

DISPOSIZIONI IN MATERIA DI PROVA DEI FATTI ALLEGATI

Il principio di non contestazione

Al secondo comma dell'art. 115 c.p.c. il Legislatore ha previsto che il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal P.M., nonché i fatti non specificamente contestati.

Inoltre, senza necessità di prova, il giudice può fondare il proprio convincimento per la sentenza anche su nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza.

Tale novella ha un precedente nel comma 2 bis dell'art. 10 del D. Lgs n. 5/03 sul processo societario (secondo cui l'istanza di fissazione dell'udienza rende pacifici i fatti allegati dalle parti ed in precedenza non specificamente contestati).

Dalla nuova formulazione del primo comma dell'art. 115 del codice di rito consegue che, per escludere la possibilità che i fatti allegati siano assunti a prova, non basterà una semplice contestazione con clausole di stile e generiche (si impugna quanto dedotto *ex adverso*), ma si dovrà specificamente indicare l'oggetto della contestazione e motivare adeguatamente.

Ciò costringe i difensori a prendere posizione su ogni fatto, rendendo più semplice il controllo sul comportamento processuale delle parti.

Possiamo escludere che la specifica contestazione sia necessaria quando la negazione non sia possibile a livello della sfera di conoscenza di chi non è gravato dall'onere probatorio.

Va infine precisato che il principio si riferisce ai fatti e non alle argomentazioni.

La nuova disciplina della c.t.u.

Anteriormente alla riforma del 2009 le modalità di espletamento della consulenza tecnica d'ufficio non avevano una specifica disciplina nel codice di rito.

Difatti, schematicamente, l'art. 191 c.p.c. si limitava a stabilire che il G.I. nominava un c.t.u. fissando l'udienza per la comparizione dello stesso; l'art. 193 c.p.c. regolava il "giuramento" del consulente previa ammonizione da parte del giudice in relazione all'importanza della funzione; l'art. 195 c.p.c. tuttora stabilisce che le indagini sono compiute senza l'intervento del G.I. ed il c.t.u. deve farne relazione, da depositare nel termine assegnato, inserendo in quest'ultima le istanze e le osservazioni delle parti.

Siamo tutti coscienti che la c.t.u. sinora impegnava varie udienze del processo: veniva disposta in udienza o nell'ordinanza a scioglimento della riserva assunta in udienza; il c.t.u. prestava giuramento in un'udienza successiva in cui il G.I. fissava il termine per il deposito della relazione; in questa ultima molto frequentemente le parti richiedevano un termine per il deposito di osservazioni scritte con slittamento ad altra udienza; in questa ultima veniva chiesto di richiamare il

c.t.u. per fornire chiarimenti; all'ulteriore apposito rinvio il c.t.u. compariva a rendere i chiarimenti ovvero si riservava di depositarli, quindi un altro rinvio.

Il Legislatore del 2005/06 aveva già introdotto un procedimento in tema di esecuzione immobiliare più rapido quanto ai tempi di consulenza, recependo "prassi virtuose" già in uso presso diversi tribunali italiani.

Il G.E., infatti, ex art 569 c.p.c., nomina il consulente fuori udienza e lo convoca dinanzi a sé per il giuramento fissando l'udienza per la comparizione delle parti da tenersi entro i 120 giorni seguenti. L'esperto, entro 45 giorni precedenti tale udienza, invia la relazione redatta alle parti. Queste possono depositare note alla relazione all'udienza purché, nei quindici giorni precedenti, le abbiano inviate all'esperto.

Il risparmio in termini di tempi processuali, verificato nella prassi, ha indotto il Legislatore del 2009 ad introdurre un procedimento simile anche nel giudizio di cognizione.

Con la nuova formulazione degli artt. 191 e 195 in tema di Consulenza Tecnica d'Ufficio, infatti, si dispone che il giudice, con ordinanza ex art. 183, co. 7, c.p.c., nomini il c.t.u., formuli i quesiti e fissi l'udienza di comparizione del consulente; al momento dell'affidamento dell'incarico, inoltre il G.I. assegna tre termini:

- a) il termine entro il quale il consulente deve depositare in cancelleria la relazione conclusiva;
- b) un termine entro il quale le parti devono trasmettere al consulente le proprie osservazioni finali;
- c) un termine – anteriore alla successiva udienza – entro il quale il consulente deve depositare in cancelleria la relazione finale insieme alle osservazioni delle parti ed una sintetica valutazione sulle stesse.

