, registravo fastidiosamente il fatto che la piana valutazione di ammissibilità delle prove atipiche da parte della giurisprudenza – sia di merito che di legittimità – fosse argomentata in modo assai povero, sostanzialmente mediante un'acritica reiterazione della proposizione tralatizia secondo cui "*nell'ordinamento processuale vigente manca una norma di chiusura sulla tassatività dei mezzi di prova, sicché il giudice può legittimamente porre a base del proprio convincimento anche prove*

c.d. atipiche" (tra le tante, Cass. n.1593/2017).

Mi sono quindi accostata allo studio della dottrina che maggiormente si è interessata al tema della prova nel processo civile, nella speranza di reperire una base dogmatica convincente che riconducesse pur sempre nell'alveo del sistema le posizioni di tautologica apertura della giurisprudenza, che di fatto mi parevano devianti rispetto alla disciplina legale dell'istruzione probatoria.

Condividevo, difatti, la preoccupazione per cui ad ammettere che il giudice possa utilizzare per l'accertamento del *factum probandum* elementi diversi da quelli previsti e disciplinati dal nostro legislatore, atipici sia rispetto alle fonti di convincimento sia rispetto al modo in cui tali fonti vengono formate e acquisite al giudizio, si corre il rischio di ridurre i modelli normativi dei diversi procedimenti probatorii ad un "*corpus* di paterni suggerimenti forniti dal legislatore agli avvocati e ai giudici intorno ai metodi più efficaci e meglio collaudati dalla tradizione per provare e accertare in giudizio i fatti controversi".

Lo studio delle riflessioni critiche o adesive degli interpreti – la dottrina sul punto è fortemente e motivatamente divisa, a differenza della giurisprudenza – mi ha procurato più incertezze di quante ne abbia risolto, ma quanto meno mi ha consentito un approccio meno superficiale alla questione.

La dottrina favorevole ad una generale ammissibilità delle prove atipiche riposa fondamentalmente sulla convinzione che, considerata la c.d. funzione epistemica del processo, teso cioè all'accertamento della verità materiale, ogni limitazione della prova si risolva in un *vulnus* alle possibilità per il giudice di accedere al fatto, e pertanto all'infuori delle *rules of exclusion* espressamente previste dal legislatore (ad es. la *hearsay rule,* le regole di privilegio della prova scritta dei contratti, le incapacità a testimoniare), il criterio di rilevanza dovrebbe costituire l'unico filtro per l'impiego delle prove nel processo, secondo il principio proprio degli ordinamenti di *common law "all facts having rational probative value are admissible, unless some specific rule forbids"*.

Detto altrimenti la regola fondamentale, da applicare con priorità logica, è "quella che fa discendere l'ammissibilità di una prova dalla sua rilevanza; le eccezioni a questa regola sono costituite dalle norme che prevedono la inammissibilità di prove rilevanti".**[1]**

Si argomenta che la nozione di prova appartiene alla sfera della logica e, pertanto, la disciplina dell'istruzione probatoria non esaurisce la nozione di prova, ma serve unicamente ad escludere l'ammissibilità di taluni mezzi di prova quando ricorrono particolari ragioni di esclusione aventi

anch'esse, per lo più, funzione epistemica per essere finalizzate a prevenire o evitare errori di valutazione da parte del soggetto o dell'organo che deve formulare la decisione finale sui fatti.

In definitiva, secondo l'orientamento dottrinale succintamente esposto e condiviso dalla giurisprudenza assolutamente maggioritaria, è prova qualunque dato empirico utile all'accertamento del fatto e non solo quello previsto e disciplinato come tale dal legislatore.

Sennonché, studiando le ragioni della dottrina positivista, e alla luce di una considerazione complessiva delle posizioni assunte dalla giurisprudenza di legittimità su questioni strettamente collegate al tema dell'ammissibilità e valutazione della prova nel processo civile, mi sembra di poter pervenire alla conclusione che i rischi connessi all'indiscriminata ammissione delle prove atipiche nel processo superino di gran lunga i benefici conseguibili in termini di massimizzazione delle possibilità di accertamento del fatto e valorizzazione del principio del libero convincimento del giudice e, anzi, finiscano paradossalmente per vulnerare entrambe.

