

TRATTA TO
DI
DIRITTO CIVILE E COMMERCIALE

GIÀ DIRETTO DA

ANTONIO CICU FRANCESCO MESSINEO

CONTINUATO DA
LUIGI MENGONI

UNIDADE XI

Leitura obrigatória
TARUFFO, Laprova, p.351-361

VOLUME III, t. 2, sez. 1



MILANO - DOT. A. GIUFFRÈ EDITORE
1992

MICHELE TARUFFO
ORDINARIO NELL'UNIVERSITÀ DI PAVIA

LA PROVA
DEI FATTI GIURIDICI

NOZIONI GENERALI



MILANO - DOT. A. GIUFFRÈ EDITORE
1992

causa sia considerato incapace a testimoniare nel nostro ordinamento (art. 236 cod. proc. civ.), mentre non esiste regola analoga negli altri ordinamenti di *civil law* ⁽¹⁵⁷⁾ e addirittura la testimonianza delle vere e proprie parti, e non solo di quelle potenziali, è normalmente ammessa in numerosi ordinamenti ⁽¹⁵⁸⁾.

Sotto diverso profilo va poi osservato che le norme di derivazione francese che escludono la prova testimoniale dei contratti non solo non trovano alcun equivalente nei sistemi di *common law*, ma non esistono neppure in altri ordinamenti europei, come quello spagnolo e quelli di tipo tedesco, dove i rapporti tra prova testimoniale e prova scritta si pongono in termini di relativa efficacia invece che in termini di inammissibilità dell'una e privilegio dell'altra ⁽¹⁵⁹⁾.

Naturalmente alla base di queste ed altre variazioni è sempre possibile riscontrare spiegazioni, soprattutto di carattere storico, o ragioni sistematiche dovute all'esigenza di tutelare valori ritenuti prevalenti, come nel caso di norme che escludono la testimonianza al fine di non ledere segreti personali, professionali o di carattere pubblico. Ciò non toglie peraltro che talvolta si tratti di norme prive di ragionevole fondamento, come accade — secondo l'opinione prevalente — per l'art. 246 cod. proc. civ. ⁽¹⁶⁰⁾, o che esse si pongano in contrasto con altri valori a loro volta meritevoli di tutela, come nel caso in cui esse impediscano o comprimano eccessivamente l'esercizio del diritto alla prova che si riconosce alle parti come manifestazione della garanzia costituzionale della difesa ⁽¹⁶¹⁾.

In ogni caso, l'estrema variabilità e relatività delle norme che regolano l'ammissione/esclusione delle prove conferma per un verso che si tratta di un campo aperto all'influenza dei fattori più diversi, ma per

Cases and Materials on Evidence, St. Paul, Minn., 1987, p. 341 ss.; LILLY, *op. cit.*, p. 180 ss.; ROTHSTEIN, *op. cit.*, p. 161 ss.

(157) Cf. TARUFFO, *op. ult. cit.*, p. 736 ss.

(158) Cf. CAPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'ordeal*, Milano, rist. 1974, in particolare per il panorama comparatistico tracciato nel vol. II.

(159) Per accenni e ulteriori indicazioni v. TARUFFO, *op. ult. cit.*, p. 743 ss., 747, 755 ss.

(160) In questo senso cf. TARUFFO, *op. ult. cit.*, p. 737, e specialmente COMUGLIO, *Incapacità e divieti di testimonianza nella prospettiva costituzionale*, in *Riv. dir. proc.* 1976, p. 41 ss., e CAPELLETTI, *La sentenza del bastone e della carota (A proposito della dichiarazione di costituzionalità-ammissibilità degli artt. 246-247 c.p.c.)*, in *Giur. cost.* 1974, 3586 ss.

(161) Al riguardo cf. TARUFFO, *Il diritto alla prova*, cit., p. 82 ss.

altro verso che appare estremamente difficile, ed anzi impossibile, trovare in questo campo fattori di razionalizzazione che vadano oltre i caratteri specifici dell'evoluzione storica e dell'assetto sistematico del singolo ordinamento.

Da questa circostanza è però possibile trarre un'ulteriore conclusione di ordine generale. Se la disciplina dell'ammissibilità delle prove è in genere caratterizzata da un alto grado di relatività, le soluzioni adottate entro un singolo ordinamento sono relative e contingenti, anche se «dall'interno» di quell'ordinamento possono apparire razionali, coerenti, e quindi dotate di un grado di fondatezza tale da far pensare che si tratti dell'unico regime possibile.

