

SUI PROCESSI DEL GIUDICE NEL PROCESSO CIVILE

Relatore:

dott. Pasquale D'ASCOLA
giudice del Tribunale di Verona

Una riflessione attuale sui poteri del giudice e delle parti nel processo civile, per restare nei limiti concessi, deve scegliere un filo conduttore, sacrificando argomenti e spunti pur meritevoli di considerazione.

Ipcrisia e autoritarismo mi sembrano i due punti di riferimento da tener presenti nella nostra riflessione.

Sono questi due mali, a mio avviso, a caratterizzare fortemente l'attuale stato agonizzante del nostro processo civile e a richiedere cura tramite la riforma della prassi e la crescita culturale di giudici e avvocati.

In un recente scritto sul Foro italiano, Claudio Viazzi, occupandosi principalmente delle deviazioni degli organi giudicanti in materia probatoria, ha denunciato con forza l'esistenza di un mix di «atteggiamenti autoritari» intrecciati con «manifestazioni di sciatteria professionale» (1).

È da quest'affermazione che trae spunto il presente scritto, per riassumere lo stato della dottrina in tema di poteri del giudice e segnalare i casi in cui è possibile correggere i comportamenti, per ridare credibilità ed efficienza allo svolgimento del processo.

Invero è innegabile che in questi decenni problemi strutturali e deficienze culturali hanno condotto il giudice a deresponsabilizzarsi rispetto all'andamento del processo, confinando il suo interesse esclusivamente nel momento decisorio (2).

A causa di questo andazzo ci si imbatte, osserva efficacemente Viazzi, in valutazioni basate "su massime d'esperienza fittizie, usi distorti del notorio e della scienza privata del giudice, presunzioni non sottoposte al contraddittorio o fondate su unico indizio, sentenze della "terza via", utilizzazione di prove atipiche, mancato uso dei poteri istruttori officiosi, ricorso eccessivo alla regola di giudizio codificata nell'art. 2697 cc" (3).

Da questa sintomatologia dolorosa occorre partire per tentare una ricostruzione dell'argomento.

È dal fondamentale scritto di Grasso del 1966 che la teorica della collaborazione nel processo civile è stata adeguatamente affrontata nel nostro sistema (4).

Grasso ha spiegato che in una concezione liberale-individualistica del processo l'incontro delle parti è affidato all'abilità e all'accortezza di esse, che devono mirare tramite il contraddittorio a neutralizzare l'avversario, a trarre profitto dai suoi errori, a vincere il giuoco in una gara di abilità. In questa concezione il giudice è *super partes* e non è attivo se non al momento della sentenza; lo scopo del processo non può essere la ricerca della verità, ma solo la pace giuridica raggiunta attraverso la cosa giudicata (5).

Un tipo di processo opposto al primo è quello in cui il giudice prepara la decisione svincolato dall'iniziativa delle parti, cioè il sistema dell'intervento del giudice, diffuso nei paesi exsocialisti dell'Europa orientale, (Menger) ove il giudice deve prendere tutte le iniziative necessarie per la scoperta della verità sostanziale.

Nel nostro processo civile (ante miniriforma del 1990), oralità e immediatezza hanno ravvicinato il giudice e le parti, limitato quel rafforzamento del principio di autorità dello stato che era nella mente del guardasigilli Grandi e assicurato il dialogo tra i protagonisti del processo (6).

Lo strumento dell'interrogatorio, la richiesta di schiarimenti nella prima udienza, le domande sui fatti di causa rivolte alle parti ex art. 117 e nel giudizio pretorile l'indicazione delle lacune nell'istruzione e delle irregolarità degli atti sono altrettante prove dell'introduzione di una regola di

collaborazione “quale principio che caratterizza puntualmente tutta l’organizzazione del processo”, che non è un correttivo del principio dispositivo, ma lo strumento essenziale di costruzione del processo. Si tratta di un modo di svolgere ogni operazione processuale, la cui forza espansiva viene segnalata con riguardo al confronto tra giudizio pretorile e di tribunale.

Invero, il giudice ipocrita, che mira alla più agevole decisione della lite sulla base dell’art. 2697 cc e non all’instaurazione di un dibattito processuale congruo al fine, è indotto a credere che l’esistenza dell’art. 316 c.p.c. sui poteri del pretore valga – per confronto – a sminuire il potere del giudice istruttore in tribunale.

Ma il giudice che abbia aperto il colloquio processuale, interrogato le parti, tentato la conciliazione, inevitabilmente deve spingere il suo intervento a stimolare la produzione di prove, eccitare il contraddittorio su eventi rilevanti, rendere nota la sua opinione sulle acquisizioni già maturate, (7) senza nascondersi dietro la sibillina formula della causa matura per la precisazione delle conclusioni.