Procedendo con ordine, ritengo che l'impostazione del problema delle prove atipiche in termini di tassatività o esemplificatività del repertorio legale delle prove sia privo di utilità pratica.

Consideriamo che il nostro codice civile, come è stato ben detto, allinea "a guisa di entità omogenee elementi che evidentemente appartengono a piani logici e semantici diversi"**[2]**: quando parla (nella intitolazione dei diversi capi del titolo II del sesto libro) di prova documentale, prova testimoniale, presunzioni, (legali e semplici), confessione (giudiziale e stragiudiziale) e giuramento (decisorio e suppletorio), "il catalogo che ne risulta comprende cose materiali preesistenti al processo (documenti), dichiarazioni rese nel processo (testimonianza, confessione giudiziale, giuramento), dichiarazioni rese fuori del processo e pertanto bisognose a loro volta di prova (confessione stragiudiziale), meccanismi legali di ripartizione dell'onere della prova (*praesumptiones iuris),* e infine la descrizione del ragionamento inferenziale (*praesumptio hominis)"**[3]**.

Da quanto sopra detto discende che può parlarsi di "non tassatività" del vigente repertorio delle prove sia nel senso che deve ammettersi l'impiego di altre fonti "materiali" di prova, sia nel senso di apertura del catalogo dei "modi di acquisizione" del materiale istruttorio.

La riduzione dell'elenco a termini comparabili consente di dimostrare come la questione della apertura o chiusura del catalogo legale delle prove sia "futile", per dirla con Cavallone che, efficacemente, così argomenta: "Chi pensi al repertorio soltanto come ad una classificazione *per summa genera* degli elementi della realtà sensibile, dai quali il giudice può attingere le informazioni necessarie alla cognizione dei fatti controversi, dovrà non tanto ritenerlo tassativo,

quanto addirittura negare l'astratta possibilità di superarne i limiti, non essendo pensabile che il giudice ricavi quelle informazioni altrimenti che dall'audizione di altre persone (parti, testimoni, periti) ovvero dall'esame di cose o fenomeni materiali (documenti). Chi, per contro, intenda il repertorio come una elencazione *per species* delle fonti materiali utilizzabili dal giudice (non quindi "i documenti" e "le cose", ma i tipi di documenti descritti negli artt. 2699-2720 c.c., e i tipi di cose "ispezionabili" ai sensi degli artt. 118 e 258 c.p.c.; non il sapere di "altre persone" ma, entro certi limiti e certe condizioni, quello delle parti, e dei terzi che non siano legittimati a partecipare al giudizio, e delle persone fornite di particolare competenza tecnica), potrà sì chiedersi se sia ammissibile l'impiego di fonti apparentemente escluse dall'elenco (per esempio le certificazioni amministrative, o la deposizione del terzo legittimato all'intervento adesivo). Ma il richiamo a presunti principii di tassatività ovvero di esemplificatività risulterà del tutto inutile al fine di valutare la legittimità di queste fonti "atipiche"; trattandosi invece, più semplicemente, di interpretare ed applicare in relazione a ciascuna ipotesi specifica la disciplina degli istituti tipici: e così, nei casi ora citati, di vedere se sia "documento", e di che specie, anche la certificazione amministrativa...".

Le stesse considerazioni valgono per il caso in cui si guardi alla disciplina dell'istruzione probatoria come ad un catalogo di "modi di acquisizione della prova": anche per i procedimenti probatorii anomali (ad es. si pensi alla testimonianza non preceduta dal giuramento) ciò che rileva per la valutazione di legittimità o meno della prova non è se il repertorio sia chiuso o aperto, quanto se i requisiti e le condizioni previsti dalla legge per l'assunzione di una prova – nella specie mancanti – abbiano o meno carattere essenziale e inderogabile; per dirla più chiaramente, se l'anomalia sia compatibile con la disciplina degli istituti tipici o con i principii dell'ordinamento.