Essendo invece evidente che così non è in nessun ordinamento positivo, diventa insostenibile l'idea, già richiamata più sopra, secondo la quale soltanto nella disciplina normativa delle prove e nel relativo catalogo legale andrebbe ricercata la definizione della prova. Se è vero infatti, come si è cercato di chiarire in precedenza, che nella disciplina normativa va ricercato il (solo) carattere di specificità della prova giuridica ⁽¹⁶²⁾, è vero anche che nessuna definizione o conoscenza del fenomeno probatorio può essere validamente conseguita guardando esclusivamente a come le prove sono regolate dalla legge, a maggior ragione qualora un'operazione di questo genere venisse effettuata con riferimento ad un solo sistema positivo.

Quanto al problema dell'ammissione delle prove, tutto ciò induce a ritenere valido il principio per cui ogni prova rilevante va ammessa salvo che una specifica norma di legge la escluda o ne subordini l'ammissione a particolari presupposti o condizioni. Questo principio ha infatti un fondamento razionale che trascende i limiti e le peculiarità dei singoli ordinamenti: esso risponde all'esigenza fondamentale di massimizzare le possibilità di accertamento razionale e attendibile dei fatti, evitando al contempo che si compiano attività processuali inutili.

2.2. La formazione della prova. — Un ulteriore importante aspetto della disciplina legale della prova riguarda la sua formazione, vale a dire le modalità attraverso le quali la prova viene ad esistere come elemento utilizzabile per l'accertamento giudiziale del fatto. Si tratta normalmente di «procedimenti», nel senso che la prova viene creata da soggetti particolari, secondo sequenze preordinate di atti o comportamenti finalizzati a porla in essere che possono essere più o meno com-

(162) V. *supra*, par. 1.3.

plesse a seconda dei casi. Si possono distinguere procedimenti processuali per il caso in cui le prove (che vengono allora definite «costituenti») si formino nell'ambito del processo, e procedimenti extraprocessuali quando le prove vengono ad esistere fuori dal processo (ad es. ad opera di un notaio: si parla allora di prove «precostituite»). Sotto altro profilo si può distinguere tra vera e propria *formazione* della prova quando il procedimento serve a «creare» un elemento di prova, e *controllo* sulla prova quando l'elemento di prova già esiste ma si tratta di verificarne l'attendibilità o l'autenticità. Può darsi che il controllo sia contestuale alla formazione, come accade ad es. per alcune modalità di assunzione della testimonianza ⁽¹⁶³⁾, ma può darsi anche che le due fasi siano distinte, e magari che solo il controllo avvenga nel processo (come ad es. nel caso di querela di falso o di verifica di scrittura privata).

Il problema principale che si pone a proposito della formazione della prova nel senso ampio così definito è se esistano solo procedimenti legali di formazione della prova, ovvero se la prova possa formarsi in altri modi, diversi da quelli regolati dalla legge. Un ulteriore aspetto di questo problema è se i procedimenti legali di formazione/controllo delle prove debbano essere intesi come tassativi, oppure no, e con quali conseguenze ⁽¹⁶⁴⁾.

Una prima e ovvia risposta a questi problemi non può che essere

(163) Cfr. ad es. l'art. 251 cod. proc. civ. sul giuramento dei testimoni, l'art. 252 per quanto riguarda l'esistenza di rapporti di parentela, affiliazione o dipendenza con una delle parti e la richiesta di chiarimenti sull'attendibilità del teste, l'art. 253 sulle domande a chiarimento e l'art. 254 sul confronto dei testimoni, nonché l'art. 256 per quanto riguarda le conseguenze della reticenza e della falsa testimonianza. Il rapporto e la mescolanza tra formazione e controllo sulla prova sono evidenti anche nel meccanismo dell'interrogatorio incrociato: per un verso, la *direct examination* mira principalmente a porre in essere la testimonianza, mentre la *cross examination* mira principalmente ad attaccare la credibilità del teste e l'attendibilità delle sue dichiarazioni; per altro verso, le regole che si applicano nelle due fasi dell'interrogatorio (come ad es. il divieto di porre *leading questions*) mirano a far sì che sia assicurata la sua formazione. Su questi aspetti cfr. FANCHIOTTI, *La testimonianza nel processo «adversary»*, Genova 1988, p. 276 ss.; CALAMANTI, *La «cross-examination». Studio comparato sull'esame dei testimoni nel dibattito penale italiano e nel «trial» anglosassone «in open court»*, in *Arch. pen.* 1985, p. 76 ss.; STONE, *op. cit.*, p. 113 ss., 129 ss., 155 ss., 170 ss., 207 ss.

