

MICHELE FORNACIARI

## QUESTIONI CONTROVERSE IN TEMA DI PROVA TESTIMONIALE (\*)

SOMMARIO: 1. Introduzione; - 2. Indicazione del nome dei testimoni successivamente alla formulazione dei capitoli; - 3. Incompleta o inesatta indicazione delle generalità del testimone; - 4. Sostituzione del testimone; - 5. Il potere istruttorio officioso in generale; - 6. Richiesta di chiarimenti; - 7. Documenti consultati dal testimone e loro acquisizione al giudizio; - 8. Testimoni di riferimento già conosciuti, o conoscibili; - 9. Introduzione officiosa della prova per testimoni; - 10. Testimonianza scritta.

1. – I punti che, nella ripartizione interna dei compiti con l'altro relatore (ferma ovviamente restando la reciproca interazione), sono stati affidati alla mia analisi sono i seguenti:

- poteri officiosi del giudice *ex art. 181 ter c.p.c.*
- documenti consultati dal teste
- testi di riferimento già conosciuti
- incompleta o inesatta indicazione delle generalità del teste
- sostituzione del teste
- il nuovo articolo *257 bis c.p.c.*

Volendo operare una razionalizzazione per materia di tali argomenti, nonché di alcuni altri, che pare opportuno aggiungere all'elenco (si tratta delle parti in corsivo), essi possono essere distinti in tre categorie, secondo quanto segue:

1) integrazione della richiesta di prova

- *indicazione del nome dei testimoni successivamente alla formulazione dei capitoli*
- incompleta o inesatta indicazione delle generalità del testimone
- sostituzione del testimone
- testimoni di riferimento già conosciuti, *o conoscibili*

2) espletamento della prova

- documenti consultati dal testimone *e loro acquisizione al giudizio*
- *richiesta di chiarimenti*
- (il nuovo articolo *257 bis c.p.c.* →) testimonianza scritta

3) poteri officiosi

- (poteri officiosi del giudice *ex art. 281 ter c.p.c.* →) introduzione officiosa della prova per testimoni

Tale raggruppamento non è tuttavia quello migliore, al fine di una trattazione razionale della problematica in questione.

In primo luogo, è infatti abbastanza evidente che la testimonianza scritta, certo per la sua novità, ma anche per la sua intrinseca rilevanza, richiede un'analisi più autonoma. In secondo luogo, per quanto concerne gli altri argomenti, ad una più attenta riflessione non può poi sfuggire che in realtà l'introduzione officiosa della prova non è l'unico caso nel quale siano implicati poteri

---

(\*) Testo della relazione all'incontro di studi organizzato dal C.S.M. a Roma dal 15 al 17 febbraio 2010.

ufficiosi. Al contrario, questi sono destinati ad assumere rilevanza anche a proposito sia dei testi di riferimento, sia della documentazione consultata dal testimone, sia della richiesta di chiarimenti.

Né, d'altra parte, tale implicazione rimane priva di rilevanza: tutto all'opposto, è proprio essa che conferisce ai temi in discorso la connotazione più peculiare e problematica.

In effetti, ragionando esclusivamente dal punto di vista dei poteri delle parti, è abbastanza scontato che, in un sistema che contempli un qualche tipo di preclusione istruttoria, alle parti non deve essere consentito, una volta che tale preclusione sia intervenuta, di sfruttare la deposizione dei testimoni ammessi per introdurre in giudizio elementi istruttori (altri testimoni, nuovi capitoli di prova, documenti, ecc.), che esse avrebbero dovuto introdurre prima della preclusione medesima. In una siffatta prospettiva, il discorso risulterebbe dunque sostanzialmente chiuso in partenza, le difficoltà in proposito essendo destinate a risultare tutte esclusivamente applicative, vale a dire a vertere sull'effettiva conoscenza/conoscibilità, dalla parte, dell'esistenza di quei certi elementi, o sul fatto che un certo particolare rappresenti un mero chiarimento oppure un'autonoma circostanza, come tale da capitolare autonomamente. Difficoltà – sia chiaro – tutt'altro che banali, ma non tali da poter essere risolte in sede teorica.

Viceversa, una volta che i temi in discorso vengano riguardati dal punto di vista del potere ufficioso, essi assumono immediatamente uno spessore differente. E ciò, si aggiunga, sotto un duplice profilo: per un verso in prospettiva interna al potere ufficioso medesimo (il solo fatto della presenza di quest'ultimo solleva, com'è evidente, tutta una serie di interrogativi, relativi sia ai criteri ai quali deve rispondere il suo esercizio, sia soprattutto, in generale, alla maggiore o minore libertà/doverosità di questo); per altro verso con riferimento ai suoi rapporti con i poteri delle parti (già in generale, ma a maggior ragione in un sistema come il nostro, il quale contempla, per i poteri istruttori delle parti, un limite temporale, la compresenza di poteri istruttori ufficiosi è inevitabilmente destinata ad ingenerare dei problemi di coordinamento).

L'indagine dovrà dunque essere svolta in base ad un differente criterio, vale a dire distinguendo a seconda dell'implicazione o meno, nei vari profili, di poteri ufficiosi; e salvo poi trattare autonomamente della testimonianza scritta. Dal che, riassumendo, il seguente schema:

- 1) profili in relazione ai quali non sono implicati poteri ufficiosi
  - indicazione del nome dei testimoni successivamente alla formulazione dei capitoli
  - incompleta o inesatta indicazione delle generalità del testimone
  - sostituzione del testimone
- 2) profili in relazione ai quali sono implicati poteri ufficiosi
  - richiesta di chiarimenti
  - documenti consultati dal testimone e loro acquisizione al giudizio
  - testimoni di riferimento già conosciuti, o conoscibili (1)
  - introduzione ufficiosa della prova per testimoni
- 3) testimonianza scritta

Ciò detto, rimane solo da aggiungere, per concludere questa premessa metodologica, che, per quanto concerne in particolare il secondo gruppo di argomenti, la loro analisi dovrà essere preceduta da un inquadramento generale in merito al significato ed alla portata del potere istruttorio ufficioso, nonché alle sue correlazioni con il parallelo potere delle parti.

---

(1) Per quelli non conosciuti, né conoscibili, in effetti non si pongono particolari problemi, in relazione ad essi potendosi senz'altro ottenere la rimessione in termini.

2. – Iniziando dunque dall'indicazione del nome dei testimoni successivamente alla formulazione dei capitoli, premesso che il problema concerne ovviamente l'indicazione che sia successiva non solo alla formulazione dei capitoli, ma anche al maturare delle preclusioni istruttorie [la parte che, avendo capitolato la prova nell'atto introduttivo, abbia ommesso di indicare i testimoni (o ne abbia indicato solo alcuni), ben può perfezionare la richiesta (nel rito ordinario), mediante l'indicazione di questi ultimi (o l'integrazione della relativa lista) all'udienza di prima comparizione o in una delle memorie *ex art.* 183, comma 6°, c.p.c.: finché è consentito introdurre *ex novo* la prova, non può non essere consentito completare l'introduzione già iniziata], l'analisi della giurisprudenza evidenzia una netta differenza di regolamentazione fra rito ordinario e rito del lavoro.

Per quanto riguarda il rito ordinario (successivamente all'abrogazione dell'art. 244, comma 3°, c.p.c., il quale consentiva, in generale, la concessione di un termine per integrare la richiesta incompletamente formulata), l'indicazione tardiva viene esclusa (2) e tale lettura appare in effetti pienamente condivisibile. La richiesta di prova per testi comprende infatti tanto la formulazione dei capitoli quanto l'indicazione dei testimoni. Entro il termine per la presentazione della relativa richiesta, essa deve dunque essere formulata in tutte le sue componenti.

Non, sia chiaro, che tale regola non possa essere derogata. Perché ciò avvenga, occorre però che sussistano i presupposti per la rimessione in termini. Rimessione in termini, che, si noti, va richiesta.

Si tratta di una considerazione banale, e che nondimeno si scontra, almeno per quanto personalmente ho avuto modo di constatare, con la sostanziale desuetudine dell'istituto. Tanto in questa materia, come più in generale, la mia esperienza è infatti nel senso di uno scarsissimo uso di esso, anche in fattispecie, nelle quali ne sussisterebbero sicuramente gli estremi. Non, beninteso, che non si verifichi che l'avvocato, incorso in una decadenza, chieda di essere autorizzato a compiere tardivamente quella certa attività, non di rado anche allegando circostanze che giustificano la precedente omissione; solo che tale richiesta in genere non sfocia, come sarebbe logico attendersi, nell'istanza di rimessione in termini; e il punto è che, in assenza di una siffatta istanza, il giudice non può ugualmente autorizzare l'attività, dato che questa, in sé, è indubbiamente preclusa. Si potrebbe forse ritenere che la richiesta di rimessione in termini sia implicita, ma non mi pare che tale lettura sia consentita, quello in questione apprendomi un provvedimento che necessita di essere appositamente e specificamente domandato. Tantomeno poi, per il medesimo motivo, si potrebbe ritenere che esso possa essere emesso d'ufficio. Né d'altra parte, si aggiunga ancora, risulterebbe in alcun modo lecito, per evidenti motivi di terzietà del giudice, «imboccare» l'avvocato, suggerendogli di formulare la richiesta.