La correttezza del *modus procedendi* enunciato appare evidente, d'altra parte, se riflettiamo sul fatto che molte delle prove considerate "atipiche", in realtà atipiche non sono né sotto il profilo della riconducibilità ad una delle fonti di convincimento catalogate, né sul piano delle modalità di acquisizione della prova. Pensiamo ad esempio alle prove c.d. costituende raccolte in altro giudizio (testimonianze o CTU) o alla sentenza che su quelle prove si fonda, introdotte in forma documentale nel giudizio *ad quem*: si tratta di "documenti" che spesso rivestono la forma dell'atto pubblico (come nel caso dei verbali istruttori raccolti dal giudice ordinario o delle sentenze) e sono introdotti nel giudizio mediante tempestivo inserimento nel fascicolo di parte, secondo le regole ordinarie. Il problema che si pone, quindi, non è quello della "atipicità", ma dell'utilizzabilità, ai fini della prova, di dichiarazioni (*latu sensu* testimoniali, o peritali) che non sono state rese davanti al giudice chiamato a valutarle**[4]**.

Anche sulla base di queste considerazioni aggiuntive, ritengo che il metodo più corretto per valutare la legittimità delle prove c.d. atipiche sia quello di ricercare nelle maglie del sistema, e nei principii dell'ordinamento processuale, indicazioni che depongano – sul piano del diritto positivo – per l'utilizzabilità di quelle prove ai fini dell'accertamento del fatto, secondo un approccio necessariamente casistico.

Parafrasando le parole di un grande matematico, Stefan Banach, il quale diceva che i bravi matematici sono capaci di cogliere le analogie, direi che lo stesso vale per i giuristi.

Avviandomi dunque all'esame del materiale giurisprudenziale selezionato in vista di questo studio mi sono accorta che – sotto la superficie di una generale valutazione di legittimità delle prove atipiche, le posizioni della Suprema Corte non sono poi così uniformi, e talvolta si differenziano sensibilmente sia sul piano delle decisioni sull'ammissibilità della prova, che su quello della sua efficacia probatoria.

Ho pensato di procedere ad un esame dei vari orientamenti secondo la tipologia di prova in questione, muovendo dai verbali ispettivi – che risultano di grande interesse nell'ambito del contenzioso previdenziale – per poi indagare l'ammissibilità ed efficacia delle dichiarazioni scritte di terzi estranei alla causa sui fatti di lite, dei verbali di sommarie informazioni acquisite nel corso delle indagini peritali (e più in generale delle risultanze derivanti dagli atti delle indagini preliminari svolte in sede penale), infine delle prove raccolte in un diverso giudizio tra le stesse parti o tra altre parti – ivi compresi gli accertamenti peritali, nonché delle sentenze che su quelle prove si fondano.

Verbali ispettivi.

Per quanto riguarda l'utilizzabilità dei verbali ispettivi ai fini della prova, è pacifica la valutazione di generale ammissibilità da parte della giurisprudenza sia di merito che di legittimità, nonché la necessità di distinguere in seno all'accertamento ispettivo i fatti attestati come avvenuti alla presenza del pubblico ufficiale o da lui compiuti, dai fatti risultanti dalle dichiarazioni di terzi acquisite dal verbalizzante, o dalle sue soggettive valutazioni. Mentre, tuttavia, sul valore probatorio dei primi la giurisprudenza di legittimità è consolidata nell'affermare che "i verbali redatti dagli ispettori del lavoro o dai funzionari degli enti previdenziali (al pari di quelli redatti dagli altri pubblici ufficiali) fanno piena prova, fino a querela di falso, dei fatti attestati nel verbale di accertamento come avvenuti alla presenza del pubblico ufficiale o da lui compiuti", la Suprema Corte si divide invece sul valore probatorio da assegnare alle dichiarazioni rese da terzi al pubblico ufficiale. Un primo e maggioritario