Questa forma di collaborazione non mortifica, ma esalta i poteri delle parti, perché gli stimoli del giudice spiegano effetto se ed in quanto la parte ne tragga spunto per proporre mezzi di prova, versare in causa fatti secondari e così via, sicché “l’iniziativa dell’ufficio è superata dall’iniziativa del soggetto privato” (8).

Ora, la distinzione tra fatti narrati e fatti allegati (e come tali posti a fondamento della domanda) e la ricerca della norma straniera applicabile (9) trovano nel principio di collaborazione, cioè nell’indicazione fatta dal giudice, il momento risolutivo e legittimante. Se infatti il giudice ha indicato i fatti che reputa rilevanti e la norma che gli pare applicabile, ed ha così eccitato il contraddittorio, non si potrà più contestare la mancata allegazione o lamentare (oltre quanto non sia stato fatto prontamente) che la decisione si sia orientata su quei binari. Il giudizio non precipiterà come un bolide inatteso in una valle deserta, ma scaturirà da questa stretta collaborazione.

Approfondendo queste considerazioni sul ruolo attivo del giudice civile anche alla luce della garanzia del giusto processo di cui all’art. 6 della Convenzione Europea dei diritti dell’uomo, Tarzia ha segnalato il rischio che l’esercizio dei poteri di direzione del processo alteri l’equilibrio tra le parti. Per evitare uno snaturamento autoritario della posizione del giudice è stato opportunamente rilevato che il criterio dell’uguaglianza delle parti deve sempre informare l’iniziativa del giudice (10).

Il filtro dell’uguaglianza è ben visibile nel nostro ordinamento come modello operativo degli strumenti processuali. Non a caso infatti l’interrogatorio delle parti deve avvenire ex art. 117 in contraddittorio tra loro, giacché audizioni unilaterali finalizzate ai chiarimenti richiesti non sarebbero conformi alle norme e al costume. Pur quando l’esigenza di chiarificazione si ponga in riferimento a una sola delle parti è innegabile che anche l’altra trae interesse dal colloquio che ne può sorgere.

Neppure nel processo del lavoro sembra legittimo un intervento del giudice in rapporto con una parte sola, rapporto che sembra restare confinato alla fase dell’istanza di provvedimento cautelare inaudita altera parte, dove ovviamente il dialogo può e deve avvenire senza la presenza del futuro destinatario del provvedimento, e, in estremo, alla fase della mediazione tra opposte pretese in sede di tentativo di conciliazione giudiziale.

È sul terreno probatorio che diventano maggiormente importanti i limiti ai poteri officiosi e i conseguenti diritti delle parti, sempre nell’ottica di una effettiva parità delle armi.

Tra i dati normativi ricordati da Tarzia vi sono il divieto di utilizzare fatti notori che non siano stati anteriormente sottoposti al dibattito; il divieto di usare prove formatesi fuori dal processo o di raccogliergli in assenza delle parti; l’obbligo di consentire alle parti di dedurre mezzi di prova in relazione a quelli disposti officiosamente (11).

In sostanza tutto il procedimento probatorio risulta informato a questa esigenza e sarà per questo che in prosieguo converrà soffermarsi sulle deviazioni che rispetto a questi modelli si sono verificate.

Si badi tuttavia che non è solo su questo terreno che si esercitano i poteri del giudice. Basti pensare al potere di qualificazione giuridica della controversia, rispetto al quale la dottrina da tempo ha segnalato l'obbligo del giudice di decidere su una questione di diritto ritenuta rilevante solo dopo aver provocato le parti alla discussione (12).

Il mancato rispetto di questo principio di civiltà è all'origine del diffuso fenomeno delle sentenze della terza via o della terza opinione, assunte in violazione del principio del contraddittorio (13).

Il tema, rivitalizzato dalla novella del c.p.c., che introduce il principio di eventualità e rende indispensabile un'aperta enunziazione della materia del contendere prima della formulazione delle istanze istruttorie, ha da sempre visto schierata parte della dottrina nel senso di colpire con la sanzione della nullità le pronunzie della terza via, soluzione totalmente ignorata dalla giurisprudenza e peraltro autorevolmente contrastata. Si reputa infatti più efficace il normale rimedio impugnatorio accompagnato da un vaglio disciplinare della condotta del giudice.

Valgono comunque le parole di Tarzia anche in questa materia: se il giudice ha un ruolo attivo nel processo, necessariamente questo ruolo – per essere democraticamente svolto – non può prescindere dai poteri delle parti e deve essere ispirato alla naturale integrazione con esse (14).

La dottrina ha affrontato alcuni tra i principali argomenti sollevati nella denuncia di Viazzi, relativi ai problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile e al corretto uso dei poteri del giudice.

Conviene riepilogarli per avere un quadro dei limiti dell'esercizio dei poteri, effettivi o supposti, del giudice civile.