Passando al rito del lavoro, qui la giurisprudenza evidenzia una prassi opposta, mostrando di ritenere la mancata indicazione dei testimoni nel termine di decadenza (che in questo caso è ancora più rigoroso, le richieste dovendo essere senz'altro formulate negli atti introduttivi) quale mera irregolarità, rimediabile mediante richiesta al giudice della concessione di un termine per rimediare all'omissione (3).

---

(2) In tal senso, Trib. Torino 11 dicembre 2006, in *Giur. merito* 2007, 9 2275; Cass. 18 aprile 2006 n. 8957; Cass. 7 dicembre 2005, n. 27007, in *Giudice di pace*, 2006, 4, 304, con nota di V. Febbraro, *Giudice di pace e regime delle preclusioni*; Cass. 16 giugno 2005, n. 12959, in *Foro it.* 2006, I, 3197 e *Giur. it.*, 2006, 327; Trib. Torino 26 ottobre 2001, in *Foro it.* 2003, I, 655, con nota di I. PAGNI, *Processo e preclusioni: le oscillazioni del pendolo*; Pret. Firenze 18 maggio 1998, in *Foro it.* 1998, I, 2586.

*Contra*, Cass. 19 luglio 1999, n. 7682.

(3) In tal senso, Cass. 21 agosto 2004, n. 16529, in *Riv. it. dir. lav.* 2005, II, 688, con nota di P. Sole, *Sul delicato contemperamento dei poteri istruttori del Giudice con le carenze probatorie delle parti, tra timori di parzialità e di violazione del principio del*

A sostegno di tale differente lettura, totalmente *extra ordinem* [la possibilità di un'integrazione non risulta allo stato prevista in alcuna norma (l'unica che la contemplava era il già citato art. 244, comma 3°, c.p.c., che però, come detto, è stato abrogato)], viene invocata la peculiarità del rito del lavoro, e segnatamente la presenza, in esso, di penetranti poteri ufficiosi. Tale giustificazione non mi pare però condivisibile.

E' vero, infatti, che al giudice del lavoro sono conferiti poteri ufficiosi più ampi di quelli attribuiti al giudice del rito ordinario; ed è altresì indubbio che tali poteri possono essere esercitati anche dopo che i poteri istruttori delle parti sono venuti meno (più esattamente, posto che, come detto, questi ultimi devono essere esercitati negli atti introduttivi, le iniziative ufficiose possono trovare luogo *solamente* dopo il loro venir meno) (4). Questo è però, in relazione al tema in questione, un argomento che prova troppo. Se esso fosse valido, esso condurrebbe infatti, più in radice, all'inoperatività, in generale, di qualunque preclusione istruttoria. Su tale base, ben si potrebbe infatti ammettere le parti non solo ad indicare tardivamente il nominativo dei testi, ma anche a formulare *tout court* la prova testimoniale in corso di causa, così come a compiere (o completare), sempre in corso di causa, qualunque attività istruttoria non compiuta (o incompletamente compiuta) negli atti introduttivi.

Né, in contrario, si potrebbe richiamare quanto diremo più avanti (5), in merito agli inconvenienti della previsione, in base alla quale il giudice può, nell'introdurre d'ufficio la prova per testi, superare i limiti di ammissibilità contemplati nel codice civile; inconvenienti rappresentati appunto dal fatto che è difficile giustificare come il giudice possa rifiutare, a fronte della sollecitazione delle parti, la spendita di un potere più ampio di quello del quale dispongono queste ultime. Al di là di quanto diremo in generale in merito all'esercizio del potere ufficioso, che, a quanto mi pare, risolve in radice questo come gli altri problemi, che tale potere prospetta, il punto, per quello che qui più specificamente interessa, è infatti che nel caso dei limiti di ammissibilità ciò di cui si tratta è un potere (quello di ammettere la prova oltre tali limiti) del quale le parti non dispongono per nulla; laddove, viceversa, per quanto concerne le preclusioni in questione è viceversa un potere del quale le parti erano senz'altro fornite, solo che non l'hanno speso tempestivamente. Tant'è che ciò che esse chiedono non è l'esercizio del potere del giudice, ad esse estraneo, bensì la concessione di un termine per rimediare alla propria precedente omissione. Né, d'altro canto, si potrebbe intendere la cosa nel senso di vedervi, nella sostanza, un'introduzione ufficiosa della prova a mezzo dei testi indicati tardivamente dalla parte. Al di là del fatto che l'ostacolo appena evidenziato (vale a dire quello consistente nel fatto che qui ciò di cui si tratta è di rimediare alla mancata spendita di un potere del quale la parte disponeva senz'altro) comunque rimarrebbe, tale lettura risulta impossibile, dato che in questione è l'introduzione di testimoni, che il giudice non conosce. Configurare la concessione di un termine per la loro indicazione come introduzione ufficiosa della relativa testimonianza rappresenta dunque, manifestamente, una finzione.

In ultimo, sempre a critica dell'orientamento giurisprudenziale, occorre poi notare come in realtà, per quanto concerne questo specifico aspetto dell'attività istruttoria ufficiosa, i poteri del

---

*contraddittorio*; Cass. 27 aprile 2004, n. 8054; Cass., sez. un., 13 gennaio 1997, n. 262, in *Giust. civ.* 1997, I, 365, *Foro it.* 1997, I, 1506, con osservazione di V. Farnararo, *Mass. giur. lav.* 1997, 490, *Not. giur. lav.* 1997, 290, *Riv. giur. lav.* 1997, II, 221, con nota di I. Cimatti, *Le Sezioni Unite ridisegnano il rito del lavoro sulla falsariga del processo civile ante novella del 1990*, e *Rass. giur. Enel* 1997, 907.

(4) Sul punto v. il § 5.

(5) V. ancora il § 5.

giudice del lavoro non sono affatto più ampi di quelli del giudice del rito ordinario. Posto che ai presenti fini ciò che viene in questione non è il superamento dei limiti di ammissibilità previsti dal codice civile, bensì puramente e semplicemente l'introduzione della prova per testi successivamente al momento nel quale il potere delle parti si è precluso, è agevole infatti constatare che anche nel rito ordinario il giudice per un verso (*ex artt. 257 e 281 ter c.p.c.*) può senz'altro introdurre d'ufficio la prova, per altro verso non incontra il limite temporale previsto per l'iniziativa delle parti (6). A maggior ragione non si giustifica quindi l'atteggiamento meno rigoroso adottato dalla giurisprudenza con riferimento al rito del lavoro. Tanto più – si aggiunga – che, fra i due riti, quello maggiormente restrittivo, come già notato, sia pure incidentalmente, è proprio quest'ultimo, dato che in esso la decadenza scatta già con gli atti introduttivi.

3. – Per quanto concerne l'incompleta o inesatta indicazione delle generalità del testimone, in sé, questa fattispecie non presenta particolari problemi, nel senso che, laddove l'indicazione del testimone sia incompleta/inesatta, la soluzione non può che ricalcare quella appena individuata con riferimento alla loro mancata indicazione. In buona sostanza, quella qui in esame altro non rappresenta, infatti, se non un'ipotesi attenuata della precedente: mentre là il testimone non viene indicato per nulla, qui esso viene bensì indicato, ma in modo non adeguato. La soluzione non può dunque che essere identica: posto che, come detto, nel termine all'uopo previsto la prova deve essere dedotta compiutamente, qualora questo non sia avvenuto, la conseguenza non può che essere la sua inammissibilità – senza possibilità di sanatoria, mediante la concessione all'uopo di una proroga (salva, ovviamente la rimessione in termini; e salvo peraltro, per converso, il mero errore materiale) – quale che sia il tipo di difetto ed il grado di imperfezione.

Il problema vero, che la fattispecie in esame pone, è dunque un altro; vale a dire quello di quand'è che l'indicazione debba essere ritenuta incompleta (l'inesattezza non dà ovviamente luogo a dubbi analoghi); il che è in sostanza quanto dire che l'interrogativo sul quale occorre concentrare l'attenzione è quello in merito a quali siano le indicazioni che occorre fornire, allorché si indica un soggetto quale testimone.