(164) Su questo problema cfr. TARUFFO, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, in *Riv. dir. proc.* 1973, p. 394 ss.; CAVALLONE, *Critica della teoria*, cit., p. 357 ss.; MONTESANO, *Le «prove atipiche» nelle «presunzioni» e negli «argomenti» del giudice civile*, in *Riv. dir. proc.* 1980, p. 234 s., e da ultimo ampiamente RICCI, *op. cit.*, p. 39 s.

negativa, nel senso che prove possono formarsi in molti modi affatto regolati dalla legge. Basti pensare che gli indizi materiali si formano (vengono ad esistere) in modi non «legali»: la traccia di una calzatura nel fango o di un battistrada sull'asfalto non viene certamente ad esistere secondo un procedimento giuridico; ma neppure una fotocopia o una cinepresa funzionano con modalità giuridiche, e lo stesso può dirsi per un'infinità di elementi di prova che vengono ad esistere con modalità non regolate dalla legge e per essa del tutto irrilevanti. Anche il controllo sull'attendibilità o l'autenticità di queste prove avviene secondo modalità varie (logiche, tecniche, scientifiche) che di solito sono del tutto estranee a qualsiasi disciplina giuridica. Naturalmente questi aspetti di «non legalità» nei procedimenti di formazione delle prove non escludono *a priori* che esse possano essere utilizzate in sede di accertamento giudiziale dei fatti, quando siano rilevanti in tal senso.

Rimane allora evidente che l'area delle prove utilizzabili in giudizio non coincide affatto con l'area delle prove il cui procedimento di formazione/controllo sia disciplinato dalla legge, e tanto meno con l'area delle prove destinate ad essere formate (o controllate) nel processo. Vi è al contrario un'area vastissima di elementi di prova che sono utili all'accertamento del fatto ma che si formano (e spesso si controllano) in modi non regolati dal diritto in genere, né tanto meno dal diritto processuale.

Il modo sensato di porre il problema della disciplina giuridica della formazione della prova non è dunque quello di chiedersi se essa sia la sola modalità possibile per creare prove: a questo quesito la risposta non può che essere negativa. Pare piuttosto che abbia senso chiedersi se, quando la legge prevede e regola particolari procedimenti per la formazione di prove, questi procedimenti siano vincolanti, tassativi ed esclusivi.

Poiché infatti accade piuttosto spesso che la legge si occupi del procedimento con cui si forma la prova, si tratta di stabilire che portata abbiano le relative norme ed in quale relazione esse si pongano col fenomeno delle prove che si creano con modalità «non regolate».

L'analisi può muovere dalla constatazione che quando la legge prevede un procedimento specifico per la formazione di una prova, questa viene validamente ad esistere solo attraverso le modalità previste dalla legge ⁽¹⁶⁵⁾. Così ad es. la testimonianza viene assunta (= forma-

(165) Pare decisiva al riguardo l'osservazione di CAVALLONE, *op. ult. cit.*, p. 351 s., secondo il quale se così non fosse si ridurrebbero le norme sull'istituzione probatoria

ta) solo con le modalità previste dagli artt. 250-257 cod. proc. civ. Ne segue che se le modalità e le condizioni previste dalla legge per la formazione della prova non vengono seguite, la prova non si forma: più esattamente, qualcosa (una dichiarazione orale, un documento) viene materialmente ad esistere, ma questo dato materiale non integra la prova alla cui formazione quel certo procedimento è preordinato.

Può darsi che ciò che ne deriva sia ugualmente utilizzabile ad altro titolo a scopi probatori se la legge lo prevede, come nel caso della c.d. conversione dell'atto pubblico regolata dall'art. 2701 cod. civ. Se ciò non accade la prova formata in violazione delle norme che ne regolano la formazione è in linea di principio inutilizzabile perché nulla o, se si preferisce, illecita ⁽¹⁶⁶⁾.

Pertanto, tutto ciò non rappresenta che l'ovvia conseguenza del fatto che vi sia una disciplina legale del procedimento di formazione di quella determinata prova. Ciò che invece non è possibile dedurre dalla presenza di questa disciplina è la totale «chiusura» del sistema legale delle prove, né che essa escluda *a priori* la possibilità di impiegare prove formate diversamente.