Tra le deviazioni più temute cagionate da un ruolo attivo del giudice viene segnalato l'abuso delle presunzioni. Si segnalano 1) il comodo confinamento delle presunzioni nell'ambito di un non meglio chiarito potere discrezionale del giudice di merito, non censurabile in Cassazione; 2) il fondamento delle presunzioni sul solo contegno processuale della parte addirittura contumace, elevato in qualche recente pronunzia della Suprema Corte a unica e sufficiente fonte di prova (Cass. 5 giugno 1991 n. 6344; Cass. 13 luglio 1991, 7800) (15).

L'esaltazione del principio del libero convincimento, atto in qualche caso a giustificare il diniego di prova contraria (Cass. 6987/88), l'impoverimento dell'obbligo di motivazione, limitato al coordinamento logico con gli altri punti decisi, la svalutazione dei requisiti di plurimità, gravità e concordanza delle presunzioni sono altri argomenti adottati per provare quanto sia inaccettabilmente autoritario il comportamento del giudice che si valga con disinvoltura di questo strumento.

Altre prassi distorte giustamente additate sono quelle relative alla prova testimoniale e alla consulenza tecnica.

In tema di prova testimoniale è sufficiente una modesta esperienza pratica per accorgersi di quanto spesso il giudice eserciti male i propri poteri, a volte lasciando l'assunzione dei testi agli avvocati, sempre traducendo il linguaggio spontaneo del teste in un gergo comune e anonimo, (16) inidoneo a rendere utili elementi per la verifica e la valutazione dell'attendibilità, spesso riducendo frettolosamente le liste testimoniali senza aver prima sentito le parti o mai letto gli atti difensivi, per cogliere i punti essenziali della prova e le eventuali domande a chiarimento da porre ai vari testi e per individuare le persone utilmente a conoscenza di fatti, di solito selezionate dalle parti stesse tra i testi indicati, preferendo i più spregiudicati e fedeli.

La consulenza tecnica diventa sempre più spesso veicolo fonte di prova dei fatti e non strumento di valutazione tecnica di essi, nonostante i limiti, ricordati da Viazzi, posti dalla Suprema Corte all'accertamento di fatti che le parti debbono provare o alle informazioni assunte da terzi. (Cass. 3616/79, Cass. 3817/77) (17).

La regola che può ricondurre a legalità l'uso di questi strumenti e frenare le deviazioni è sempre quella del contraddittorio. Non è appagante la sola motivazione finale per verificare la correttezza dell'uso dei poteri del giudice, perché essa non dà conto di come gli elementi siano stati introdotti nel processo, di quali possibilità concrete le parti hanno avuto di interloquire su di essi e di essere

quindi indotte ad articolare altri mezzi di prova resi necessari dall'esame condotto in confronto con il giudice e l'avversario.

È stato ripetutamente sottolineato in dottrina che il giudice dovrebbe provocare il contraddittorio sulle presunzioni semplici che ritiene di porre a fondamento della decisione, sugli argomenti di prova che intende trarre dall'interrogatorio o dal comportamento processuale (18).

La chiave di volta del sistema è rappresentata dall'art. 183 2° comma, della cui forza cogente si dubita però fortemente, poiché minoritaria è, come si è detto, la tesi della nullità della sentenza adottata sulla base di questioni rilevate d'ufficio fuori dalla luce del contraddittorio.

La scarsa efficacia disincentivante del precetto di cui all'art. 183 non giustifica tuttavia la legalizzazione delle prassi devianti, che vanno singolarmente limitate in relazione ai mezzi che per ciascuna di essi valgono a ricondurle a legalità (19).

Si dovrà quindi valutare riduttivamente la prova fondata su presunzioni non vagliate criticamente in contraddittorio, ammettere la rinnovazione di consulenza che non abbia consentito alle parti di articolare difese relative a fatti con essa introdotti in causa, ovviamente recuperare forme rituali di assunzione della prova testimoniale e dichiarare inefficaci quelle risultate inammissibili.

Ci si riferisce quindi all'assunzione diretta del teste, alla descrizione del contegno della parte e del testimone, di cui all'art. 207 ultimo comma, al pronto divieto di prove abusive (come quella inammissibile per incapacità del teste).

Si deve ricordare in proposito che la prova inammissibile o abusiva (p. es. il teste sentito in assenza dell'altra parte, disinformata dell'udienza di rinvio cui era pervenuti per rinvio d'ufficio) lascia sempre traccia, una volta che sia percepita, d'alché la cautela deve essere necessariamente preventiva (20).

Preme qui segnalare che la figura del giudice non interventista, che non conosce il processo fino alla decisione, che lascia assumere solo le prove "come richieste", ma non partecipa al colloquio processuale e sistematicamente "riserva" alla decisione finale del Collegio tutte le decisioni è insieme ipocrita, perché si cela dietro l'apparente carenza di poteri decisionali in fase di trattazione (mentre invece tanto potrebbe fare se conoscesse gli atti, guidasse la verbalizzazione e costringesse le parti a prendere posizione su tutti quegli elementi che pronostica decisivi), e autoritario, perché vuole far cadere dall'alto (Borrè direbbe come in una rivincita tardiva sul processo) una soluzione che è imposta e non costruita nella garanzia del diritto di difesa.