In proposito, schematizzando, si danno, mi pare, tre possibili livelli di informazioni. La parte può cioè essere ritenuta obbligata a fornire: a) esclusivamente il nome ed il cognome del testimone; b) il nome ed il cognome, ed inoltre il suo indirizzo; c) il nome ed il cognome, (l'indirizzo) ed i suoi rapporti con le parti.

Nella prassi, riscontro che le indicazioni oscillano fra la prima e la seconda formulazione, senza che mi sia mai capitato, anche nel primo caso, che alcuno lamentasse la loro incompletezza; per cui, di fatto, il problema non pare sussistere. Ad ogni modo, volendo esprimere una valutazione, ritengo che in effetti possa ritenersi sufficiente l'indicazione del nome e del cognome del testimone (7).

Per quanto concerne l'indirizzo, esso, in quanto non aggiunge nulla di rilevante ai fini della dialettica processuale, lo riterrei infatti senz'altro facoltativo.

---

<sup>(6)</sup> Sul punto v. ulteriormente il § 5.

<sup>(7)</sup> Per la manifesta incostituzionalità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 244, comma 1°, c.p.c., nella parte nella quale non impone l'indicazione, oltre al nome ed al cognome dei testimoni, anche della loro residenza, Corte cost. (ord.) 26 febbraio 1993, n. 75, in *Giur. cost.* 1993, 500 e *Riv. dir. int.* 1993, 447. Nel senso che non è necessario specificare la posizione del teste rispetto ai fatti, né se egli ne abbia conoscenza diretta o indiretta, Cass. 8 agosto 2989, n. 3635.

Diverso discorso potrebbe valere per i rapporti con le parti. Essi, in quanto indispensabili al fine di valutare la capacità, o comunque l'attendibilità, del testimone, sono infatti tutt'altro che irrilevanti. Ben si potrebbe dunque ritenere che la parte sia tenuta ad indicarli, per consentire alla controparte di formulare i propri rilievi. A ben riflettere, non mi pare, tuttavia, che tale obbligo possa essere ritenuto sussistente. In assenza della specificazione in discorso, nulla impedisce infatti alla controparte di eccepire l'incapacità, o di contestare l'attendibilità, al momento dell'escussione, allorché i rapporti con le parti siano chiariti dal testimone medesimo. Non sussiste dunque alcuna reale ragione per onerare la parte di tale specificazione. Ed anzi: il fatto che l'art. 252 c.p.c. espressamente sancisca che il testimone, prima di rispondere sui capitoli, deve chiarire i propri rapporti con le parti depone indiscutibilmente nel senso della non necessità che questi siano precedentemente oggetto di un'indicazione della parte (8).

Semmai, potrebbe porsi un interrogativo in un certo senso opposto; vale a dire quello se, allorché l'indicazione sia stata fornita, la controparte abbia l'onere di sollevare l'eccezione di incapacità, o di formulare i rilievi in punto di attendibilità, nella prima difesa. Anche a tale proposito, propenderei tuttavia per la risposta negativa. Nessuna norma, in generale, impone infatti che le eccezioni ed i rilievi a fronte delle iniziative istruttorie altrui debbano essere sollevate/formulati nella prima difesa successiva all'iniziativa. L'introduzione in via interpretativa di un siffatto onere mi parrebbe dunque non solo ultroneo in punto di opportunità, ma anche difficilmente – e pertanto debolmente – argomentabile in punto di legittimità.

Problema differente è poi quello se, laddove la qualità di testimone sia legata ad una certa qualifica/funzione (es.: direttore della filiale di una banca), la parte possa limitarsi ad indicare quest'ultima, oppure debba comunque far riferimento al nominativo (9).

Personalmente, non vedo motivo per imporre in ogni caso l'indicazione nominativa. Il riferimento alla sola qualifica/funzione – posto che questa, come detto, sia ciò a cui è legata la qualità di testimone di quel certo soggetto – non pregiudica infatti in alcun modo, a quanto mi pare, il diritto di difesa della controparte. Pretendere ugualmente il riferimento alla persona (possibilmente mutevole) di colui che, in un dato momento, riveste la qualifica/funzione medesima si manifesta dunque come un mero formalismo, fine a se stesso e, come tale, privo di ragion d'essere.

4. – Venendo alla sostituzione del testimone, le fattispecie che vengono in considerazione a questo proposito sono, a quanto mi pare, essenzialmente due: la prima è quella della citazione quale testimone di un soggetto, la cui conoscenza dei fatti di causa è legata ad una certa qualifica/funzione (si pensi ancora al direttore di banca, in relazione a determinate operazioni bancarie, rilevanti in causa), e della successiva scoperta che, essendovi stato un avvicendamento in tale qualifica/funzione, il soggetto citato, pur essendo attualmente, od essendo stato in passato, titolare di questa, sia diverso da quello che lo era all'epoca dei fatti rilevanti e che può dunque riferire in merito a questi ultimi; la seconda è quella nella quale, essendovi una pluralità di soggetti a conoscenza dei fatti, sostanzialmente fungibili (si pensi ai dipendenti di una certa impresa, in

---

<sup>(8)</sup> Sempre nella direzione della sufficienza di un'indicazione limitata al nome ed al cognome del testimone può essere indicativo il raffronto dell'art. 244 c.p.c. 1942, dove si parla semplicemente di «indicazione specifica» del testimone, con l'art. 234 c.p.c. 1865, dove si richiedeva, a pena di nullità, «l'indicazione del nome e del cognome, della condizione e residenza» dello stesso.

<sup>(9)</sup> Nel primo senso, Cass. 7 giugno 2003, n. 9150.

*Contra*, Pret. Bari 6 marzo 1997, in *Foro it.* 1998, I, 1694.

relazione a determinate prassi aziendali; o agli abitanti di un paesino, dove tutti si conoscono e sanno sostanzialmente tutto di tutti, in relazione al possesso di un'abitazione da parte dell'attore che chiede l'accertamento della sua usucapione), la parte ne abbia citato soltanto alcuni, i quali si scoprono poi non essere a conoscenza dei fatti, o non averne una conoscenza sufficiente (per essere addetti ad altro settore/servizio, per essere stati assunti successivamente ai fatti rilevanti, per essere andati in pensione prima che questi ultimi si verificassero, per abitare nel paesino solo da poco tempo, ecc.), oppure essere morti, o non poter comunque deporre.

In entrambi i casi, la possibilità di sostituzione passa ovviamente per la rimessione in termini. Ciò che occorre chiedersi è dunque se e quando di questa sussistano i presupposti (10).

Per quanto concerne la prima fattispecie, a mio avviso – salva la dimostrazione che la parte conosceva la circostanza del mutamento soggettivo (nel qual caso ovviamente l'errore non può essere ritenuto scusabile) – la sostituzione deve essere senz'altro ammessa, per l'evidente ragione che non è pensabile onerare la parte di informarsi di tutte le vicende soggettive della qualifica/funzione in discorso. Questa soluzione s'impone del resto anche per intuibili ragioni di coerenza con quella fornita nel paragrafo 3, a proposito dell'interrogativo circa la possibilità di citare il testimone indicandone esclusivamente la qualifica/funzione. Sarebbe infatti assurdo che, ammessa tale possibilità, laddove si indichi viceversa l'individuo, che, in una certa epoca, ha rivestito quella qualifica/funzione, non si ammettesse poi che la parte, venuta a conoscenza del diverso soggetto che la rivestiva all'epoca dei fatti in merito ai quali riferire, potesse operare la sostituzione. E non solo. La soluzione risulta manifestamente collegata anche alla tematica del testimone di riferimento. Ben può accadere, infatti, che la circostanza per la quale il soggetto informato, in quanto titolare della qualifica/funzione all'epoca dei fatti, era un altro, emerga in occasione della deposizione del testimone citato. Se – come non avrei dubbi – la parte può, in tal caso, chiedere l'escussione di tale diverso soggetto quale testimone di riferimento, sarebbe ancora una volta assurdo non ammettere la sostituzione preventiva, laddove la circostanza emerga prima dell'escussione. D'altronde, la parte ben può – ancora una volta con pieno diritto, direi – anziché instare per la sostituzione, chiedere senz'altro di (essere rimessa in termini per) indicare il nuovo testimone, della cui conoscenza dei fatti di causa è venuta a conoscenza solo successivamente al maturare della preclusione istruttoria, lasciando che il testimone citato originariamente venga a rendere una deposizione negativa, o rinunciando alla sua audizione. A maggior ragione non si vede dunque per quale ragione la parte non dovrebbe essere ammessa alla (rimessione in termini al fine di operare la) sostituzione.