orientamento reputa prudentemente che "la fede privilegiata non si estende alla verità sostanziale delle dichiarazioni ovvero alla fondatezza di apprezzamenti o valutazioni del verbalizzante (cfr. Cass. n. 7993/2019; 13679/2018; 4462/2014; 14965/2012; n.17355/2009), sicché il materiale raccolto dal verbalizzante deve essere liberamente apprezzato dal giudice, il quale può valutarne l'importanza ai fini della prova, ***ma non può attribuirgli il valore di vero e proprio accertamento*** addossando l'onere di fornire la prova contraria al soggetto sul quale non ricade" (cfr. Cass. n.1786/2000; n.6847/87). Un secondo orientamento afferma invece che "I verbali redatti dai funzionari degli enti previdenziali e assistenziali o dell'Ispettorato del lavoro fanno piena prova dei fatti che i funzionari stessi attestino avvenuti in loro presenza, mentre, ***per le altre circostanze di fatto che i verbalizzanti segnalino di aver accertato, il materiale probatorio è liberamente valutabile e apprezzabile dal giudice, il quale può anche considerarlo prova sufficiente delle circostanze riferite al pubblico ufficiale***, qualora il loro specifico contenuto probatorio o il concorso di altri elementi renda superfluo l'espletamento di ulteriori mezzi istruttori" (ad es. Cass. n.3525/2005 ha confermato la sentenza del giudice di merito che aveva fondato il proprio convincimento sulle risultanze del verbale redatto dagli ispettori del lavoro, completo e dettagliato, al quale erano allegati due verbali ispettivi e numerose dichiarazioni rese dai lavoratori; cfr. Cass. n.9827/2000).

Dichiarazioni scritte di terzi estranei alla causa sui fatti di lite.

La questione sollevata si riallaccia a quella, più generale, dell'ammissibilità ed efficacia probatoria delle dichiarazioni scritte di terzi estranei alla causa sui fatti di lite, sulle quali la giurisprudenza di legittimità è divisa, affiancandosi ad un indirizzo consentaneo all'utilizzabilità degli scritti *latu sensu* testimoniali provenienti da terzi, sia pure con limitata efficacia probatoria, un più rigoroso orientamento che nega la legittimità – al di fuori delle previsioni del codice di rito – della testimonianza scritta.

Un primo indirizzo, infatti, sembrerebbe assegnare alle dichiarazioni scritte dei terzi la limitata efficacia probatoria che l'art. 116 secondo comma del nostro codice di rito assegna agli argomenti di prova, affermando testualmente che: "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 ed in quanto non smentite dal raffronto critico – riservato al giudice di merito e non censurabile in sede di legittimità, se congruamente motivato – con le altre risultanze de processo e, in particolare, ***gli scritti provenienti da terzi,***

pur non avendo efficacia di prova testimoniale, non essendo stati raccolti nell'ambito del giudizio in contraddittorio delle parti, né di prova piena, sono rimessi alla libera valutazione del giudice di merito e possono, in concomitanza con altre circostanze desumibili dalla stessa natura della controversia, fornire utili elementi di convincimento ...Né può ritenersi che il ricorso alle dichiarazioni scritte dei terzi configuri violazione del principio del contraddittorio atteso che, se è pur vero che le stesse sono raccolte al di fuori del processo, con la produzione in causa sulle stesse si forma il contraddittorio" (cfr. Cass. n.17392/2015, conforme a Cass. n.12763/2000 e n.4666/2003).

Un secondo indirizzo pur richiamando l'orientamento secondo cui gli scritti testimoniali dei terzi estranei alla lite "costituiscono prove atipiche il cui valore probatorio è meramente indiziario, e che possono quindi contribuire a fondare il convincimento del giudice unitamente agli altri dati probatori acquisiti al processo" (così Cass. n.23554/2008, n.23788/2014; n. 252/2016), afferma per un verso che "possono essere liberamente contestate dalle parti, non applicandosi alle stesse né la disciplina sostanziale di cui all'art. 2702 cod. civ., né quella processuale di cui all'art. 214 cod. proc. civ."(cfr. Cass. sez. lav. n.1315/2017) e per altro verso precisa che **l'utilizzazione delle dichiarazioni scritte provenienti da terzi estranei alla lite su fatti rilevanti costituisce non già un obbligo del giudice di merito, bensì una facoltà il cui mancato esercizio non può formare oggetto di utile censura in sede di legittimità, sia sotto il profilo della violazione dell'art. 115 c.p.c., sia sotto quello dell'omesso esame su punto decisivo della controversia** (cfr. Cass. n. 24976/2017).