Tutte le considerazioni soprasvolte trovano una esemplificazione da manuale nella contrastata vicenda relativa al valore delle prove atipiche nel processo.

Non è qui possibile ricostruire i vari passaggi delle dispute dottrinali in argomento; occorre però dar conto dell'opinione restrittiva recentemente ribadita da Proto Pisani, secondo il quale l'atipicità può concernere non il catalogo delle fonti di prova o la loro valutazione, ma solo le modalità di acquisizione di esse (21).

Ora, nei limiti sintetici della sua trattazione Proto Pisani propende per l'inammissibilità delle prove atipiche tendenti a sostituire la prova testimoniale e la consulenza tecnica, o consistenti in prove assunte illegittimamente o, ma con qualche riserva (a motivo dell'art. 238 c.p.p.), in prove assunte in un diverso processo.

Dovendoci però occupare dei poteri del giudice e delle parti nel momento istruttorio e ponendo mente ai riferiti ammonimenti di chi lamenta una inarrestabile tendenza giurisprudenziale all'uso indiscriminato delle prove atipiche (e in genere di elementi probatori incontrollati), mi sembra doveroso richiamare almeno la dottrina che con maggior equilibrio e realismo ha approfondito il tema della loro efficacia probatoria.

Premesso che le prove atipiche sono ammissibili quale indizio, cioè fatto noto che costituisce la premessa di una presunzione semplice e che tuttavia la nostra civiltà giuridica esige che i fatti di causa siano ricostruiti "sulla scena del processo", nel contraddittorio tra le parti, Chiarloni contesta che l'uso delle prove atipiche sia di per sé una negazione dei principi ispiratori del giudizio civile (22).

Con un esempio tra i tanti possibili, Chiarloni rompe la disperante astrattezza dei discorsi processualciviltistici: processo penale per omicidio colposo da incidente stradale, perizia sul veicolo che ne dimostri un guasto, decisivo per l'attribuzione di responsabilità; assenza in giudizio della persona civilmente responsabile; successivo giudizio civile; si chiede l'autore (prima dell'entrata in vigore del nuovo c.p.p.) qual'è il valore probatorio della perizia assunta nel giudizio penale? (23). Nessuno, sarebbe stata la corretta risposta in caso di reiterabilità dell'indagine tecnica, ma ove tale indagine per qualche motivo non sia possibile, si può credibilmente tenere in non cale una risultanza così di rilievo assunta con garanzie processuali severe, solo perché il convenuto non ha potuto partecipare a quel giudizio?

L'intuitiva risposta contraria trova una lunga ricostruzione di cui è possibile riferire alcune tappe. Vanno ricordate: 1) la capacità degli argomenti di prova di fondare da soli il convincimento del giudice in assenza di prove contrarie a quanto da essi risultante (e quindi senza che il giudice possa chiudere l'istruttoria ex art. 209 c.p.c. o 187 comma 1 senza ammettere l'espletamento di tali prove); 2) la connessione tra argomenti di prova, presunzioni e prove atipiche, le quali "si connotano essenzialmente come indizi e quindi come fonte di un possibile ragionamento presuntivo ad opera del giudice"; 3) il valore innegabile che hanno le prove presuntive, (24) la cui inferiorità è costituita soltanto dal fatto che non è automatico (al contrario che nelle prove dirette o rappresentative) il collegamento tra presunzione e fatto principale ignoto, il che toglie ad esse autonomo rilievo decisivo, ma lascia salva la possibilità che un insieme di prove critiche possano demolire una prova diretta, non essendovi un criterio legale di preferenza; 4) l'argomento testuale costituito dall'art. 257, 1° comma, c.p.c., che ammette la testimonianza de auditu, assimilabile alla prova atipica costituita dai documenti che contengono dichiarazioni provenienti da terzi; 5) la sentenza della Corte Costituzionale n. 53 del 3 giugno 1966 che, dichiarando l'illegittimità costituzionale del c.d. segreto ferroviario, riconosceva l'utilità, ai fini di una libera valutazione del giudice, dell'acquisizione nel processo degli accertamenti compiuti dall'amministrazione ferroviaria.

In sostanza: esistono numerosi spunti argomentativi e testuali che consentono alle parti di introdurre nel processo, e al giudice di valutare, le prove atipiche; occorre però intendersi sulle regole di governo di esse.

Non si può consentire che diventino per le parti una scorciatoia rispetto all'onere probatorio da assolvere secondo rito e per il giudice una deresponsabilizzante via di fuga per non dover esperire una seria istruttoria. È però ammissibile che, convenientemente analizzate e soppesate in relazione alla qualità della fonte, esse contribuiscano in modo decisivo alla formazione della decisione.