Va infatti osservato che la vincolatività di siffatta disciplina, e cioè la tassatività dei procedimenti di cui essa consiste, non è affatto assoluta, ed è invece relativa al contesto di applicazione che le è proprio. Per così dire, l'esistenza di procedimenti legali di formazione della prova

a una serie di patterni suggerimenti del legislatore. In senso analogo v. da ultimo RICCI, *op. cit.*, p. 41 ss., nonché MONTESANO, *op. cit.*, *loc. cit.*; VERDE, *op. ult. cit.*, p. 590.

(166) Sul concetto di illiceità della prova v. ampiamente RICCI, *Le prove illecite nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1987, p. 34 ss., e ID., *Premesse*, cit., p. 16, 26 ss. Qui il concetto di illiceità della prova viene impiegato in uno dei suoi molteplici significati, ossia appunto per indicare le conseguenze della violazione delle norme che regolano il procedimento per la sua formazione (su cui v. RICCI, *Le prove illecite*, cit., p. 71 ss.). La nozione di illiceità della prova ha tuttavia anche altre accezioni, che vanno dall'inammissibilità alla violazione di garanzie costituzionali: cfr. RICCI, *Premesse*, cit., p. 27, anche per ulteriori riferimenti. Nel regime delle prove atipiche ammesse dal nuovo cod. proc. pen. (su cui v. n. 138) diventa essenziale la distinzione tra prova atipica in quanto non prevista dalla legge, e prova *contra legem* in quanto assunta in violazione delle norme che regolano l'ammissione e l'assunzione delle prove: le prime sono ovviamente ammesse, mentre le seconde non possono essere considerate come atipiche allo scopo di rendere irrilevante tale violazione (cfr. NOBILI, in *Commento al nuovo cod. proc. pen.*, cit., p. 398 ss.; SIRACUSANO-DALLA-GALATI-TRANCHINA-ZAPPALÀ, *op. cit.*, p. 389 s.). Pertanto, anche nel processo penale la prova acquisita in violazione delle norme che ne regolano le modalità non è soggetta ad un regime unitario, essendo previste sanzioni diverse in diverse ipotesi (cfr. NOBILI, *ivi*, p. 399).

esclude che quella prova si formi con modalità diverse in quel contesto, ma non esclude affatto che modalità diverse vengano seguite in altri contesti e tuttavia ne risultino elementi di prova utilizzabili in giudizio.

Si prenda l'esempio già richiamato della testimonianza. Se si tratta di testimonianza in senso proprio, essa può essere formata soltanto nel processo e per mezzo dell'applicazione puntuale delle norme che ne regolano l'assunzione. Ma queste norme valgono *nel processo*, non fuori del processo, sicché di fronte ad una dichiarazione di contenuto testimoniale resa da un terzo fuori dal processo non si potrà dire che essa è nulla o illecita perché non effettuata secondo le norme processuali sulla testimonianza. Si potrà dire che essa *non è una testimonianza* in senso proprio, ma non si potrà certamente dire che si tratti di una testimonianza nulla o illecita: di conseguenza, il problema della sua utilizzabilità in giudizio va posto e risolto sulla base di altre argomentazioni. In sostanza, una dichiarazione stragiudiziale di un terzo sarà in linea di principio ammissibile se ed in quanto sia rilevante per l'accertamento dei fatti, e non può essere esclusa solo perché non si è formata secondo le regole che disciplinano l'assunzione della testimonianza in giudizio. Discorso analogo vale anche quando la dichiarazione stragiudiziale provenga da un soggetto che sarebbe incapace a testimoniare in base all'art. 246 cod. proc. civ.: in questo caso non si ha una testimonianza in senso proprio perché costui non potrebbe testimoniare nel processo; però la sua dichiarazione stragiudiziale non è in sé né nulla né illecita, sicché non potrebbe essere esclusa dal novero delle prove utilizzabili, qualora sia rilevante, solo perché proviene da un soggetto che non potrebbe testimoniare in giudizio ⁽¹⁶⁷⁾. L'art. 246 vale infatti *nel processo* e come condizione di liceità della testimonianza in senso proprio; non vale però fuori del processo e non incide *a priori* sull'utilizzabilità della dichiarazione in questione.