Sulla scorta di tali principii la Suprema Corte, ad es., ha condiviso la decisione dei giudici di merito che avevano annullato il licenziamento per giusta causa intimato dalla società appellante ad un suo dipendente, ritenendo inutilizzabili le dichiarazioni rese da altri dipendenti della società al di fuori del processo in considerazione del fatto che "essendo state redatte e finalizzate in funzione volutamente probatoria di una tesi di parte si traducevano in una testimonianza scritta, inammissibile, perché resa senza le garanzie del contraddittorio, ex art. 244 e ss. c.p.c.".

In una diversa pronuncia (Cass. n.26113/2014), analogamente, la Suprema Corte ha confermato la decisione della Corte territoriale che aveva "accertato il mancato rispetto dell'onere di deduzione e dell'onere della prova, essendosi l'Amministrazione (si trattava dell'impugnativa di un licenziamento intimato dal MIUR, n.d.r.) limitata a depositare dichiarazioni scritte di alcuni dipendenti non sottoponendole al vaglio giudiziale ai fini della loro conferma".

L'orientamento più rigoroso cui avevo inizialmente fatto cenno, infine, afferma più esplicitamente l'inammissibilità della scrittura proveniente da terzo, allorché la stessa sia

"redatta e finalizzata in funzione volutamente probatoria di una tesi di parte", risolvendosi "in una sorta di testimonianza scritta, inammissibile...perché fornita senza le garanzie del contraddittorio, di cui all'art. 244 c.p.c. e segg., che nella specie resterebbero eluse" (cfr. Cass. n.5440/2010).

Nella pronuncia appena citata i giudici di legittimità chiariscono che "**Pur non essendo vietato, come costantemente affermato dalla giurisprudenza di questa Corte, nel vigente ordinamento processuale improntato al principio del libero convincimento del giudice, la possibilità di porre a fondamento della decisione prove non espressamente previste dal codice di rito, purché sia fornita adeguata motivazione della relativa utilizzazione, deve tuttavia escludersi che le prove c.d. atipiche possano valere ad aggirare divieti o preclusioni dettati da disposizioni, sostanziali o processuali, così introducendo surrettiziamente elementi di prova che non sarebbero altrimenti ammessi o la cui ammissione richieda adeguate garanzie formali**".

Il monito chiaramente espresso dalla Suprema Corte ci consente di approdare – in chiave critica, dal mio punto di vista – all'esame della giurisprudenza di legittimità formatasi sul tema dell'utilizzabilità dei verbali di sommarie informazioni acquisite nel corso delle indagini peritali e più in generale dell'utilizzabilità delle risultanze derivanti dagli atti delle indagini preliminari svolte in sede penale, e delle sentenze che su di esse si fondano.

Verbali di sommarie informazioni acquisite nel corso delle indagini peritali e più in generale risultanze derivanti dagli atti delle indagini preliminari svolte in sede penale, e sentenze che su di esse si fondano.

La prima pronuncia della Suprema Corte che vorrei sottoporre al "prudente apprezzamento" dei miei benevoli lettori, a mio giudizio vìola – eludendone l'applicazione – diverse norme di carattere processuale (651 e 654 c.p.p.; 244 e segg. c.p.c.), nonché principii di rilevanza costituzionale come quello di difesa e del contraddittorio (art. 24 e art. 111, co.5 Cost.).

Nella vicenda in questione la Suprema Corte (Cass. n.18025/2019) ha confermato la decisione del giudice di prime cure (l'appello era stato dichiarato inammissibile ex art. 348 *ter* c.p.c.), che aveva accolto la domanda di annullamento del testamento per incapacità del testatore*:* il *de cuius* aveva disposto di tutti i suoi beni in favore del convenuto, il quale a sua volta era stato condannato in sede penale per il delitto di circonvenzione di incapace, a seguito di rito abbreviato.