Il risparmio in termini di tempo è evidente: il giudice, infatti, dovrà formulare i quesiti nel medesimo provvedimento con cui dispone le prove, così come con l'ordinanza resa all'udienza ex art. 193 c.p.c. deve fissare tutti i termini sopra indicati.

Viene anche introdotta in tema di CTU una ulteriore regola sulla trasparenza negli affidamenti degli incarichi. L'art. 23 delle disposizioni di attuazione viene modificato con l'indicazione che il presidente del tribunale vigila che gli incarichi siano adeguatamente distribuiti tra gli iscritti "in modo tale che a nessuno dei consulente iscritti possano essere conferiti incarichi in misura superiore al 10 per cento di quelli affidati dall'ufficio e garantisce che sia assicurata l'adeguata trasparenza del conferimento degli incarichi anche a mezzo di strumenti informatici".

Le novità in materia di prova testimoniale

Ricalcando quanto già esistente in materia di arbitrato (comma 2 dell'art. 816-ter del c.p.c.), la novella ha – ampliando il contenuto innovativo – disciplinato con la compiuta e complessa

regolamentazione del coordinato disposto degli articoli 257-bis, e 103-bis delle disposizioni d'attuazione, la prova testimoniale scritta.

In realtà la testimonianza scritta che può già oggi essere disposta dagli arbitri e quella che - nei giudizi instaurati dopo il 4 luglio 2009 - potrà essere ordinata dal giudice istruttore hanno in comune soltanto il presupposto dell'accordo delle parti.

L'articolo 257-bis stabilisce come essenziale il detto presupposto e tale condizione è stata probabilmente inserita giacché questa modalità di acquisire la testimonianza si presta a facili frodi o usi distorti. Non è difficile, pertanto, prevedere una limitata applicazione dell'istituto in esame, considerato altresì che nel processo contenzioso, animato dall'antagonistica contrapposizione, una delle regole fondamentali osservata da ogni parte è rappresentata dal contrastare sempre e comunque le iniziative e le proposte dell'avversario.

Tornando all'esame della norma va precisato che il riferimento alle "parti" deve essere necessariamente inteso come limitato a quelle costituite in giudizio, considerato che sono le uniche che possono svolgere attivamente le proprie difese.

Inoltre si sostiene che, nonostante la lettera dell'articolo, il consenso all'assunzione della testimonianza per iscritto possa validamente provenire dal difensore della parte giacché non in contrasto con il disposto dell'art. 84 c.p.c. non comportando disposizioni del diritto conteso.

In ogni caso il giudice dovrà valutare l'opportunità della testimonianza scritta "tenuto conto della natura della causa e di ogni altra circostanza".

L'accordo delle parti, quindi, è condizione necessaria, ma non sufficiente per l'assunzione della testimonianza per iscritto. Per assicurare il più possibile la veridicità delle dichiarazioni l'ultimo comma della nuova disposizione stabilisce che, anche dopo l'assunzione per iscritto della testimonianza, il giudice può sempre disporre che il testimone sia chiamato a deporre davanti a lui o davanti al giudice delegato.

La possibilità che viene sempre riconosciuta all'autorità giudiziaria di convocare in udienza il testimone è giustificata dalla diffidenza verso un testimone che risponde per iscritto alle domande formulategli. Diffidenza che spiega anche tutte le altre disposizioni degli articoli 257-bis e 103-bis citati, tra cui la previsione che la deposizione sia resa attraverso non soltanto la risposta alla domanda, ma anche l'apposizione della sottoscrizione autenticata del testimone.

Tale previsione è apparsa indispensabile per poter avere certezza della persona fisica dalla quale provengono le dichiarazioni, ai fini della valutazione dell'attendibilità del testimone.

L'ultimo comma dell'articolo 103-bis stabilisce la gratuità e l'esenzione dall'imposta di bollo e da ogni diritto dell'autenticazione della sottoscrizione del testimone, prescrivendo che la stessa venga eseguita esclusivamente da un segretario comunale o dal cancelliere.

Non è ben chiaro come ci si debba comportare con i testi residenti all'estero.

L'art. 257 bis contempla, poi, le agevolazioni nelle formalità da seguire ove la dichiarazione abbia ad oggetto documenti di spesa già depositati dalle parti.