Passando alla seconda fattispecie, con riferimento ad essa, in un'ottica rigorosa si potrebbe forse ritenere che, avendo la parte l'onere di indicare comunque tutti i testimoni conosciuti, salva poi al giudice la possibilità di sfoltire la lista, o di interrompere l'escussione dopo averne sentito alcuni, l'indicazione parziale non è mai giustificata e dunque la (rimessione in termini al fine di operare la) sostituzione non può essere ammessa. A mio avviso, una tale impostazione risulta tuttavia eccessivamente formalistica ed inutilmente punitiva. Salvo sposare una versione rigida ed irragionevole del principio di eventualità, in presenza di una pluralità, magari anche assai numerosa, di testimoni fungibili, non mi pare infatti che possa essere ritenuto comportamento processuale

---

<sup>(10)</sup> Per l'ammissibilità della sostituzione, nel secondo tipo di fattispecie, Cass. 21 luglio 2006, n. 16764 e, con riferimento al rito del lavoro (e facendo leva sui poteri ufficiosi conferiti al giudice in tale rito), Cass. 8 settembre 1988, n. 5095.

*Contra*, sempre con riferimento a tale fattispecie, Cass. 5 aprile 1993, n. 4071; Cass. 29 maggio 1992, n. 6515; Cass. 13 febbraio 1968, n. 481.

negligente, e dunque censurabile, quello della parte, la quale si limiti ad indicare solo un numero limitato di soggetti, che una ragionevole prognosi faccia ritenere sufficienti a fornire un'attendibile conferma dei fatti da provare. Laddove poi, per qualche ragione, tutti tali soggetti, o alcuni di questi, non possano deporre, o si scoprano imprevedibilmente non possedere un'adeguata conoscenza dei fatti, sembra dunque decisamente eccessivo precludere alla parte la possibilità di sostituirli con altri, precedentemente non indicati, in quanto verosimilmente superflui.

5. – Chiariti i primi tre profili, per quanto concerne i successivi, essi, in quanto coinvolgono la tematica del potere istruttorio officioso, necessitano, secondo quanto anticipato, di un'introduzione di carattere generale in merito a quest'ultimo.

Come si è accennato (11), il potere istruttorio officioso pone, schematizzando, due problemi: quello della doverosità o meno della sua spendita e quello dei rapporti con il parallelo potere delle parti. Si tratta di problemi da un lato ben noti a chiunque, dall'altro veramente enormi. Premesso dunque, qualora ve ne fosse bisogno, che non è in questa sede che essi possono sperare di trovare una soluzione definitiva, il modo migliore per iniziarne l'analisi consiste, a quanto mi pare, dal riportare due massime, specificamente relative al secondo aspetto, che, nel loro radicale contrasto, mostrano in modo quanto mai eloquente l'assoluta mancanza di certezze in materia.

Trib. Udine 14 luglio 2003: «Il potere d'ufficio di cui all'art. 281 ter c.p.c. non è esercitabile una volta che siano già maturate le preclusioni istruttorie a carico delle parti».

Trib. Nocera Inferiore 2 luglio 2003: «Il potere istruttorio officioso *ex art.* 281 ter c.p.c., in quanto diretto ad integrare il materiale probatorio offerto dalle parti, è esercitabile solo quando siano già maturate le decadenze istruttorie a carico delle stesse» (12).

Al di là di tali specifiche, ed emblematicamente contrastanti, prese di posizione, vi è poi tutta una serie di più generali – e generiche – affermazioni, tanto diffusamente presenti nella giurisprudenza in materia, quanto a mio avviso prive di un reale significato precettivo. Così, quella per la quale l'esercizio delle facoltà istruttorie officiose rappresenterebbe un potere-dovere; quella – il cui coordinamento con la precedente appare in verità abbastanza problematico – per la quale tale esercizio sarebbe nondimeno discrezionale; quella – a sua volta di difficile coordinamento con le altre due – secondo la quale, a fronte della sollecitazione della parte, il non uso delle facoltà in discorso richiederebbe di essere motivato.

Da altro punto di vista, è esperienza quotidiana quella per la quale, richiesta una *ctu*, successivamente al maturare della preclusione istruttorie, a fronte dell'eccezione della controparte circa la tardività della richiesta, la parte istante replica che, essendo quello in questione un mezzo istruttorio officioso, la richiesta altro non è se non la sollecitazione dell'esercizio del relativo potere del giudice e che dunque, in quanto tale, non incontra sbarramenti temporali. Replica in effetti apparentemente *tranchant*, ma che a meglio riflettere qualche interrogativo lo suscita. Che il potere istruttorio officioso non incontri limiti cronologici – o comunque i medesimi limiti di quello delle parti – non è infatti così banale e scontato; e comunque, anche posto – come in effetti vedremo essere – che le cose stiano effettivamente in tali termini, ciò non significa che per esso non si pongano problemi, sia per quanto concerne i presupposti del suo utilizzo, sia per quanto concerne la sua armonizzazione con i poteri delle parti.

Ciò rapidamente detto, a sommarissima illustrazione dei termini della questione, ed ulteriormente chiarito, per una migliore comprensione dell'analisi alla quale ci accingiamo, che i

---

(11) § 1.

(12) Entrambe le sentenze sono pubblicate in *Foro it.* 2003, I, 3463, con osservazione di E. Fabiani.

due problemi, dei quali si è detto in apertura del paragrafo – vale a dire quello della doverosità o meno della spendita del potere istruttorio officioso e quello dei rapporti di tale potere con quello delle parti – sono in realtà, come constateremo, strettamente connessi fra loro, per cercare di venire a capo della materia, sia pure con tutti i limiti della presente indagine, occorre a mio avviso prendere le mosse dal secondo di tali problemi, vale a dire quello dei rapporti fra il potere istruttorio officioso e quello delle parti, salvo passare poi al problema della doverosità o meno della spendita del primo.

Il processo civile, come si sa, è fondamentalmente improntato all’iniziativa di parte, vuoi quanto all’introduzione, vuoi quanto all’individuazione dell’oggetto del giudizio, vuoi quanto all’allegazione dei fatti, vuoi quanto alla loro prova. In tale contesto, la previsione di poteri officiosi, sia con riferimento alla prova dei fatti, sia, a maggior ragione, con riferimento agli altri profili, crea indubbiamente dei problemi, tutt’altro che secondari. In generale, tali problemi sono però di carattere generale e non applicativo. Essi attengono cioè alla natura ed alle finalità del processo, non anche, necessariamente, al suo concreto svolgimento. Quand’è dunque che la previsione di poteri officiosi dà vita a problemi applicativi? Ciò accade, mi pare di poter affermare, in dipendenza della concreta regolamentazione dei poteri officiosi e di quelli delle parti.

Per chiarire il concetto, vediamo intanto di esplicitare quali siano i problemi applicativi in questione. Essi sono fondamentalmente due: da un lato quello se il potere istruttorio officioso risulti precluso laddove esso si traduca in una forma di supplenza, ad opera del giudice, della mancante o difettosa iniziativa istruttoria della parte; dall’altro quello circa la doverosità o meno della sua spendita.

Ciò detto, è però abbastanza ovvio che, in un processo nel quale i poteri istruttori delle parti e quelli del giudice da un lato hanno la medesima latitudine, dall’altro non sono soggetti a differenti limiti temporali (o perché l’attività istruttoria delle parti non incontra preclusioni, o perché queste valgono anche per l’attività istruttoria officiosa), tali problemi di regola non hanno modo di manifestarsi. In ogni momento del processo, la parte può infatti senz’altro compiere qualunque attività istruttoria, e pertanto porre rimedio ad eventuali precedenti lacune, ciò che priva evidentemente di ragion d’essere i suddetti problemi (e rende in pratica marginale la rilevanza dei poteri istruttori officiosi).

Quand’è, viceversa, che questi assumono portata concreta? In due casi: laddove il potere istruttorio officioso sia più lato di quello delle parti, talché queste ultime, non potendo in proprio compiere quella certa attività, non possono che sollecitarne il compimento da parte del giudice; e laddove per l’iniziativa istruttoria delle parti sia prevista una preclusione, la quale non investa invece quella officiosa, talché la parte, la quale sia incorsa nella decadenza, può cercare di aggirare l’ostacolo, ancora una volta sollecitando l’attivazione del giudice. In sostanza, il problema si pone cioè allorché il potere officioso risulti più ampio di quello delle parti, oggettivamente oppure temporalmente.

Volendo brevemente illustrare tali due fattispecie, per quanto concerne la prima va detto che essa è al contempo quella che pone il problema più grave e quella che il legislatore può più agevolmente evitare.