Il Tribunale, in particolare, aveva **rigettato le richieste di prova orale articolate** dal convenuto, ritenendo che l'accertamento dello stato di incapacità del testatore al momento della redazione delle ultime dichiarazioni di volontà, effettuato con la sentenza penale di condanna, facesse stato nel giudizio civile e che, dalle informazioni acquisite in sede di indagini preliminari e dalle perizie di parte prodotte in causa, fosse pienamente dimostrato che, al momento delle disposizioni di ultima volontà, il *de cuius* era privo della capacità di intendere e di volere.

La Suprema Corte ha motivato la sua decisione nei seguenti termini: "Quanto all'utilizzabilità delle sommarie informazioni assunte in sede penale, questa Corte ha ripetutamente affermato che, anche nei casi in cui non possono attribuirsi alla sentenza penale effetti vincolanti nel giudizio civile ai sensi degli artt. 654, 652 e 651 c.p.p., nulla impedisce al giudice civile, tenuto a rivalutare integralmente i fatti di causa, di tener conto delle acquisizioni probatorie del processo penale e di ripercorrere lo stesso "iter" argomentativo della sentenza di condanna, condividendone gli esiti (Cass. n.17316/2018; n.20170/2018; n.14570/2017; n.8603/2017; n.1948/2016; n. 24475/2014; Cass. S.U. n.1768/2011). Più in particolare, al di fuori delle ipotesi in cui la sentenza penale ha effetto di giudicato nel processo civile, occorre distinguere tra gli elementi acquisiti dal giudice penale senza la successiva verifica dibattimentale, da quelli sottoposti al contraddittorio o per i quali il dibattimento è mancato per la scelta dell'imputato di optare (come nel caso in esame) per un rito alternativo (giudizio abbreviato ex artt. 438 c.p.p. e ss. o patteggiamento ex art. 444 c.p.p. e ss.: cfr. Cass. n.2168/2013; n.132/2008).

Questi ultimi sono liberamente valutabili in sede civile ai sensi dell'art. 116 c.p.c., posto che la loro acquisizione in sede penale, senza alcun vaglio dibattimentale, è riconducibile ad una scelta processuale dell'interessato".

Ora a me pare che – al netto della istintiva antipatia per l'erede testamentario protagonista della vicenda processuale – affermare che "*nei casi in cui non possono attribuirsi alla sentenza penale effetti vincolanti nel giudizio civile ai sensi degli artt. 654, 652 e 651 c.p.p., nulla impedisce al giudice civile, tenuto a rivalutare integralmente i fatti di causa, di tener conto delle acquisizioni probatorie del processo penale e di ripercorrere lo stesso "iter" argomentativo della sentenza di condanna, condividendone gli esiti*" significa precisamente attribuire alla sentenza penale effetti vincolanti nel giudizio civile al di fuori dei casi consentiti dalla legge, secondo il brocardo latino per cui " *salvis verbis, legis sententiam eius circumvenit".*

Per non parlare di come il rigetto delle richieste di prova orale e la formazione del convincimento giudiziale, in sede civile, sulla sola base di elementi di prova sui quali il convenuto non ha avuto neppure la possibilità di interloquire (perizie stragiudiziali e verbali di

sommarie informazioni testimoniali), raccolti – quanto alle prove costituende -senza nessuna delle garanzie prescritte dagli artt. 244 e segg. c.p.c., costituisca una patente violazione degli art. 24 Cost. e anche dell'art. 111, 2° co., a mente del quale "ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizione di parità".

Addirittura nella sentenza n.1593/2017 la Suprema Corte ha deciso un giudizio petitorio acquietandosi sulle risultanze delle indagini preliminari relative ad un procedimento penale nell'ambito del quale era stata accertata incidentalmente la proprietà di alcuni dipinti al fine dell'adozione di un provvedimento di dissequestro, omettendo di svolgere alcuna attività istruttoria nel contraddittorio, pure ritualmente richiesta dalla parte attrice, e sostanzialmente valutando alla stregua di prove precostituite le audizioni degli indagati, persone offese e sommari informatori e ritenendole inconfutabili.

Esiste tuttavia un orientamento più cauto, secondo cui il giudice non potrebbe prescindere dal raffronto critico delle prove atipiche provenienti da un giudizio penale, con le altre risultanze del processo (cfr. Cass. n.12577/2014; n.5965/2004).