(167) Rileva il RICCI, *Premesse*, cit., p. 29, che la testimonianza assunta in contrasto con l'art. 246 darebbe luogo ad un mezzo di prova vietato, ossia ad una prova illecita. Ciò è certamente vero se nel processo si assume la testimonianza di un terzo incapace ex art. 246. Ma è ovvio che fuori del processo costui sia libero di compiere tutte le dichiarazioni che vuole, e che in ciò non vi sia nulla di vietato o di illecito. Se una di queste dichiarazioni, ad es. contenuta in un documento, viene prodotta in giudizio, essa non costituisce affatto una testimonianza, e quindi non può considerarsi come una testimonianza assunta in violazione dell'art. 246. Essa non è altro che una dichiarazione stragiudiziale circa determinati fatti, eventualmente rilevanti nella causa. In Francia, le dichiarazioni di soggetti che non potrebbero testimoniare — ma si tenga presente che nel diritto francese non vi è alcuna norma equivalente all'art. 246 — vengono

L'ipotesi già richiamata dall'art. 2701 conferma d'altronde che non sempre dalla violazione del procedimento previsto per la formazione di una prova deriva l'impossibilità di utilizzare sul piano probatorio l'esito del procedimento viziato.

Inoltre, vi sono numerose ipotesi in cui si hanno prove formate sulla base di procedimenti extraprocessuali, come accade ad es. per la documentazione di fatti risultanti da atti o da documentazioni amministrative. Qui non operano i procedimenti per la formazione dell'atto pubblico, né le condizioni che definiscono la scrittura privata e le scritture ad essa equiparate (artt. 2702 ss. cod. civ.), e neppure sono applicabili i meccanismi processuali di controllo tipici dell'atto pubblico e della scrittura privata, come la querela di falso o la verifica. Tutto ciò non implica tuttavia che si tratti di prove (documentali) non utilizzabili: il fatto che esse si formino secondo procedimenti diversi da quelli che riguardano le prove documentali tipiche non implica che si tratti di prove nulle, illecite o viziate, o inammissibili per altre ragioni «giuridiche» ma solo che non si tratta né di atti pubblici, né di scritture private.

Occorre ulteriormente considerare, d'altra parte, che vi sono casi in cui modalità processuali per la formazione di determinate prove sono specificamente regolate dalla legge ma non sono affatto tassative, perché la stessa prova, o un risultato probatorio equivalente, può essere conseguito anche con modalità diverse.

Nel nostro ordinamento si prenda ad es. la confessione: se essa è giudiziale e non spontanea, il procedimento per portarla in essere è l'interrogatorio formale. Esso non è però tassativo se non nel caso di confessione «provocata», perché se la confessione è spontanea quel procedimento non si applica; inoltre nessuna regola «procedimentale» riguarda l'ipotesi della confessione stragiudiziale sotto il profilo della sua formazione.

Un esempio assai rilevante di non tassatività dei procedimenti di formazione delle prove viene poi dagli ordinamenti di *common law*. In essi la regola fondamentale è che la testimonianza va assunta in udienza attraverso il meccanismo della *cross-examination* e l'applicazione puntuale delle relative regole⁽¹⁶⁸⁾. Procedimento tipico, quindi, e per di più

normalmente usate come indizi: cfr. GHESTIN-GOUBEAUX, *Introduction générale*, I, in *Traité de droit civil*, sous la direction de J. Ghestin, cit., 1977, p. 531. Sulle attestazioni, ossia le dichiarazioni stragiudiziali a contenuto testimoniale, v. la n. 169.

(168) V. riferimenti nella n. 163.

fondato sulla convinzione che si tratti di uno dei momenti fondamentali del processo. Tuttavia va da qualche tempo affermandosi nella prassi l'uso di ammettere l'impiego di *affidavit*, ossia di dichiarazioni scritte a contenuto testimoniale la cui produzione consente di evitare le complicazioni e i costi dell'assunzione dibattimentale della prova⁽¹⁶⁹⁾. Il metodo della *cross-examination* rimane dunque importante, ma non è più l'unico metodo per acquisire al processo prove consistenti in dichiarazioni testimoniali. Vale anche qui il rilievo che quel metodo è vincolante nel processo perché si tratta di assumere una testimonianza in giudizio: essa va assunta solo secondo quel metodo, ma esso non è l'unico procedimento con cui quella prova può essere formata e acquisita.

Questi esempi mostrano che la disciplina processuale delle modalità di formazione e di controllo delle prove rappresenta una parte molto importante del diritto delle prove, ma anche che essa non esaurisce tutte le possibilità relative ai modi di formazione di «cose» utilizzabili come prove nell'ambito del processo.