Dal primo punto di vista, il punto è infatti che mentre nel caso della parte decaduta, la quale invochi la spendita del potere officioso, ben si può opporre che anch’essa disponeva di un potere analogo e che dipende esclusivamente dalla sua inerzia il non averlo usato, ben più difficilmente può invece respingersi la sollecitazione alla spendita di un potere che la parte non ha mai avuto.

Dal secondo punto di vista, mentre, come subito vedremo, esistono situazioni – bensì create dal legislatore, ma nondimeno legate ad opzioni con una riconoscibile ragion d'essere, sia poi essa condivisibile o meno – nelle quali uno scollamento temporale fra il potere istruttorio delle parti e quello officioso è difficilmente evitabile, viceversa la scelta di conferire al secondo un ambito oggettivo più ampio rispetto al primo non dipende da nient'altro, se non dalla (incomprensibile) scelta in tal senso.

Insomma: veramente si tratta di una fattispecie che è tutta e solo frutto solo dell'insipienza del legislatore. Il che, si noti, non l'ha dissuaso dalla sua positiva introduzione. Precisamente questa è infatti la situazione alla quale dà luogo, nel rito del lavoro, la possibilità, per il giudice, di ammettere d'ufficio qualunque prova a prescindere dai limiti di ammissibilità che valgono per le parti (salvo ritenere, proprio per l'assurdità della situazione ingenerata dalla previsione, che essa possa essere interpretativamente corretta nel senso di conferire senz'altro anche alle parti poteri altrettanto estesi di quelli del giudice).

Passando alla seconda fattispecie, premesso che allo stato il processo civile italiano, nelle sue varie declinazioni, contempla in ogni caso, per il potere istruttorio delle parti, dei precisi limiti temporali, ciò che occorre chiedersi è, in prima istanza, se i medesimi limiti non siano da ritenere operanti anche per il potere istruttorio officioso (ciò che risolverebbe il problema alla radice), subordinatamente, se tale potere non debba comunque ritenersi non spendibile allorché quel certo mezzo istruttorio avrebbe potuto essere tempestivamente introdotto ad opera della parte (ciò che parimenti risolverebbe il problema) (13), in ultimo, se esso non sia da ritenere fuori gioco quantomeno laddove la sollecitazione della parte rappresenti l'unica fonte di conoscenza del mezzo in questione (ciò che se non altro conterrebbe il problema).

A tutti tali interrogativi occorre peraltro fornire, a quanto mi pare, risposta negativa.

Per quanto concerne il primo, anche a prescindere dalla lettera delle singole norme, vuoi relative al potere istruttorio officioso in genere, vuoi ai singoli mezzi di prova (14), occorre infatti sinteticamente rilevare, che, per come sono positivamente strutturati sia il rito ordinario, sia, ancor più, il rito del lavoro, pretendere di introdurre anche per i poteri istruttori del giudice, limiti temporali analoghi a quelli che valgono per le parti equivarrebbe in pratica a cancellare tali poteri. Non, si noti, che una siffatta parificazione sia in assoluto impensabile. Solo che, perché la cosa funzioni, è necessario operare in senso inverso, vale a dire allentando in qualche modo le preclusioni per le parti, in modo da consentire loro di concorrere su un piano di parità con il potere officioso (15).

---

(13) Sul punto, con specifico riferimento al problema dei testimoni di riferimento, si vedano le decisioni citate nella nota 24.

(14) In proposito v., se vuoi, M. Fornaciari, *L'attività istruttorie nel rito civile ordinario: poteri delle parti e poteri del giudice*, in *Giur. it.* 1999, 438 ss., § 12.

(15) Sul problema, oltre alle due decisioni citate in apertura del paragrafo, sempre a proposito della previsione di cui all'art. 281 *ter* c.p.c., v., nel senso del testo, Trib. Nocera Inferiore (ord.) 2 luglio 2003, in *Foro it.* 2003, I, 3463, con osservazione di E. Fabiani, cit.; Trib. Napoli (ord.) 30 settembre 2002, *ibidem* 3464, con la medesima osservazione; in senso contrario (vale a dire per la sottoposizione del potere istruttorio officioso agli stessi limiti temporali che valgono per quello delle parti), Trib. Bari (ord.) 27 gennaio 2004, *ivi* 2005, I, 935, con nota di G. Reali, *Sulla prova testimoniale disposta d'ufficio*; Trib. Udine, sez. dist. Palmanova, (ord.) 14 luglio 2003, *ivi* 2003, I, 3463, con osservazione di E. Fabiani, cit.; Corte cost. (ord.) 14 marzo 2003, n. 69, *ivi* 2003, I, 1631, con nota di C. M. Cea, *L'art. 281 «ter» c.p.c. e il «non liquet» della Corte costituzionale*, e *Giur. it.* 2003, 1330, con nota di S. Chiarloni, *Poteri istruttori d'ufficio del giudice civile: le sirene dell'ideologia liberista inducono la Corte costituzionale in un errore di interpretazione del diritto positivo*.

Per quanto concerne il secondo interrogativo, a prima impressione la soluzione potrebbe in effetti sembrare ragionevole. A meglio riflettere, essa tuttavia non convince. Ritenere che il potere istruttorio officioso sia spendibile solo nel caso in cui alla parte non sia rimproverabile di non avere tempestivamente introdotto quel certo mezzo istruttorio in sostanza equivale infatti a dire che esso è spendibile solo in presenza dei presupposti della rimessione in termini, il che, se non cancella *tout court* tale potere, di certo lo riduce però a ben poca cosa.

Per quanto concerne infine il terzo interrogativo, anche qui la soluzione sembrerebbe ragionevole, ma a meglio riflettere lascia parimenti perplessi. Anche laddove la conoscenza del mezzo istruttorio, anziché provenire esclusivamente dalla sollecitazione della parte, emerga anche altrimenti, dal complesso degli atti di causa, rimane infatti nondimeno che la parte ben avrebbe potuto avvalersi di tale mezzo. La sua inerzia non è cioè meno rimproverabile. Non sarebbe dunque giustificato che tale ipotesi venisse trattata meno severamente dell'altra. Il che, ragionando in senso inverso, è però evidentemente quanto dire che non vi è neppure motivo per trattare più severamente quest'ultima, e dunque di ritenere che, laddove la conoscenza del mezzo istruttorio provenga esclusivamente dalla sollecitazione della parte, il potere istruttorio officioso non possa essere speso.

Anche a prescindere da tali considerazioni, va poi comunque rilevato, per quanto concerne in particolare il secondo ed il terzo interrogativo, che le soluzioni ipotizzate risultano positivamente sconfessate (quantomeno nell'ambito del giudizio monocratico) dall'art. 281 *ter* c.p.c., il quale, com'è noto, prevede espressamente l'introduzione officiosa della testimonianza di soggetti indicati dalle parti.

Detto questo, e chiarito perché, secondo quanto anticipato, i problemi applicativi posti dalla previsione di poteri istruttori officiosi dipendono dalla concreta regolamentazione di questi ultimi e di quelli delle parti, risulta immediatamente evidente che tali problemi sono legati all'interrogativo circa la doverosità o meno della spendita dei primi. Ed è appunto a tale interrogativo che occorre dunque a questo punto passare, per cercare di trovare, per quanto possibile – e fermi restando i limiti della presente trattazione – una soluzione.

Quello appena ricordato essendo il problema, occorre innanzitutto sgombrare il campo da un'affermazione equivoca, già sopra riferita: quella secondo la quale il mancato uso del potere istruttorio officioso, in presenza di una sollecitazione di parte, andrebbe motivato (16).

In effetti, tale affermazione, pure apparentemente ragionevole, colloca l'esercizio del potere istruttorio officioso in un ambiguo limbo, che lascia del tutto irrisolto il problema se esso sia un dovere oppure no. Volendo essere chiari, delle due infatti l'una. Se l'esercizio in questione è un dovere, esso non ha bisogno di sollecitazione; in presenza dei relativi presupposti il giudice deve cioè senz'altro attivarsi ed il controllo circa la correttezza o meno del suo operato, vuoi che si attivi, vuoi che non si attivi, non si limita alla motivazione (17), ma investe in pieno la sussistenza o meno

---

In tema v. inoltre: Trib. Bologna 3 maggio 2002, in *Foro it.* 2003, I, 3464, con osservazione di E. Fabiani, cit.; Trib. Chiavari (ord.) 6 marzo 2001, *ivi* 2002, I, 922, con osservazione di E. Fabiani; Trib. Foggia 4 novembre 1999, *ivi* 2000, I, 2093 con nota di E. Fabiani, *Sul potere del giudice monocratico di disporre d'ufficio la prova testimoniale ai sensi dell'art. 281 «ter» c.p.c.*

<sup>(16)</sup> In tal senso, Cass. 6 aprile 2005, n. 7109 e Cass. 26 giugno 1997, n. 5706, in *Foro it.* 1997, I, 2861 e *Giust. civ.* 1998, I, 843, con nota di A. Nicoli, *Responsabilità da custodia per danni da propagazione di incendio e contratto di locazione.*

*Contra*, Cass. 1 agosto 2000, n. 10077, secondo la quale sia la chiamata officiosa dei testimoni, sia il rigetto della relativa istanza di parte, sono incensurabili in cassazione, anche per vizio di motivazione.