Prove raccolte in un diverso processo svoltosi tra le stesse o altre parti.

Sull'ultima delle prove c.d. atipiche che mi sono proposta di esaminare, esiste un dato normativo (a mio parere, ineludibile) che circoscrive l'efficacia probatoria delle prove raccolte in altro giudizio nel senso che non possano di per sé sole fondare il convincimento del giudice e la sua decisione.

Ai sensi dell'art. 310 c.p.c., che regola gli effetti dell'estinzione del processo, "le prove raccolte sono valutate dal giudice a norma dell'art. 116 secondo comma" (cfr. art. 310, terzo comma, c.p.c),

A sua volta, l'art. 116 secondo co. c.p.c. dispone che "il giudice può desumere **argomenti di prova** dalle risposte che le parti gli danno a norma dell'articolo seguente (che è quello che regola l'interrogatorio non formale, n.d.r.), dal loro rifiuto ingiustificato a consentire le ispezioni che egli ha ordinate e, in generale, dal contegno delle parti stesse nel processo".

Nonostante la lettera della legge, la giurisprudenza della Suprema Corte reputa che il giudice possa fondare il proprio convincimento anche *solo* sulle prove raccolte in altro processo, e che queste possano costituire fonte esclusiva col solo limite di non poter giustificare il rifiuto di ammissione di diverse prove (Cass. n.19457/2004).

Il giudice della nomofilachia ha infatti affermato di aver "costantemente ricondotto al giudizio del giudice circa l'utilità e pertinenza della prova, insieme al potere di utilizzare per la formazione del proprio convincimento le prove raccolte in altro giudizio, pur con parti diverse, poi estinto, anche il potere di trarre solo semplici indizi o elementi di convincimento *o anche di attribuire loro valore di prova esclusiva*" (Cass. n.11555/2013; n.14766/2007; n.8585/1999), aggiungendo che "ritenere che prove acquisite e provenienti da altro giudizio possano essere utilizzate solo come meri argomenti di prova contrasterebbe con il principio di economia processuale, funzionalizzato alla ragionevole durata prescritta dall'art. 111 Cost.".

Successivamente, è stato superato perfino l'ultimo baluardo del necessario raffronto critico con le ulteriori ed eventuali prove ammesse ed assunte nel processo *ad quem*, secondo la valutazione per cui "in tale contesto, la prova può essere rappresentata anche dalla sentenza adottata dal diverso giudice, che costituisce in ogni caso un documento che il giudice civile è tenuto ad esaminare e dal quale può trarre elementi di giudizio... la necessità che il giudice proceda ad una diretta ed autonoma valutazione delle circostanze accertate con altra sentenza, non implica che debbano essere nuovamente esibiti e direttamente riesaminati i documenti presi in considerazione nell'altro giudizio, o che debbano essere riprodotti o ripetuti le prove o gli accertamenti ivi già compiuti, e non esclude che l'acquisizione o l'utilizzazione di quegli elementi e circostanze *possa avvenire anche mediante adesione alla ricostruzione dei fatti eseguita dall'altro giudice,* quando risulti che a tale adesione il giudice sia pervenuto attraverso un autonomo vaglio critico delle prove già raccolte e delle argomentazioni e deduzioni proposte dalle parti" (così Cass.n. n.840/2015, che sulla scorta del suddetto principio ha confermato la pronuncia della Corte territoriale che aveva negato ingresso alla prova testimoniale adducendone la superfluità per avere la teste già deposto nell'ambito di un giudizio disciplinare davanti al C.O.A., in assenza di contraddittorio; conforme a Cass. n.132/2008 circa il fatto che l'autonomo accertamento non deve necessariamente concretizzarsi nella reiterazione dell'istruttoria).