La regola fondamentale di esclusione, e cioè che le rende inidonee al fine, è costituita dalla disponibilità al processo di corrispondenti prove tipiche (25): dunque, ove sia esperibile consulenza tecnica, sia reperibile il teste che ha reso la dichiarazione resa in altro giudizio o informalmente, o di cui si ha notizia da altro teste, sia utilmente esperibile l'ispezione, il giudice dovrà ricorrere a questi mezzi o non considerare le risultanze atipiche in relazione al mancato apprestamento di prove corrispondenti.

In ogni caso prima di attribuire decisivo rilievo alle prove atipiche dovrà curare che su di esse si sia dibattuto, esigendo pertanto che vi sia illustrazione delle ragioni di una determinata produzione, da non riservare alla comparsa conclusionale. Infine va ricordato che la validità della prova in buona parte discende dalla formazione di essa, che dovrebbe essere in contraddittorio e che non è perfetta soltanto per esser stata sottoposta a un contraddittorio posticipato (26).

Occorre pertanto graduare, esemplificando, il valore di un accertamento tecnico unilaterale, di una perizia stragiudiziale esperita in contraddittorio tra le parti, di una consulenza tecnica assunta in processo cui una parte non ha partecipato e una consulenza derivante da processo in cui tutte le stesse parti erano presenti o avevano avuto possibilità di intervenire, spogliando il giudice dal formalismo delle garanzie, ma costringendolo a una valutazione ragionata (27).

Oserei a questo punto accostare alle amare constatazioni dottrinali sull'abuso di prove atipiche, un'altra considerazione che può aiutare a comprendere il fenomeno e a frenare una viziata concezione dei poteri del giudice.

Nel nostro ordinamento la funzione della prova è tecnico-giuridica, la prova deve servire a dimostrare qualcosa.

A questa concezione se ne contrappone un'altra, di origine grecoromana, che, ricorda Taruffo, è quella retorica della prova come argomentazione rivolta a persuadere il giudice (28).

Orbene, la teoria della prova come "argomento teorico" e non come strumento specifico di conoscenza (Giuliani) fa indubbiamente da sostegno alla prassi di confusamente riversare nel processo ogni elemento probatorio, utilizzandolo a piacimento. Basterà quindi ricordare, con i logici più classici, che la retorica non distingue tra prove persuasive e prove che devono fondare il giudizio razionale sul fatto e asseconda quindi anche l'errore, poiché se si legge il processo come giuoco finalizzato a convincere il giudice e non come luogo di accertamento della fondatezza di una tesi sull'altra, si rischia di trascurare un valore per cedere al fascino della teoria.

Il rapporto può essere rovesciato: anche le prove atipiche versate più a fine retorico che come strumento di conoscenza, possono diventarlo se analizzate convenientemente. In definitiva vale considerare che l'obiettivo di chi valorizza e riconosce le prove atipiche è quello di avvicinare il processo a una sentenza giusta, sicché si avrebbe doppio tradimento se il giudice, usando il grimaldello del libero convincimento le piegasse a strumento di ingiustizia.

Quanto ai poteri officiosi del giudice in tema di prova, alcune essenziali indicazioni possono prendere le mosse dal rilievo di Montesano in ordine alla non inquisitorialità di quei poteri ordinari quali la valorizzazione dei fatti notori (155 2° c.p.c.), l'ispezione e la prova testimoniale disposta d'ufficio ex art. 257 c.p.c.. Trattasi di elementi che comunque non contraddicono il divieto di scienza privata del giudice (art. 155, 1° c.p.c.) e che sono connessi strettamente alle allegazioni delle parti (29).

È da registrare nella prassi lo scarso utilizzo dei due ultimi strumenti e al contrario una notevole disinvoltura nell'affermazione di fatti notori su cui non è stata richiamata l'attenzione delle parti durante la trattazione.

Non è qui possibile riferire sui maggiori poteri officiosi del giudice del lavoro, o su quelli propriamente inquisitori del giudice delle controversie cautelari e di interdizione e dei giudizi sull'attività antisindacale e sulla dichiarazione di fallimento.

Tutti questi procedimenti, spiega Montesano (30) sono infatti seguiti da giudizi o fasi di giudizio in cui a tutela cognitiva piena si rientra in margini di non inquisitorialità.

Preme invece ricordare che il disfavore verso l'iniziativa istruttoria autonoma del giudice trova sostegno nella c.d. imparzialità psicologica del giudice (Liebman), messa in pericolo dall'eventualità di giudicare su prove create dal giudice stesso di propria iniziativa (31).