Di per sé infatti, la circostanza che una cosa o una dichiarazione siano venute ad esistenza non in violazione, ma *al di fuori* del campo di applicazione delle norme relative alla formazione delle prove, non è una ragione sufficiente per escluderne l'utilizzabilità a fini probatori, tutte le volte che quella cosa o dichiarazione sia rilevante per l'accertamento del fatto.

Naturalmente questo non risolve tutti i problemi, ma consente di porne alcuni nella giusta prospettiva.

Un problema rilevante riguarda l'applicazione della regola del contraddittorio, che ovviamente deve essere assicurata anche in sede di formazione della prova, trattandosi di un momento essenziale ai fini della formulazione del giudizio sui fatti. Nessun dubbio su questo principio, che anzi è una manifestazione molto rilevante della garanzia co-

(169) V. accenni in DENTI-TARUFFO, *Simplifying the taking of evidence*, in *Justice and Efficiency. General reports and discussions*, F. Wedekind ed., Deventer-Antwerpen-Boston 1989, p. 319, 324 s., 327. Un fenomeno analogo si ha in Francia con le *c.d. attestations*, esplicitamente ammesse dagli artt. 200 e ss., del nuovo codice di procedura civile. La legge ha così «tipizzato» queste prove, fissandone i requisiti (come l'olografia e l'esatta individuazione dell'autore e dei suoi eventuali rapporti con le parti), e prevedendo che il giudice possa richiederle anche d'ufficio (cfr. BLANC, *Le preuve judiciaire*, Paris 1974, p. 54 ss.; VINCENT-GUINCHARD, *Procédure civile*, 21 ed., Paris 1987, p. 960 s.). Sull'ampio uso di testimonianze stragiudiziali scritte nel processo comunitario cfr. BIAVATTI, *Accertamento dei fatti e tecniche probatorie nel processo comunitario*, Milano 1992, p. 143 ss.

istituzionale della difesa ⁽¹⁷⁰⁾. È però altrettanto chiaro che si tratta di un principio destinato a funzionare *nel processo*, ossia per le prove che nel processo si formano e si controllano, mentre esso non potrà operare per gli elementi di conoscenza che vengono ad esistenza fuori del processo, spesso attraverso modalità che la legge non regola e non può regolare.

Peraltro, il fatto che tali elementi si formino fuori dal processo senza il contraddittorio delle parti non può essere evidentemente una ragione per escluderne l'utilizzazione: la traccia di una frenata non si forma in contraddittorio ma ciò nonostante è un indizio rilevante; una certificazione amministrativa non si forma in contraddittorio ma può fornire elementi utili di conoscenza.

Il problema del contraddittorio, in questi casi, si sposta e si pone nella sola fase «processuale» di impiego delle prove che si sono formate fuori dal processo.

In altri termini: il contraddittorio non può essere una modalità *necessaria* di formazione della prova (se non per quelle prove che si formano nel processo) ⁽¹⁷¹⁾, ma deve essere attuato quando queste prove vengono controllate (se ciò avviene nell'ambito del processo), o almeno quando esse vengono utilizzate nel processo per l'accertamento dei fatti. Ciò implica che le parti siano comunque poste in condizione di influire sulla valutazione che di queste verità fatta dal giudice, ossia di interloquire, discutere ed eventualmente dedurre altre prove, prima che la decisione sul fatto venga formulata ⁽¹⁷²⁾.

(170) Sull'applicazione necessaria della regola del contraddittorio nella formazione della prova v. in generale TARZIA, *Problemi del contraddittorio*, cit., p. 634 ss., 639 ss., RICCI, *Premesse*, cit., p. 30 ss.; DENTI, *Pertizie, nullità processuali e contraddittorio*, in *Id.*, *Dall'azione al giudicato*, Padova 1983, p. 307 ss.; TARUFFO, *Il diritto alla prova*, cit., p. 98 ss.; *Id.*, *Prove atipiche*, cit., p. 428 ss. V. anche *infra*, par. 4.2.