Il suddetto indirizzo interpretativo è stato condiviso dalla Sezione Lavoro della Suprema Corte che, ad esempio, ha cassato la sentenza del giudice di merito che aveva negato l'utilizzabilità, nell'ambito del giudizio di opposizione al passivo fallimentare, delle prove assunte nel giudizio in materia di lavoro, dichiarato interrotto a seguito dell'intervenuto fallimento, evidenziando che: "il collegio dell'opposizione ha ritenuto che i verbali delle dichiarazioni testimoniali relative al procedimento civile svoltosi avanti al giudice del lavoro non fossero opponibili alla curatela fallimentare, da ritenersi terzo e non anche successore e/o rappresentante della società fallita. Il rilievo, nel soffermarsi sulla posizione di terzietà della procedura fallimentare, trascura però di considerare la giurisprudenza di questa corte secondo cui il giudice civile, in assenza di divieti di

legge, può formare il proprio convincimento anche in base a prove atipiche come quelle raccolte in un altro giudizio tra le stesse o tra altre parti, sempre che siano acquisite al giudizio della cui cognizione è investito, fornendo adeguata motivazione della relativa utilizzazione, senza che rilevi la divergenza delle regole, proprie di quel procedimento, relative all'ammissione e all'assunzione della prova" (così Cass. n.25067/2018).

Tirando le somme del nostro discorso, mi sento di esprimere la preoccupazione che la generale valutazione di legittimità delle prove atipiche proclamata a gran voce dalla prevalente giurisprudenza di legittimità, possa produrre (e nei fatti abbia prodotto) frutti avvelenati proprio rispetto a quegli enunciati obiettivi di valorizzazione del libero convincimento del giudice e massimizzazione della ricerca della verità materiale, all'insegna dei quali quella apertura è stata favorita.

Sotto il primo profilo perché l'orientamento di generale ammissibilità delle prove atipiche, saldandosi agli altrettanto consolidati insegnamenti che prescrivono per un verso una valutazione globale e complessiva delle prove da parte del giudice di merito e negano, per altro verso, che tra le prove liberamente valutabili possa istituirsi una gerarchia, rischia di valorizzare non tanto il libero convincimento del giudice quanto il suo arbitrio, collocando – come è stato efficacemente detto – il giudizio di fatto in una sorta di zona d'ombra, sottratta al vigore di qualsiasi regola normativa o razionale, e dunque ad ogni seria possibilità di controllo (si pensi in tal senso alla proposizione tralatizia secondo cui "la scelta, tra le varie risultanze probatorie, di quelle ritenute più idonee a sorreggere la motivazione, involge apprezzamenti di fatto riservati al giudice di merito il quale, nel porre a fondamento della propria decisione una fonte di prova con esclusione di altre, non incontra altro limite che quello di indicare le ragioni delle soluzioni accolte, senza essere tenuto a discutere ogni singolo elemento o confutare tutte le deduzioni difensive, dovendo ritenersi implicitamente disattesi tutti i rilievi e le circostanze che, sebbene non menzionati specificamente, sono logicamente incompatibili con la decisione adottata", *ex plur*. Cass. n.16056/2016; n.17097/2010).

Sotto il secondo profilo perché, nel modello di processo al quale fatalmente tende la indiscriminata ammissione e utilizzazione di materiale probatorio della più oscura origine, "non soltanto non possono trovare più attuazione, neppure simbolica, i principii dell'oralità e della immediatezza, ma finisce addirittura per scomparire la partecipazione del giudice alla formazione della prova."**[5]**

Concludendo, penso che sia ancora attuale, e dovremmo prestare maggiore attenzione, all'ammonimento di Chiovenda secondo cui esiste "un rapporto fra la funzione della prova e la

forma del procedimento", in virtù del quale "la libertà del convincimento vuole l'aria e la luce dell'udienza", mentre "nei labirinti del processo scritto essa si corrompe e muore"[6].

[1] Così Michele Taruffo ne "La semplice verità", Ed. Laterza, pag. 145.

[2] Così Bruno Cavallone, ne "Il giudice e la prova nel processo civile", CEDAM 1991.

[3] Così Bruno Cavallone, *ibidem.*

[4] Così argomenta condivisibilmente Bruno Cavallone, *ibidem.*

[5] Così giustamente Cavallone, *ibidem.*

[6] G. Chiovenda, *Sul rapporto tra le forme del procedimento e la funzione della prova. L'oralità e la prova,* in *Saggi di diritto processuale civile,* Roma, Foro italiano 1931, p. 197 ss. a p. 225.