Mi interessa cogliere un simile spunto per segnalare come questo indubbio valore meriti riconsiderazione nel passaggio verso il nuovo rito processuale o verso una prassi in cui il giudice si riappropri pienamente del processo. La predilezione verso una tesi, che già può fondare il giudizio di rilevanza sull'ammissibilità di una prova o di valorizzare nel dibattito processuale taluni elementi su altri, non deve condizionare l'approccio critico alla decisione e men che mai anticipare il momento sostanziale in cui si forma il convincimento del giudice.

È facile cadere in questo tranello, allorché si passa, carichi di una mentalità largamente antiinquisitoria, a un modello più incisivo di esercizio dell'attività di direzione del processo. Dunque inevitabilmente vanno maggiormente affinate non solo le tecniche di garanzia (consentire il contraddittorio tempestivo e la controdeduzione di mezzi proposti dalle parti), ma anche le forme di controllo successivo sulla motivazione (32).

Qualche spigolatura giurisprudenziale può aiutare a comprendere la contraddittorietà dei tempi attuali in ordine alle problematiche esaminate.

Si pensi a Corte Costituzionale 10 dicembre 1987 n. 494, che ha ritenuto incensurabile, perché manifestazione di scelta discrezionale del legislatore, la norma (art. 246 c.p.c.) che non consente che di persone incapaci a testimoniare, in quanto aventi in causa interesse tale da legittimarne la partecipazione al giudizio, possa essere assunto il libero interrogatorio, al contrario di quanto disposto dall'art. 421 u.c. c.p.c..

Trattasi di una decisione criticata in dottrina (33), perché toglie la possibilità di trarre eventuali argomenti di prova dalle dichiarazioni rese dal terzo interessato, argomenti che invece dall'interrogatorio della parte possono essere tratti.

È una manifestazione di sfiducia nel giudice, che ancora una volta favorisce, invece di eliminare, alcune contraddizioni del nostro processo.

Le dichiarazioni del terzo interessato hanno infatti mille modi per rientrare, meno ritualmente e con il rischio di un contraddittorio attenuato, nel processo. Dichiarazioni scritte, riferimenti di altri testi, atti giudiziari in cui sono state consacrate loro versioni dei fatti sono altrettanti elementi probatori di minore genuinità che finiscono con il sostituire un materiale che sarebbe stato invece reso controllabile da una più illuminata pronuncia di accoglimento dell'eccezione.

Da segnalare è poi Cassazione 22 novembre 1989 n. 5006, nella quale è stato affermato che il potere di direzione dell'udienza e l'assunzione dei mezzi di prova costituiscono attività dei giudici di merito caratterizzate da un'ampia sfera di discrezionalità, salva l'osservanza di quei precetti che la legge predetermina in materia specifica e la cui violazione è denunciabile in Cassazione (34).

In concreto, si legge in motivazione, è stata ritenuta infondata una doglianza relativa all'assunzione sbrigativa ed incompleta delle prove, senza allontanamento del ricorrente nonostante le di lui intemperanze. La mancata indicazione della norma violata "che avrebbe compromesso la correttezza giuridica del processo formativo delle acquisizioni processuali" e l'assenza di uno specifico riferimento ad una decisiva incidenza delle denunciate irregolarità sulla "correttezza del giudizio espresso in sentenza" hanno escluso secondo la Corte Suprema l'esistenza di un error in procedendo del giudice di merito.

La pronuncia appare appagante solo nella parte in cui fa dipendere dall'incidenza concreta nella decisione la possibilità eventuale di ripetizione dell'attività istruttoria, ma non legittima la pretesa di poter arbitrariamente condurre la direzione del processo. Il corretto svolgimento di esso è infatti in sé garanzia di accettabilità della sentenza finale, d'alché è doverosa norma d'azione l'ispirarsi a comportamenti ortodossi, pena la applicabilità delle sanzioni esterne al processo (35).

Dobbiamo al compianto Giovanni Fabbrini una ricostruzione completa della teorica dei poteri del giudice, letta sempre in relazione con i poteri delle parti.

Opportunamente Fabbrini si è orientato individuando per tutti i poteri del giudice il metro di esercizio di essi e il meccanismo di controllo che l'ordinamento prevede (36).

Tralasciando la descrizione dei poteri del giudice in punto di presupposti processuali e di nullità degli atti, basti dire quanto ad essi che il meccanismo di controllo si esaurisce rispettivamente o con la sanatoria o con la ripetizione endoprocessuale; in ordine alla denunciata nullità di atti il controllo ulteriore si attua con l'esercizio dei mezzi di impugnazione nei limiti con cui si possa dire che la decisione sulla validità-nullità di un atto si è in concreto ripercossa sul contenuto della sentenza definitiva (37).

In tema di determinazione degli strumenti probatori il giudice compie la valutazione di rilevanza e quella di ammissibilità.

