

IL NUOVO PROCESSO DI COGNIZIONE CIVILE ED IN  
PARTICOLARE I PROFILI ISTRUTTORI: INCIDENZA NEI GIUDIZI  
INNANZI ALLA CORTE DEI CONTI<sup>1</sup>

*1. Premesse- 2. Ultime notazioni sull'art.111 della Cost.- 3. La dinamica probatoria del processo di responsabilità amministrativa - 4) La testimonianza scritta: premesse -5.La perentorietà dei termini in funzione della celerità del processo*

*1. Premesse.*

Il sistema di formazione della prova nel processo di responsabilità amministrativa, soffre di aporie e di ibridazione, di talchè si è affermato, quindi, che il regime della stessa nel processo contabile è caratterizzato da «una sorta di tripolarità informale», laddove si vuole indicare, col primo termine, che alla formazione della prova concorrono, con poteri diversi, il procuratore generale ( regionale), il convenuto ed il giudice e, con il secondo, che questa concorrenza di poteri non è disciplinata – come si è detto – espressamente dalla legge, ma, in via di prassi, attraverso il ricorso a princìpi tratti dal processo civile, da quello penale e da quello amministrativo<sup>2</sup>. La

---

<sup>1</sup> PRIMA STESURA IN FORMA DI BOZZA NECESSITANTE DI CORREZIONI; AGGIUNTE ED INTEGRAZIONI\_A SEMPLIC UTILITA' DELLA GIORNATA SEMINARIALE

<sup>2</sup> In giurisprudenza, Corte conti, Sez. giur. Lombardia, 15 aprile 1999 n. 440, in Rivista Corte conti, 1999, n. 4, 111, secondo cui il giudizio di responsabilità amministrativo-contabile, «per quanto attiene alla valutazione delle prove e all'attività istruttoria è regolato da specifiche norme contenute nel regolamento di procedura approvato con il r.d. n.

scelta del regime processuale civile, che, con riferimento al processo di responsabilità amministrativa è regolato dal RD 1038 del 1933, che risente di un'impostazione strutturale e dinamica propria del codice del 1965, salvo il cd. "rinvio dinamico" ( art. 26 R.D. cit.) alla normativa dell'ordinario processo civile, che permette il riferimento – secondo condizioni e limiti dibattuti – all'attuale codice, risponde alla circostanza che , tralasciando le dispute circa la natura risarcitoria, sanzionatoria, mista, o assolutamente " sui generis" della responsabilità amministrativa, comunque è indubitabile che il danno arrecato, sia che lo si consideri come presupposto, sia che lo si qualifichi come dato strutturale della fattispecie, nei profili del nocumento causato o di quello risarcibile, attrae in maniera fondamentale l'accertamento e la valutazione del giudice; di talchè la migliore idoneità di una dinamica processuale di stampo civilistico. E' anche vero però che l'"aura " del riferimento categoriale ai principi processuali penalistici ( forse come poi si vedrà, dell'applicazione vera e propria di principi generali) risulta non emarginabile in ragione della natura pubblicistica degli interessi che sono regolati nel processo innanzi alla Corte dei conti, finalizzato, com'è noto, alla tutela delle risorse pubbliche ed al buon andamento dell'Amministrazione; l'atteggiarsi "personalistico" del giudizio poi, e l'importanza peculiare che ivi assume il potere riduttivo fanno sì che l'accertamento del giudice si debba appuntare con rilievo anche sulle condizioni personali e psicologiche ( ante e post factum) del soggetto passivo, indagine che si

attaglia ad un vaglio di stampo penalistico<sup>3</sup>. Si è detto, quindi il processo di responsabilità amministrativa gode - oltre l'applicazione del proprio regime, datato - dell'apertura dinamica al processo civilistico ordinario. Si tratta ora di valutare se ciò comporti detto ricorso ove ci si imbatta in lacune altrimenti colmabili con estreme sperimentazioni ermeneutiche oppure se ci si possa avvalere delle finalità che il Legislatore ha riposto nel processo ordinario anche, quando ciò comporti con maggior completezza e tendenza ad esaustività di giustizia, anche in funzione integrativa. Si premette che appare preferibile detta seconda ipotesi. Sono infatti note le critiche al procedimento di responsabilità amministrativo-contabile. Esso tende, in un'ottica a contraddittorio dimidiato e differito, a conferire ingiustificati privilegi al Procuratore inquirente che, attraverso una serie di facoltà accordate dall'ordinamento (l'art. 74 del t.u. sulla Corte dei conti, infatti, prevede che il Pubblico ministero possa «chiedere in comunicazione atti e documenti in possesso di autorità amministrative e giudiziarie e può inoltre disporre accertamenti diretti»; l'art. 16, comma 3, d.l. n. 152 del 1991, convertito in l. n. 203 del 1991, inoltre prevede la possibilità di disporre, anche mediante la Guardia di finanza, ispezioni e accertamenti diretti presso p.a. e soggetti terzi contraenti o beneficiari di provvidenze finanziarie a destinazione vincolata; ancora l'art. 2, comma 4, d.l. n. 453 del 1993, convertito in l. n. 19 del 1994, stabilisce anche la possibilità di delega degli adempimenti istruttori a funzionari delle pubbliche amministrazioni, nonché di avvalersi di consulenti tecnici; lo stesso decreto, all'art. 5, comma 6, attribuisce al procuratore regionale l'ulteriore