(171) Diversamente TARZIA, *op. ult. cit.*, p. 641 ss., che sembra orientato nel senso di ritenere utilizzabili solo quegli elementi di prova che, benché venuti ad esistenza fuori del processo, si siano formati nel contraddittorio delle parti. Se posta in termini assoluti, questa tesi è però evidentemente insostenibile perché esistono mezzi di prova anche tipici, come molti documenti, o in genere le fonti di presunzione, che si formano senza contraddittorio delle parti. Se la regola del contraddittorio nella formazione stragiudiziale della prova non vale sempre neppure per le prove che normalmente si ritengono ammissibili, non si vede perché essa debba valere come condizione assoluta di ammissibilità delle prove atipiche.

(172) Cfr. più ampiamente TARUFFO, *Il diritto alla prova*, cit., p. 101 ss.; FERRI, *Contraddittorio e poteri decisori del giudice*, in *Studi Urbinatti* 1980-81 (ma 1984), p. 101 ss. (dell'estratto); COMOGGIO, *Contraddittorio*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sez. civile*, IV, Torino 1989, p. 26 s.

Si noti che argomentando in questo modo non si opera alcuna svalutazione o indebita riduzione della garanzia del contraddittorio in relazione alla prova. Per un verso, non serve a nulla affermare la necessità assoluta del contraddittorio quando è *de plano* evidente che in molti casi essa non può essere attuata in sede di formazione della prova ⁽¹⁷³⁾. Per altro verso sembra invece opportuno far sì che il contraddittorio si attui effettivamente nel processo *quando ciò è possibile*: per le prove che si formano fuori del processo, e che per conseguenza si formano di solito senza contraddittorio delle parti, il problema non è allora di prescrivere un contraddittorio extra-processuale impossibile, ma di assicurare che esso vi sia *nel processo*, quando le prove vi vengono effettivamente impiegate, ossia prima della loro valutazione. Al riguardo il vero problema non è di chiedersi se il contraddittorio che si attua dopo la formazione (extraprocessuale) della prova e prima della decisione sia o no in astratto adeguato a soddisfare le esigenze difensive delle parti. *Questo* contraddittorio potrebbe invece considerarsi adeguato a tal fine, almeno nei casi in cui esso è l'unico concretamente possibile, *se esso esistesse*. Il vero problema invece è che questo contraddittorio di solito non viene attuato, per insufficienza radicale delle norme sul punto ⁽¹⁷⁴⁾, ed inoltre per la totale indifferenza che la prassi dimostra al riguardo ⁽¹⁷⁵⁾. Ne deriva comunque che, se sono sicuramente illecite le prove formate nel processo in violazione delle norme che in *quella fase* assicurano il contraddittorio, non sono affatto illecite e inammissibili le prove che si formino senza contraddittorio fuori del processo: esse potranno quindi essere usate nel giudizio (tipiche o atipiche che siano) purché il contraddittorio sia assicurato sotto il profilo del loro impiego ai fini della decisione sul fatto.

Un discorso analogo vale per un altro problema, derivante dal fatto che per molti aspetti la regolamentazione procedimentale della formazione delle prove è destinata a realizzare modalità di controllo dell'attendibilità della prova: è ad es. il caso di alcune regole sull'assunzione della testimonianza ⁽¹⁷⁶⁾ o della funzione di «attribuzione di

(173) V. *supra*, n. 171.

(174) Questa insufficienza caratterizzava l'art. 183 secondo comma cod. proc. civ. (su cui v. riferimenti nella n. 172), ma non è venuta meno dopo la riforma del 1990, che non ha avvertito il problema e non ha introdotto alcun mutamento al riguardo (v. *infra*, n. 236).

(175) Cfr. in particolare FERRI, *op. cit.*, loc. cit.

(176) V. *supra*, n. 163.

pubblica fede» che viene conferita solo ad alcuni soggetti particolarmente qualificati. È evidente che queste modalità di controllo possono realizzarsi solo nel loro contesto di applicazione (il processo, il procedimento di formazione dell'atto pubblico), mentre ovviamente non si realizzano se una prova, magari in qualche modo «simile», viene assistita fuori di quel contesto. Si potrà dire allora che questa prova non è assistita dal controllo di attendibilità implicito in quei procedimenti di formazione che per essa non sono stati applicati, ma questa non è una ragione per escluderne *a priori* l'utilizzabilità. La mancanza di controlli procedurali di attendibilità ha piuttosto una conseguenza diversa, appunto in termini di attendibilità invece che di ammissibilità, che è destinata a incidere sulla *valutazione* della prova in sede di decisione.