C'è qui da sottolineare uno dei più trascurati intrecci tra poteri del giudice e delle parti. Molte volte si è assistito in affollate udienze all'ammissione di prove orali sul non verbalizzato ma dichiarato accordo delle parti, giacché uno spirito di "colleganza" tra avvocati induce sovente a non sollevare contestazioni all'avversario, a non proporre reclamo e così via. Se si aggiunge che quelle prove

vengono poi raccolte talora dagli stessi avvocati, con la successiva lettura veloce davanti a un giudice indaffarato, la miscela eversiva è pronta: nel processo è entrato di tutto.

In un regime più serio di celebrazione del processo, quello (l'unico) previsto dal codice, si dovrebbe assistere a un potere del giudice strettamente dipendente dal corretto esercizio di quello delle parti e quindi ricondotto a poco più di un controllo.

Interrogatorio, giuramento, testimonianza dovrebbero essere formulati per articoli specifici e separati e la mancanza di questi requisiti dovrebbe condurre a declinare l'ammissibilità della prova, per impossibilità di valutare la rilevanza del fatto che si chiede di provare. Purtroppo esigenze di giustizia sostanziale o di celerità delle udienze costringono sovente a rinunciare a questo metodo di comportamento, tutto omologando in un indistinto, passivo lasciar correre.

Il sistema tollera tutto questo perché se il controllo del collegio sull'ammissibilità non viene attivato, la prova resta acquisita, salvo che il collegio in sede di decisione non la ritenga illegittima e decida di non tenerne conto, con l'inconveniente della traccia indelebile rimasta nel giudice che la ha assunta.

Si badi però che più si procede avanti nel processo e più scarsa diventa la possibilità di controllo: rispetto alle prove ammesse per la prima volta dal giudice d'appello non si dispone infatti del controllo del secondo giudice (38).

In relazione all'impostazione che abbiamo dato a questa conversazione il punto più interessante da sottolineare della completa riflessione di Fabbrini concerne le iniziative probatorie del giudice.

Soprattutto laddove vi siano preclusioni temporali forti all'esercizio dei poteri delle parti è pericoloso che vi siano poteri istruttori del giudice non ben dominati da quest'ultimo (39).

In un processo come quello verso il quale ci avviamo, l'avvertimento principale di Fabbrini è di far salva la neutralità del giudice tra le due parti in conflitto.

Fabbrini indica tre canoni di comportamento:

- 1) non superare il divieto di scienza privata
- 2) non diventare strumento di violazione della disciplina sostanziale del rapporto dedotto in giudizio (non si può fare l'interrogatorio formale in cause di lavoro in tema di diritti indisponibili)
- 3) non ci si può prestare ad aggirare le preclusioni maturate.

Questi canoni non bastano a chiarire quando e come il potere di iniziativa probatoria possa essere esercitato.

Si ricorre allora all'art 2697 cc: il potere d'ufficio del giudice, coordinato con i poteri delle parti, deve tendere per quanto possibile ad evitare l'applicazione di questa norma. In sostanza: quando dall'iniziativa delle parti, dalle prove raccolte su loro impulso, risulta consentita la ricostruzione del fatto rilevante, i poteri istruttori del giudice sono estinti; qualora invece il fatto sia ancora incerto e dunque la regola di giudizio che dovrebbe essere applicata sarebbe quella di cui all'art. 2697, allora scatta, prima di arrivare a questa conclusione, il dovere di avviare l'iniziativa officiosa (40).

La regola enunziata da Fabbrini è di grande acutezza: ad un giudice abituato a valutare l'ammissibilità di un mezzo di prova in termini di rilevanza/irrilevanza, occorre ricordare che va invece risolto un tema più importante: esercitabilità o non esercitabilità del potere astrattamente conferitogli.

La chiara conoscenza di queste regole serve per un corretto esercizio dei poteri stessi e per stabilire la controllabilità, che è sempre il cuore del problema dei poteri del giudice.

MINIGLOSSARIO:

Formazione della prova: modalità attraverso le quali la prova viene ad esistenza come elemento utilizzabile per l'accertamento giudiziale del fatto. (Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, 351).

Indizi: fatti noti idonei a fondare un ragionamento presuntivo in ordine al fatto principale. (Chiarloni, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, RTDPC, 1986, 874).

Fatti secondari: sono i fatti, diversi dai fatti principali, la cui conoscenza si vuole acquisire al processo allo scopo di consentire al giudice di desumere da essi – attraverso ragionamento presuntivo ex art. 2729 – la conoscenza dei fatti principali controversi. (Proto Pisani, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1992, 230).

(1) VIAZZI, *La riforma del processo civile e alcune prassi giurisprudenziali in materia di prove: un nodo irrisolto*, *Foro it.*, 1994, V, 106.

(2) CSM, (est. Borrè), *Risoluzione sul tema “misure urgenti per l’accelerazione dei tempi della giustizia civile”*, *Foro it.*, 1988, V, 249.

(3) VIAZZI, *op. cit.*, 109.