---

<sup>3</sup> RISTUCCIA, *Applicabilità dei principi del giusto processo al giudizio contabile*, in Riv. C.conti, 2000, n. 3, 203,

facoltà di disporre l'esibizione di documenti, il sequestro dei documenti, le audizioni personali, perizie e consulenze; da ultimo, in virtù della legge d'interpretazione autentica 23 dicembre 2005, n. 366 (legge finanziaria 2006), il procuratore dispone anche dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale previsti dal codice civile), si può presentare nella fase processuale frapponendo una serie di elementi a suffragio di una pretesa che la prassi non esita a definire come prove. Non sempre è così, e nella maggior parte dei casi si assiste ad un processo documentale a contraddittorio, quando concesso, differito, tanto è vero che si è parlato di valenza rafforzata del contraddittorio medesimo ritenendo che, di fronte alla debolezza difensiva ad attività inquisitoria già esercitata, si debba procedere ad indagini preprozessuali il meno possibile secretate e con gli elementi che poi varranno a supportare la pretesa erariale precostituiti secondo un rigido contraddittorio<sup>4</sup>. Ed allora vale porre subito l'impostazione teorica che si vuole seguire: assunto l'art. 111 Cost., laddove non applicabile che al processo penale ( 3°, 4° e 5° comma, ma qualche suggestione e scaturigine propositiva prende forma) come una sorta di “Grundnorm”, è sulla base dei principi da detto articolo evincibili che si deve vagliare l'applicabilità – quando il legislatore non detta prescrizioni a tutto campo, ovvero strumenti e figure per tutta l'attività processuale ordinamentale, e le modalità esecutive di questi, nell'eventualità positiva di istituti vecchi e nuovi, così come nella “ratio” di questi intesa dal legislatore. Si è detto, quindi, in sintesi<sup>5</sup>: lo svilupparsi di un sistema processuale non sempre rigoroso ed improntato alla prassi,

---

<sup>4</sup> PILATO, *L'istruttoria nel processo di responsabilità amministrativa ed il giusto processo*, in *Riv. C. Conti*, 2002, 356

<sup>5</sup> PASQUALUCCI, *L'attività istruttoria, problemi ed ipotesi ricostruttive*, in *Riv. C. conti*, 2,2006 ; Riccò, *l'Istruttoria*

denota che attività dibattimentale non fruisce di spazi che le spetterebbero:, in sostanza si qualificano come prove i mezzi di convincimento e valutativi che vengono quasi sempre acquisiti in via esclusiva dal pubblico ministero nella fase predibattimentale (quindi al di fuori di un vero controllo imparziale da parte del giudice). Primeggia la prova documentale, con sostanziale esclusione del ricorso a qualsiasi altro mezzo di prova contemplato dal codice di rito, ciò che finisce per precludere l'accesso diretto al fatto da parte del giudice ed a ridurre il contraddittorio, che dovrebbe essere una discussione sulla valutazione delle prove formatesi innanzi al giudice, ad una critica di prove precostituite fuori dal processo; maggior valore dovrebbe assumere l'oralità, in generale la fase dibattimentale, perdere peso la prova cartolare, di provenienza unilaterale e non formata nel processo e sotto le prescrizioni del giudicante<sup>6</sup>. Non ci si nasconde che l'accesso diretto al fatto da parte del giudice incontra notevoli preclusioni<sup>7</sup>: in molteplici fattispecie la prova è esclusivamente costituita da documenti formati dalla stessa amministrazione parte in causa. Ma ciò non deve essere un ostacolo, data la necessità dettata dalla circostanza che, nel processo contabile, nel quale recita un ruolo centrale ai fini dell'accertamento della responsabilità del convenuto l'elemento psicologico del dolo e/o della colpa grave, limiti siffatti devono trovare contemperamenti. Le recenti innovazioni legislative illuminano sulla possibilità che venga dato maggiore spazio alla prova testimoniale ed alla consulenza tecnica d'ufficio, anche se con riguardo a quest'ultima, che notoriamente non è un mezzo di prova e non può