Proprio perché agli atti è stato già acquisito un principio di prova scritta, il comma 7 dell'articolo 257-bis prevede che la testimonianza può essere resa mediante dichiarazione sottoscritta dal testimone e trasmessa al difensore della parte nel cui interesse la prova è stata ammessa, senza utilizzare il modello di cui al secondo comma.

Oltre ad introdurre la testimonianza scritta, la riforma del 2009 ha apportato alcune modifiche alla disciplina della prova testimoniale.

Uno degli interventi è quello relativo all'art. 249 c.p.c. che, sebbene in ritardo, è stato adeguato al codice di procedura penale del 1989. C'è stata cioè la rettifica del rinvio agli articoli del c.p.p. sulla disciplina della facoltà di astensione dei testimoni per segreto professionale, segreto d'ufficio, segreto di stato (al posto degli artt. 351 e 352 c.p.p. la odierna formulazione dell'art. 249 c.p.c., opera il rinvio correttamente agli artt. 200, 201 e 202 c.p.p.).

Una seconda modifica si è avuta con la riformulazione dell'art. 104 disp. att. del c.p.c.. Con la novella, in caso di mancata intimazione dei testimoni, il giudice dichiara – anche d'ufficio – la decadenza dalla prova della parte che avrebbe dovuto provvedere all'incombente, salvo che l'altra parti non dichiarino di avere interesse all'audizione del teste.

Rispetto al passato viene attribuito al G.I. il potere di dichiarare d'ufficio la decadenza dalla prova, ma consente alla controparte di richiedere l'audizione del teste quando abbia interesse alla deposizione.

La modifica operata con riferimento all'art. 255 c.p.c., infine, rafforza l'obbligo del testimone, regolarmente citato, a comparire.

Il caso è quello in cui il testimone non compaia per due udienze consecutive senza giustificato motivo.

Mentre vigente la vecchia normativa il giudice poteva discrezionalmente optare per una nuova intimazione o per l'accompagnamento coatto, oggi – con la nuova formulazione dell'art. 255 c.p.c., il G.I. deve disporre l'accompagnamento coatto del testimone alla stessa udienza o ad altra successiva e condannare il teste non comparso al pagamento di una pena pecuniaria non inferiore a duecento euro e non superiore a mille euro.

Il tutto sul presupposto che vi sia già stata l'irrogazione di una prima sanzione – che il testo precedente rimase immutato nella parte quantifica tra cento e mille euro – e il testimone, ciò nonostante, abbia nuovamente omesso di comparire

I nuovi mezzi di prova in appello

Il Legislatore del 2009 si è preoccupato di chiarire nel comma 3 dell'art. 345 c.p.c. che il divieto di nuovi mezzi di prova in appello implica anche il divieto di produrre nuovi documenti, a meno che il collegio li ritenga "indispensabili ai fini della decisione" o che la parte "dimostri di non aver potuto produrli in primo grado per causa ad essa non imputabile".

Sembra che la riforma abbia tenuto conto del principio affermato dalla giurisprudenza della S.C..

In particolare va segnalata una sentenza delle S.U. della Cassazione con cui – in relazione alla vecchia formulazione dell'art. 345 c.p.c. – si precisa che nel rito ordinario i documenti, al pari degli altri mezzi di prova, possono trovare ingresso in sede di gravame se prodotti, a pena di decadenza, con specifica indicazione nell'atto introduttivo del giudizio di secondo grado (a meno che la loro formazione non fosse successiva e la loro produzione non si fosse manifestata necessaria in ragione dello sviluppo del processo) e se sia provato che le parti non abbiano potuto produrli prima per causa ad esse non imputabile, ovvero se il giudice li ritenga indispensabili per la decisione (Cass. S.U., n. 8203/05)

Quanto alle controversie soggette al rito del lavoro, i documenti nuovi possono essere prodotti in appello purché, a pena di decadenza, essi siano specificamente indicati nel ricorso o nella memoria di costituzione e depositati contestualmente a tali atti, comunque prima dell'udienza di discussione. L'operatività della decadenza è esclusa relativamente ai documenti la cui produzione sia giustificata dallo sviluppo assunto dal processo successivamente al ricorso ed alla costituzione (Cass., sent. n. 15802/05).