(4) GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, *Riv. dir. proc.*, 1966, 580.

(5) GRASSO, *op. cit.*, 596.

(6) GRASSO, *op. cit.*, 602.

(7) Così GRASSO, *op. cit.*, 604. È utile ricordare che CAPPELLETTI, nel suo *Parere iconoclastico sulla riforma del processo civile italiano*, *Giur. it.*, 1969, IV, 81 e ss. aveva proposto come primo caposaldo di una riforma la estensione ai procedimenti in tribunale della procedura seguita davanti ai pretori.

(8) GRASSO, *op. cit.*, 605.

(9) Sul ruolo di giudice e parti nella ricerca della norma straniera applicabile cfr. FRANCHI, “*Iura novit curia*” e obbligo di decidere, *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 1988, 1283.

(10) Cfr. TARZIA, *Parità delle armi tra le parti e poteri del giudice nel processo civile*, ora in *Problemi del processo civile di cognizione*, Padova, 1989, 311.

(11) TARZIA, *op. cit.*, 316.

(12) Cfr. DENTI, *Questioni rilevabili d’ufficio e contraddittorio*, *Riv. dir. proc.*, 1968, 231.

(13) In proposito cfr. TARZIA, *op. cit.*, 317 spec. sub nota 9; DENTI, *op. cit.*, 217; CHIARLONI, *Questioni rilevabili d’ufficio, diritto di difesa e “formalismo delle garanzie”*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 569, IDEM, *Le riforme del processo civile*, *Commentario*, sub art. 17, Bologna, 1992, 182.

(14) TARZIA, *op. cit.*, 320.

(15) VIAZZI, *op. cit.*, 114, 115.

(16) Cfr. TARZIA, *Problemi del contraddittorio nell’istruzione probatoria civile*, in *Problemi*, cit., 367.

(17) VIAZZI *op. cit.*, 116.

(18) TARZIA, *op. ult. cit.*, 372.

- (19) Cfr. MONTESANO, Le “prove atipiche” nelle “presunzioni” e negli “argomenti” del giudice civile, Riv.. dir. proc., 1980, 233. Il dibattito sulla portata precettiva o soltanto direttiva dell’art. 183, 2° comma, era però iniziato da tempo, come riferisce Grasso, op. cit., 591 sub n. 22.
- (20) TARZIA, op. ult. cit., 373.
- (21) PROTO PISANI, Appunti sulle prove civili, Foro it., 1994, V, 74.
- (22) CHIARLONI, Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile, Riv.. trim. dir. proc. civ., 1986, 835, 838.
- (23) CHIARLONI, op. ult. cit., 831.
- (24) CHIARLONI, op. ult. cit., 851, 853, 855.
- (25) CHIARLONI, op. cit., 865.
- (26) TARZIA, Problemi del contraddittorio, cit., 362.
- (27) In argomento vanno ricordati gli scritti di CAVALLONE, Critica della teoria delle prove atipiche, in Riv.. dir. proc., 1978, 679; TARUFFO, Prove atipiche e convincimento del giudice, in Riv.. dir. proc., 1973, 389.
- (28) TARUFFO, la prova dei fatti giuridici, Milano, 1992, 323.
- (29) MONTESANO, Le prove disponibili d’ufficio e l’imparzialità del giudice civile, Riv.. trim. dir. proc. civ., 1978, 189.
- (30) Op. ult. civ., 201.
- (31) MONTESANO, op. ult. cit., 191 richiama lo scritto di LIEBMAN, Fondamento del principio dispositivo, in Riv.. dir. proc., 1960, 551.
- (32) Cfr. VIAZZI, op. cit., 119, rimando poi alle considerazioni di COMOGLIO, Direzione del processo e responsabilità del giudice, Riv.. dir. proc., 1977, 14.
- (33) MONTESANO, La Corte costituzionale chiude la porta all’interrogatorio libero dei terzi interessati nel rito civile ordinario, Riv.. dir. proc., 1988, 812, ove la breve pronuncia si legge per esteso.
- (34) La sentenza leggesi in Riv.. it. dir. lav., 1990, 2, 572.
- (35) Su sanzioni interne ed esterne al processo, cfr. COMOGLIO, op. cit., 30.
- (36) FABBRINI, voce Poteri del giudice (dir. proc. civ.), in Enc. dir., XXXIV, 1985, 721.
- (37) FABBRINI, op. cit., 727.
- (38) FABBRINI, op. cit., 733.
- (39) “La miscela pericolosa non è la coesistenza di poteri delle parti e poteri del giudice: è la coesistenza tra poteri del giudice non limitati e poteri delle parti fortemente circoscritti da un sistema di preclusioni rigide; per dirla in termini più suggestivi, è l’esistenza di poteri “solitari” del giudice”, così Fabbrini, op. cit. 734.
- (40) FABBRINI, op. cit., 735-737.