Ad esempio, è corretto ritenere che una dichiarazione testimoniale stragiudiziale sia «meno sicura» della testimonianza assunta in giudizio, perché non è stata sottoposta ai controlli di attendibilità insiti nelle modalità di assunzione giudiziale della testimonianza, ma la sola conseguenza ragionevole è che quella dichiarazione dovrà essere valutata con maggior cautela proprio perché non è stata controllata nel corso della sua formazione. Analogamente, se quella dichiarazione proviene da un terzo «interessato» nel senso dell'art. 246 la sua attendibilità dovrà essere valutata tenendo conto dell'eventualità che l'interesse incida sulla veridicità della dichiarazione (177).

In altri termini, è vero che la formazione di una prova senza le modalità legali di controllo crea problemi di attendibilità della prova, ma essi si pongono, e vanno risolti, appunto nel momento in cui l'attendibilità della prova viene stabilita ai fini della decisione sul fatto.

Ovviamente questo non significa che la valutazione sull'attendibilità della prova non possa essere preceduta e assistita da adeguati controlli sull'autenticità e credibilità di essa. Sono infatti esclusi i controlli «tipici» che la legge prevede specificamente per determinate prove (ad es., la querela di falso per l'atto pubblico), ma non sono affatto esclusi altri controlli, se necessari. Così, si potrà dimostrare che un documento atipico è falso o alterato, o che un indizio materiale è stato predisposto *ad hoc*, o che una dichiarazione stragiudiziale non è credibile, implegan-

(177) Si noti che in tutti gli ordinamenti diversi dal nostro l'interesse del teste nella causa è, anche quando si tratti di testimonianza in senso proprio assunta in giudizio, ragione di eventuale inattendibilità della prova, da valutarsi comunque dal giudice in sede di decisione: cfr. accenni in TARUFFO, *Prova testimoniale*, cit., p. 736, 756. Lo stesso vale in Francia per le *attestations stragiudiziali* (su cui v. la n. 169).

do tutti gli elementi di conoscenza e di convincimento opportuni. Come è evidente, l'inapplicabilità di alcuni controlli specifici non significa totale impossibilità di controlli sull'attendibilità della prova.

2.3. Prova legale e libera valutazione. — L'efficacia della prova rappresenta da secoli, almeno negli ordinamenti di *civil law*, il campo privilegiato della disciplina giuridica della prova. Di conseguenza esso costituisce anche un terreno sul quale sono particolarmente rilevanti, ma anche complessi e variabili, i rapporti tra l'area del fenomeno probatorio dominato dalle regole della disciplina legale della prova e l'area non regolata giuridicamente, e quindi lasciata esclusivamente all'applicazione dei principi comuni di razionalità.

Nei suoi termini teorici il problema è assai semplice: la tecnica della prova legale consiste nel porre regole che predeterminano, in via generale ed astratta, il valore che deve essere attribuito ad ogni tipo di prova. L'opposto principio della prova libera o del libero convincimento presuppone invece l'assenza di regole siffatte ed implica che l'efficacia di ogni prova per l'accertamento del fatto vada stabilita caso per caso, secondo criteri non predeterminati, discrezionali ed elastici, fondati essenzialmente su presupposti di ragione (178).

Viceversa, è soprattutto sotto il profilo storico, ed in parte anche dal punto di vista del diritto positivo oggi vigente, che il problema dei rapporti tra i due sistemi presenta particolare complessità. Non è possibile discutere qui questi rapporti in modo esauriente. Vale tuttavia la pena di accennare ad alcuni profili che appaiono particolarmente rilevanti al fine di meglio comprendere il ruolo che la disciplina giuridica dell'efficacia della prova svolge entro la problematica generale del fenomeno probatorio.

La costruzione del sistema della prova legale appare già a buon punto nel sec. XIII (179) ma viene proseguita, affinata e complicata per tutta l'epoca del diritto comune (180): si giunge così ad un sistema rigi-

(178) In termini generali, e per riferimenti ulteriori, v. da ultimo TARUFFO, *Libero convincimento del giudice*. 1) *Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVIII, Roma 1990. Cfr. inoltre NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano 1974, e WALTER, *Freie Beweiswürdigung*, cit. V. infine, per la dottrina meno recente, FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova 1940, p. 148 ss.

(179) Cfr. LÉVY, *Les classifications des preuves*, cit., p. 35; ID., *Le problème de la preuve*, cit., p. 149 ss.

(180) La linea fondamentale di questo sviluppo sembra essere quella della progressiva complicazione analitica: da una classificazione piuttosto elementare dei mezzi