---

delegata e le preclusioni nei giudizi innanzi alla Corte dei conti, Atti Convegno Cagliari 2005

<sup>6</sup> CONSOLO LUISO SASSANI *Commento alla riforma del processo civile*, Milano 1996, 164.

supplire a carenze probatorie imputabili alla parte onerata, resta il problema dell'individuazione di quel minimo principio di prova sufficiente per mettere in moto il potere acquisitivo del giudice. Quanto alla testimonianza, immediato, parlando di innovazioni, è il richiamo al recente istituto della testimonianza scritta. Questo, nonostante i numerosi rischi che comporta e le difficoltà interpretative, non va considerato alla stregua di una prova documentale precostituita, ma, come si vedrà, una possibilità di ampliare il raggio conoscitivo del Giudice il quale sappia individuare contraddizioni o abbia la capacità di richiedere chiarimenti. Da ultimo vale richiamare il continuo richiamo e la assoluta validità, se non al cd. "processo telematico" tout court, agli strumenti che l'elettronica mette a disposizione, e che il legislatore, - pur se poi la prassi frustra le lodevoli intenzioni - talvolta prescrive per ogni tipo di processo altre volte richiama solo per il processo civile o penale, ma in questo caso è indubitabile l'innegabilità del ricorso all'art. 26 RD 1038 del 1933.

\*\*\*\*\*

Per una verifica di compatibilità e l'individuazione della possibilità di utilizzare nel processo di responsabilità amministrativo-contabile strumenti del processo civilistico, si deve far primario riferimento, allora, si è detto, all'art. 111 della costituzione. E' necessario, allora, valutarne la portata applicativa. Il nucleo essenziale del giusto processo è rappresentato dalle seguenti garanzie:

a) contraddittorio tra le parti (il giudice decide audita altera parte: quindi, il soggetto che subisce gli effetti della decisione deve essere messo in condizione di esporre le

---

<sup>7</sup> COMOGLIO *Istanze istruttorie e poteri del giudice ex art. 184 c.p.c.* in *Rivista di Diritto Processuale* 1999, 992.

proprie difese prima che la decisione stessa sia emanata);

b) parti del processo agiscono in condizioni di parità (il criterio ha una portata applicativa diversa nel processo civile e in quello penale: in quest'ultimo caso, la "parità" deve tener conto della diversa posizione istituzionale e sostanziale tra pubblico ministero e imputato e, pertanto, non implica l'"identità" tra i poteri processuali ad essi riconosciuti);

c) terzietà e l'imparzialità del giudice (dunque, la posizione ordinamentale del giudice deve essere nettamente diversa da quella delle parti; mentre la posizione del giudice nel processo deve essere tale da assicurarne l'imparzialità);

d) ragionevole durata del processo (qui, è chiarissima la connessione tra la riforma dell'articolo 111 Cost. e la Convenzione sui diritti dell'uomo. Il legislatore costituzionale ricollega in modo esplicito il carattere "giusto" del processo alla sua definizione tempestiva e, quindi, alla efficienza processuale. A questo principio si è ispirata l'introduzione, ad opera della legge 89/2001, di una equa riparazione in caso di violazione del termine di durata ragionevole del processo. La legge stabilisce che chi subisce un danno, patrimoniale o non patrimoniale, per il mancato rispetto del termine ragionevole indicato dall'articolo 6 della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, ha diritto a una riparazione da parte dell'erario, da determinarsi a norma dell'articolo 2056 del codice civile).

Il diritto alla ragionevole durata, pur già riconosciuto dalla Convenzione Europea dei diritti umani del 1950 e dal Trattato di Amsterdam, con la riforma dell'art. 111 Cost. ha così acquistato una diversa e maggiore valenza, manifestandosi quale interesse

primario dell'ordinamento giuridico tutto, e non soltanto quale diritto soggettivo del cittadino. Il principio della durata "ragionevole" introduce, altresì, nell'amministrazione della giustizia il valore dell'efficienza, ma non si traduce giammai nella brevità ad ogni costo, giacché tale valore non può essere perseguito fino al punto di dar luogo ad una giustizia affrettata e sommaria, perché ciò renderebbe il processo non giusto, e impone un difficile ma indispensabile compromesso tra la durata del processo e le garanzie processuali, dovendosi contemperare le esigenze di efficienza con le garanzie processuali finalizzate a garantire altri principi, quale quello della parità delle parti. A circa un decennio dall'entrata in vigore della modifica può affermarsi senza tema di smentita, nel trarre un sommario bilancio applicativo della norma in questione, nel senso che l'art. 111 Cost. ha avuto una portata effettuale di rilievo. Tuttavia, si è da più parti avvertita, anche di recente, la necessità di approfondire il precipitato innovativo e programmatico del nuovo art. 111 Cost. anche in relazione al processo civile, che, per le ragioni a tutti note, versa in uno stato di strutturale crisi che da anni costituisce una vera emergenza sociale, economica e democratica e che ha contribuito in maniera determinante ad acuire il divario, anche competitivo, del sistema paese Italia rispetto al contesto europeo.