<sup>(17)</sup> Quello, secondo il quale le valutazioni discrezionali del giudice non sarebbero censurabili in sede di legittimità, ove adeguatamente e correttamente motivate, rappresenta uno degli enunciati che più frequentemente compaiono nella giurisprudenza della cassazione [non invero nella materia in questione, eccezion fatta per la specifica fattispecie della sollecitazione di parte all'esercizio del potere istruttorio officioso (l'affermazione dell'obbligo di motivazione implica evidentemente la possibilità di un controllo, non vedendosi, in caso contrario, quale senso potrebbe avere): cfr. la nota 18].

dei suddetti presupposti, del tutto indipendentemente dalla presenza o meno di una sollecitazione. Se viceversa l'esercizio medesimo non è un dovere, il fatto che esso sia stato sollecitato non lo rende in alcun modo maggiormente doveroso, neppure sotto il profilo della necessità di motivare l'inattività. Questo non significa, si noti bene, che l'idea per la quale a fronte della sollecitazione della parte il giudice deve motivare la propria inerzia, sia in assoluto inconcepibile; solo che essa è malamente inquadrata nella prospettiva del dovere del giudice di esercitare il proprio potere istruttorio officioso: in realtà, essa va inquadrata in quella del diritto delle parti. In questione, per chi ragiona in questo modo, non è cioè il potere istruttorio officioso, bensì quello delle parti; in pratica, la pretesa che venga compiuta quella certa attività istruttorie, con il giudice che, come sempre, a fronte di tale pretesa, deve provvedere affermativamente o negativamente, dando conto – si noti: in entrambi i casi – delle ragioni di tale provvedimento. Fermo restando che, anche in questo caso, ciò di cui poi si tratta non è di controllare la correttezza o meno della motivazione, bensì di verificare la sussistenza o meno dei presupposti del potere che la parte chiede di esercitare.

Preliminarmente chiarito quanto precede, e venendo dunque al merito del problema, vale a dire all'interrogativo se l'esercizio del potere officioso, sussistendone i presupposti, sia o meno doveroso, la risposta positiva conduce, a mio modo di vedere, a conseguenze inaccettabili. Per la precisione, essa, ove coerentemente applicata, consente infatti di aggirare sistematicamente qualunque decadenza, nella quale sia incorsa la parte.

Il riscontro di tale affermazione è in verità abbastanza agevole. Si immagini infatti, per non portare che l'esempio più eclatante, che una parte, pur sapendo dell'esistenza di un soggetto a conoscenza dei fatti di causa, e pur avendone addirittura fatto menzione nei propri atti, non l'abbia indicato come testimone. Ebbene, se il potere del giudice di disporre d'ufficio la prova testimoniale delle persone a conoscenza dei fatti, indicate come tali dalle parti, fosse un dovere, egli – sollecitato o meno, secondo quanto detto – sarebbe obbligato a disporre l'escussione del suddetto soggetto e la parte, pur decaduta in proprio, ben potrebbe se del caso lamentare, di fronte al giudice superiore, che ciò non sia stato fatto, ottenendo in tal modo esattamente il medesimo risultato che avrebbe ottenuto chiedendo tempestivamente l'ammissione del testimone.

Si tratta, com'è evidente, di un risultato assurdo.

Per evitare di giungervi, esiste però allora un'unica soluzione; vale a dire quella di ritenere che quello in questione non sia un dovere, bensì esclusivamente un potere, vale a dire una facoltà che il giudice può liberamente utilizzare come no. O comunque, anche ammesso che sia un dovere, che esso rilevi come tale solo al di fuori del processo; che esso non sia cioè un punto in merito al quale, all'interno del processo, le parti possano lamentarsi. E ciò, si aggiunga, ribadendo quanto detto sopra, a prescindere sia dal fatto che il suo uso sia stato o meno sollecitato, sia dal fatto che il giudice abbia, in proposito, motivato oppure no (18).

---

Esso, peraltro, rappresenta in genere nient'altro che un paravento, dietro al quale la Corte si trincerava a fronte di questioni, in merito alle quali non ritiene, per una ragione o per l'altra, di doversi impegnare.

<sup>(18)</sup> *Contra*, per la denunciabilità in appello del rigetto, da parte del giudice del primo grado, delle richieste della parte di rivolgere domande al testimone, v. invece Cass. 7 giugno 2004, n. 10784. Nello stesso senso v. anche Cass. 6 aprile 2005, n. 7109, cit., secondo la quale l'impugnazione è esclusa solo in assenza di una sollecitazione della parte.

In generale – al di fuori cioè del caso della sollecitazione della parte – la cassazione pare invece orientata a configurare il potere istruttorio officioso, quantomeno in tema di testi di riferimento, quale potere assolutamente incensurabile, anche sotto il profilo della motivazione: esplicitamente in tal senso, Cass. 4 maggio 2009, n. 10239; Cass. 26 febbraio 2007, n. 4384; Cass. 1 agosto 2000, n. 10077, cit.; Cass., sez. un., 13 gennaio 1997, n. 263; Cass. 17 settembre 1991, n. 9687.

Ciò detto, questo non esonera peraltro, in chiusura, dal cercare di individuare quali siano i criteri, che dovrebbero guidare il giudice in tale uso/non uso. Sul punto, il discorso può peraltro ridursi a poche notazioni. Tutto sta infatti a vedere quale sia lo scopo del processo. Per chi, come il sottoscritto, ritiene che esso sia comunque quello di avvicinarsi il più possibile alla verità (19), la risposta è infatti pressoché obbligata: il giudice deve esercitare il proprio potere istruttorio officioso ogniqualvolta la situazione emergente dagli atti non sia già tale da convincerlo circa la ricostruzione dei fatti; e di certo prima di risolvere la questione di fatto facendo applicazione della regola di giudizio dell'onere della prova (20). Il che è in sostanza quanto dire che, essendovi la concreta possibilità di utilizzare un qualche mezzo istruttorio officioso, il giudice può legittimamente omettere di farlo solo laddove esso risulti superfluo.

Tirando le fila di quanto detto, il senso complessivo delle considerazioni svolte è dunque, in sintesi, il seguente principio: fermo restando che se il giudice non lo fa le parti non possono lamentarsene, il giudice è senz'altro tenuto ad esercitare i propri poteri istruttori officiosi, anche laddove la parte avrebbe potuto utilizzare quel certo mezzo e non l'ha fatto.

6. – Alla luce di quanto appena detto, con riferimento al potere istruttorio officioso in generale, l'analisi dei profili rimanenti (quelli in merito ai quali tale potere risulta in qualche modo implicato) risulta a questo punto abbastanza agevole e rapida.

Procedendo nell'ordine indicato, per quanto concerne il primo di essi, vale a dire la richiesta di chiarimenti, questa, in sé, non dovrebbe porre problemi, trattandosi di una facoltà espressamente riconosciuta e che del resto, quand'anche non lo fosse, non per questo sarebbe ragionevole ritenere preclusa, l'escussione di un testimone implicando di necessità la «messa a punto» delle risposte fornite ai capitoli di prova. Il problema si pone tuttavia per così dire a monte, vale a dire con riferimento all'identificazione di cosa sia un chiarimento e cosa no; e quindi, in sostanza, alla distinzione fra il chiarimento e l'autonomo capitolo di prova.

Sul punto, è ovviamente impossibile fornire risposte generali: si tratta, manifestamente, di questione strettamente legata alle peculiarità dello specifico fatto di volta in volta in questione ed a proposito della quale tutto quello che si può dire è che con il chiarimento si dovrebbe rimanere comunque nell'ambito della circostanza principalmente capitolata; il che è però evidentemente quanto non dire nulla.

Ciò premesso, il problema si rivela peraltro, a quanto mi pare, in concreto privo di rilevanza. La distinzione dovrebbe infatti servire per discriminare ciò che, essendo chiarimento, può essere chiesto al testimone, da ciò che, sconfinando in un diverso capitolo di prova, non tempestivamente formulato come tale, dovrebbe essere viceversa inibito chiedergli (21). Solo che tale divieto non può in realtà essere ritenuto sussistente.

---

Sull'argomento v. già, se vuoi, M. Fornaciari, *Presupposti processuali e giudizio di merito. L'ordine di esame delle questioni nel processo*, Torino 1993, nota 219, e Id., *L'attività istruttoria nel rito civile ordinario: poteri delle parti e poteri del giudice*, in *Giur. it.* 1999, 438 ss., § 13.

<sup>(19)</sup> V., se vuoi, M. Fornaciari, *La ricostruzione del fatto nel processo. Soliloqui sulla prova*, § 4.

<sup>(20)</sup> Nel senso che il potere istruttorio d'ufficio di cui all'art. 281 *ter* c.p.c. deve essere esercitato dal giudice al fine di evitare, per quanto possibile, l'applicazione della regola di giudizio di cui all'art. 2697 c.c., Trib. Reggio Emilia 13 gennaio 2003, in *Foro it.* 2003, I, 3463, con osservazione di E. Fabiani, cit.

<sup>(21)</sup> Nel senso che la facoltà di chiedere chiarimenti non può porre rimedio alla carente capitolazione della parte, Cass. 12 febbraio 2008 n. 3280; Cass. 22 febbraio 1990, n. 1312; Cass. 26 giugno 1976, n. 2401; Cass. 6 marzo 1976, n. 761, in *Dir. fall.* 1976, 360; Cass. 1 febbraio 1969, n. 301.

Nel senso che il giudizio in merito alla sufficiente specificità dei capitoli di prova deve essere operato tenendo conto anche della facoltà in discorso, v. peraltro Cass. 10 ottobre 2008, n. 25013; Cass. 19 maggio 2006, n. 11844; Cass. 28

Quantomeno nell'ambito del giudizio monocratico, occorre infatti tenere conto che, *ex art. 281 ter c.p.c.*, il giudice può introdurre d'ufficio la testimonianza, formulando i relativi capitoli. Poiché nel più sta il meno, è dunque evidente che, quand'anche la circostanza non capitolata dovesse esulare dal chiarimento, strettamente inteso, per dare vita ad un autonomo capitolo di prova, non per questo essa potrebbe ritenersi preclusa, per essa valendo anzi quanto detto in generale per il potere istruttorio officioso; vale a dire – è bene ribadirlo – che, laddove utile per la ricostruzione del fatto, il giudice è senz'altro tenuto ad attivarsi, fermo restando che non per questo le parti possono lamentarsi della sua inerzia (22).

7. – Quanto ai documenti consultati dal testimone, il tema presenta due versanti. Il primo è quello relativo alla possibilità di consultarli durante la deposizione; il secondo è quello relativo alla loro acquisizione al fascicolo del processo. Ad entrambi i propositi, il problema che si pone è abbastanza evidentemente quello rappresentato dal documento della cui esistenza la parte era a conoscenza, ma che non ha prodotto o del quale non ha chiesto l'esibizione.

Questo essendo il problema, per quanto concerne il primo versante, va innanzitutto ricordato che, in generale, la possibilità, per il testimone, di valersi di note o di appunti è prevista dall'art. 253, comma 2°, c.p.c., mediante il richiamo dell'art. 231 stesso codice (relativo all'interrogatorio formale della parte). Tale possibilità dipende però dalla valutazione discrezionale del giudice e l'interrogativo è abbastanza intuitivamente quello se il giudice possa o meno consentire l'utilizzo del documento della cui esistenza la parte era a conoscenza. Sul punto, alla luce di quanto detto in generale a proposito del potere istruttorio officioso, la risposta non può evidentemente che essere positiva: ammesso che la consultazione risulti effettivamente utile, il giudice può senz'altro autorizzarla; ed anzi deve farlo, secondo quanto detto, fermo peraltro restando che in caso contrario la parte non può in alcun modo lamentarsene.

Questo non toglie peraltro, sia detto chiaramente, che quella in questione è e deve rimanere una testimonianza; vale a dire l'esposizione, da parte del testimone, della propria memoria di quel certo fatto. Essa non può dunque in alcun caso ridursi alla lettura del documento da parte del testimone – e dunque, tramite la verbalizzazione della deposizione, alla sua surrettizia introduzione in giudizio.

Per quanto concerne poi il secondo versante, riterrei viceversa che la risposta debba essere negativa. L'acquisizione del documento da parte del testimone rappresenta infatti, in termini tecnici, un'esibizione e questa può essere disposta solo ad istanza di parte, istanza che, laddove riferita ad un documento della cui esistenza la parte era già a conoscenza, se formulata all'udienza di escussione del testimone è evidentemente tardiva.

8. – In materia di testimoni di riferimento, il problema sta tutto nell'interrogativo se sia possibile disporre l'escussione, laddove si tratti di persone, della cui esistenza la parte era a conoscenza e che nondimeno ha ommesso di indicare (23).

---

agosto 2003, n. 12642; Cass. 29 settembre 1995, n. 10272, in *Riv. dir. agr.* 1996, 71, con nota di A. Carrozza, *Prelazione agraria*, e *Dir. e giur. agr. e dell'amb.* 1997, 327, con nota di R. Triola, *Due questioni in tema di prelazione agraria*; Cass. 30 maggio 1983, n. 3716; Cass. 10 novembre 1979, n. 5784.

(22) In senso contrario v. le due decisioni citate nell'alinea della nota 18.

(23) In senso affermativo, Cass. 17 settembre 1991, n. 9687, cit.; Cass. 4 dicembre 1974, n. 3978; Cass. 20 aprile 1963, n. 974, in *Giur. it.* 1964, I, 1, 471.

In senso negativo, Pret. Parma 30 gennaio 1985, in *Riv. it. dir. lav.* 1986, II, 460, con nota di C. Cecchella, *Iniziativa probatoria tardiva e rimessione nei termini della parte nel rito del lavoro*.

Sul punto, la risposta è peraltro rapidissima. Premesso che l'introduzione del testimone di riferimento può avvenire anche d'ufficio, alla luce di quanto detto sul potere istruttorio officioso in generale è infatti evidente che la risposta non può che essere positiva, il giudice non solo potendo, ma dovendo attivarsi – sia pure, al solito, senza che le parti possano censurarne l'inattività.

Quantomeno per il giudizio monocratico, tale soluzione discende del resto, anche a prescindere dalle suddette considerazioni generali, dall'art. 281 *ter* c.p.c.: se il giudice può escutere d'ufficio testimoni che non solo erano noti alle parti, ma addirittura queste avevano espressamente menzionato (ciò che, come subito vedremo (24), esclude per definizione che la facoltà possa essere utilizzata solo ove la mancata indicazione come testimone sia scusabile), *a fortiori*, direi, può farlo con riferimento a quelli dei quali le parti erano solo a conoscenza (la negligenza, alla quale l'iniziativa officiosa pone in certo senso rimedio è ovviamente maggiore nel primo caso) (25).

9. – Per quanto attiene all'introduzione officiosa della prova per testimoni, si tratta della possibilità sancita – per il solo giudizio monocratico – dall'art. 281 *ter* c.p.c.. Anche in questo caso, il dubbio che si pone è se tale facoltà sia limitata dalla necessità che essa non si traduca in un rimedio alla negligenza della parte (26). L'interrogativo è cioè quello se tale facoltà non debba ritenersi esclusa laddove in questione siano testimoni che la parte avrebbe potuto tempestivamente indicare e che non ha invece indicato.

Già solo sulla base della sua formulazione, è però evidente che tale interrogativo non può che ricevere risposta negativa. Anche a prescindere da quanto detto in generale a proposito dell'esercizio dei poteri istruttori officiosi (nell'ambito delle considerazioni relative al quale non a caso l'articolo in questione è stato del resto utilizzato), non si vede infatti come possano darsi ipotesi nelle quali, pur avendo la parte menzionato una certa persona come a conoscenza dei fatti, la sua mancata indicazione come testimone possa ritenersi scusabile. Sempre, detto altrimenti, ontologicamente, la persona menzionata come a conoscenza dei fatti può essere citata dalla parte come testimone. Se l'introduzione officiosa della testimonianza di tale soggetto potesse avvenire solo in assenza di questa possibilità, in realtà essa non avrebbe mai luogo, perché la condizione sarebbe destinata a non realizzarsi mai. E' dunque evidente che l'introduzione officiosa della testimonianza delle persone menzionate dalle parti come a conoscenza dei fatti non è soggetta a tale condizione e dunque può avvenire a prescindere dalla rimproverabilità alla parte della mancata indicazione.

Per il resto, quanto cioè alla doverosità di tale introduzione e però alla non censurabilità dell'inerzia ad opera delle parti, vale, al solito, quanto detto per il potere istruttorio officioso in generale.

---

(24) Nel paragrafo 9.

(25) Al di là della questione della quale si è detto nel testo, mette conto segnalare Cass. 28 ottobre 2004, n. 20872, secondo la quale, disposta dal giudice l'escussione del testimone di riferimento, la sua citazione è a carico della parte più diligente, per cui, qualora essa non avvenga, il provvedimento del giudice può essere revocato. Il principio non mi pare condivisibile. Il potere del giudice, seppure di fatto finisca inevitabilmente per giovare ad una delle parti, non mira infatti a supplire alle deficienze delle relative iniziative istruttorie, ma, come già accennato (§ 5, in fine), si riallaccia alla finalità del processo di approdare ad una ricostruzione dei fatti quanto più possibile fedele alla realtà. E' dunque decisamente più coerente con tale finalità ritenere che la citazione del testimone, la cui escussione sia disposta dal giudice, debba avvenire ad opera della cancelleria

(26) Più in generale, sul problema se il potere officioso in discorso incontri gli stessi limiti temporali di quello delle parti, si vedano le decisioni citate nelle note 12 e 15.

10. – La testimonianza scritta rappresenta l'ultimo «coniglio dal cappello» escogitato dal legislatore per cercare – del tutto velleitariamente (e, ciò che è più grave, con piena consapevolezza, ritengo, di tale velleitarietà) – di mettere una pezza alle condizioni indecorose del nostro processo civile. Non, in verità, che l'istituto rappresenti una novità assoluta. Esso era già stato infatti introdotto, fin dal 1994, nell'ambito del processo arbitrale (v., attualmente, in base all'ultima riforma di tale processo, l'art. 816 *ter*, comma 2°, secondo inciso, c.p.c.). La versione, che il legislatore ha partorito per il processo ordinario, contiene però, rispetto a tale modello, una regolamentazione assai più dettagliata, destinata verosimilmente a renderne l'applicazione decisamente marginale; o, in alternativa, a fare dell'istituto un focolaio di dispute formali, destinate fatalmente a produrre, con un paradossale effetto boomerang, una complicazione ed un allungamento del processo, anziché la sua semplificazione ed il suo accorciamento.

Si vorrebbe ovviamente che tale, disillusa e sconsolata, valutazione venisse smentita dai fatti, ma anche la lettura dei vari commenti già apparsi non incoraggia in alcun modo in tale, più ottimistica, direzione. Nessuno, di tali commenti, mostra infatti maggiore indulgenza verso la novità, oscillandosi da reazioni decisamente negative ad altre scettiche, non foss'altro per la macchinosità del meccanismo introdotto (27).

Tale meccanismo contempla infatti una serie di condizioni/formalità, che ne appesantiscono il funzionamento e ne intralciano dunque la fruibilità.

In estrema sintesi, è abbastanza evidente, intanto, quanto alla necessità dell'accordo delle parti, che ben difficilmente, con riferimento a testimonianze realmente decisive per le sorti della causa, si troveranno parti disposte a rinunciare all'escussione in contraddittorio. In proposito si è prospettato che l'opposizione ingiustificata possa essere considerata quale comportamento processuale valutabile *ex art.* 116, comma 2°, c.p.c. (28), ma non mi pare che tale lettura, anche ammessane la praticabilità, sia destinata a produrre risultati apprezzabili. Il problema, fondamentale, è infatti quello di stabilire quand'è che l'opposizione possa essere ritenuta ingiustificata. E, a quanto mi pare, difficilmente potrà esserlo nel caso, del quale si diceva, di testimonianze decisive.

Per quanto concerne poi le formalità per la resa della dichiarazione, non credo di eccedere in pessimismo, ritenendo che il testimone medio – la cui propensione a perdere tempo per leggere le carte che gli pervengono per posta è notoriamente assai scarsa – tendenzialmente non capirà assolutamente nulla di ciò che deve fare, e comunque, anche ammesso che capisca, non avrà alcuna voglia di farlo.

La deposizione deve essere infatti resa compilando un modello, dettagliatamente descritto nell'art. 103 *bis* disp. att. c.p.c., che risulta decisamente complicato, già nella sua impostazione. Per lo più, credo dunque che il testimone si arresterà ben prima di giungere alla lettura dei capitoli di prova. Anche ammesso che riesca a superare lo scoglio, dovrà poi intendere cosa gli si chiede, ciò che, per come sono formulati i capitoli di prova, si rivela non di rado problematico. Infine, posto che abbia inteso e riposto – preliminarmente chiarendo i suoi rapporti con le parti e di volta in volta specificando se la sua conoscenza dei fatti è diretta o indiretta – dovrà sottoscrivere ogni singola risposta (qualora non contenuta in un singolo foglio firmando tutti quelli nei quali essa è vergata

---

(27) Cfr. C. Asprella,– (R. Giordano), *La riforma del processo civile dal 2005 al 2009*, supplemento a *Giust. civ.* 2009, fasc. 6, 50 ss.; A. Briguglio, *Le novità sul processo ordinario di cognizione nell'ultima, ennesima riforma in materia di giustizia civile*, in *Giust. civ.* 2009, I, 259 ss., § 7; C. Punzi, *Le riforme del processo civile e degli strumenti alternativi per la soluzione delle controversie*, in *Riv. dir. proc.* 2009, 1214 ss.

(28) In tal senso A. Briguglio, *Le novità*, cit., 268.

(29)) e quindi recarsi presso il segretario comunale o presso il cancelliere a far autenticare tali sottoscrizioni.

Beninteso: tutto giusto e necessario; ma incontestabilmente complicato e fonte di fastidio e irritazione per il non addetto ai lavori. Di fatto, ammesso che l'istituto abbia pratica attuazione, le cose si svolgeranno dunque, assai più semplicemente, in modo del tutto differente: il testimone si recherà dall'avvocato, il quale gli spiegherà di cosa si tratta e raccoglierà la deposizione, compilando il modello, che il testimone si limiterà poi a firmare. Questo, com'è ovvio, nella migliore delle ipotesi. Ché poi, non di rado, le cose andranno in realtà assai peggio, la «deposizione» risultando *tout court* concordata con la parte.

A questo punto, meglio – o se non altro più realistico – sarebbe dunque stato, a mio avviso, rendere esplicita tale modalità, introducendo senz'altro la testimonianza raccolta dal difensore, intanto con salutare semplificazione dell'istituto, ma soprattutto in modo tale da manifestare chiaramente che tale deposizione, date le modalità di raccolta, non può assurgere, dal punto di vista dell'efficacia probatoria, a dignità di prova piena.

Meglio ancora, però, ritengo che sarebbe stato dare riconoscimento alla prassi, diffusamente seguita, di far assumere la prova nel contraddittorio dei difensori, salvo l'intervento del giudice in caso di contrasti o difficoltà. Tale modalità – fermo restando che si colloca comunque al di sotto della soglia minima di decenza che uno stato di diritto dovrebbe garantire – se non altro assicura infatti il reciproco controllo dei suddetti difensori nel momento dell'escussione.

Non tutto peraltro, a tale proposito, è forse perduto. Proprio in tale direzione, anzi, credo sia possibile cercare di recuperare, alla previsione in esame, una qualche – o comunque una maggiore – utilità concreta. Pur nella consapevolezza che non si tratta di un passaggio banale e scontato, non mi pare infatti così assurdo ragionare nel senso che tale previsione, in quanto dà ingresso ad una testimonianza resa in totale assenza di contraddittorio, implicitamente legittima anche quella, della quale si è appena detto, resa nel contraddittorio dei difensori e con la possibilità di far intervenire il giudice in caso di necessità. Ripeto: si tratta indubbiamente di una lettura assai disinvolta. Non però, a quanto mi pare, più di quelle alle quali, soprattutto da qualche tempo a questa parte, stiamo assistendo, non di rado abbastanza sconcertatamente (30), da parte delle Sezioni Unite.

---

<sup>(29)</sup> In tal senso sembra doversi risolvere l'apparente discrepanza, in punto di sottoscrizione, fra l'art. 257 *bis* c.p.c. e l'art. 103 *bis* disp. att. c.p.c.

<sup>(30)</sup> Si pensi alla recente decisione in tema di eccezione di difetto di giurisdizione (Cass., sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883, in *Foro it.* 2009, I, 806, con nota di G. G. Poli, *Le sezioni unite e l'art. 37 c.p.c.*, *Giur. it.*, 2009, 1459, con nota di A. Carratta, *Rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione e uso improprio del «giudicato implicito»*, *Giust. civ.*, 2009, I, 47, con nota di A. Nappi, *Effetto devolutivo delle impugnazioni e giudicato interno sugli errores in procedendo*).