Un problema, questo, che nel nostro recente passato si è voluto affrontare soprattutto con la c.d. legge Pinto la quale, pur rappresentando un primo rimedio alle lungaggini dei nostri processi ha tuttavia un limite ed un inconveniente: il limite è intuitivamente rappresentato dalla circostanza che si offre una tutela puramente risarcitoria al



cittadino vittima di una giustizia tardiva e quindi in sostanza denegata; l'inconveniente è rappresentato dall'aggravio di nuovi processi. Il processo civile, a differenza del processo penale, va visto essenzialmente come un servizio che lo Stato deve assicurare per soddisfare la domanda di giustizia dei privati nel quadro dei principi costituzionali. È noto che il dibattito sul rapporto tra processo civile ed art. 111 Cost. si è sviluppato tra due posizioni dialetticamente contrapposte che ponevano, da un lato, chi ha limitato la portata innovativa dei commi aggiunti all'art. 111 cost. - per il processo civile i commi 1°, 2°, senza però escludere una possibile valenza del comma 5°, per ciò che attiene la formazione della prova - ritenendo che le garanzie, ivi esplicitate, già fossero ricomprese nelle norme già vigenti, in particolare gli artt. 24, 3, 25, 101, 103, 104, e nelle norme convenzionali soprannazionali, in particolare l'art. 6 della convenzione europea dei diritti dell'uomo e chi, dall'altro, sulla scorta di un'accurata esegesi letterale, ne ha accentuato una maggiore portata innovativa. Nel settore della giustizia civile il nuovo art. 111 Cost. ha incontrato un iniziale minore ambito operativo proprio in ragione delle garanzie individuali già espresse nell'art. 24, così come concretizzate dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, nonché in conseguenza della considerevole opera della dottrina che ha enucleato, anche su base comparatistica, la nozione di due process of law ed ancora a causa della presenza dell'art. 6 della convenzione europea dei diritti dell'uomo, con la vigorosa giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

E' indubitabile invece che, la nozione di " giusto processo " – come è stato osservato anche da autorevoli dottrine con la sua carica potenziale di valori ideologici, espressi

od inespresi, appartenenti alla cultura ed alle tradizioni internazionali del fair trial, del due process of law o del procès équitable può giocare un ruolo capitale anche nel sistema del processo civile sotto diversi profili.

In primo luogo: se "la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge", ciò significa non solo che la disciplina processuale deve essere dettata esclusivamente da norme primarie, ma anche che potrebbero sorgere dubbi di costituzionalità di modelli processuali affidati all'esclusiva ed incontrollata disponibilità delle parti o all'incontrollabile ed esclusiva discrezionalità del giudice. Nasce, a tale riguardo, anche l'interrogativo se una rigida regolamentazione normativa del modello processuale sia compatibile con l'art. 47 della Carta dell'Unione europea e con quella flessibilità che sembra emergere dalla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee e del processo comunitario.

Inoltre se ogni processo - di qualsivoglia tipo o natura, contenzioso, volontario, di cognizione o di esecuzione, di forme e modelli alternativi rispetto alla giustizia togata - deve svolgersi nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti ad un giudice terzo e imparziale", ciò significa esprimere in una garanzia strutturale composita, in termini precettivi, le garanzie individuali, previste in via diretta o indiretta.

E ancora se "la legge ne assicura (ad ogni processo ) la ragionevole durata", questo comporta che le norme primarie debbono essere indirizzate al raggiungimento del risultato di garantire, sempre e comunque, la "ragionevole durata", con qualsivoglia

mezzo, non solo con moderni modelli processuali, con idoneo quadro di organizzazione giudiziaria, tanto spesso proclamato, quanto in concreto negletto.

Il canone della ragionevole durata che - dovendo essere «assicurata dalla legge», al contrario della giurisdizione che «si attua» e del processo che «si svolge»: termini quindi questi ultimi che esprimono una categoricità per così dire già attuale – è una norma programmatica di valore oggettivo, per la cui compiuta realizzazione si rimanda al legislatore ordinario. In altri termini, la ragionevole durata è una sorta di indefettibile predicato degli altri canoni imperativi - contraddittorio, parità, terzietà e imparzialità - contenuti nei primi due commi dell'art. 111 Cost.: carattere che si atteggia a «condizione di efficienza», a «qualità avverbiale» del processo per la normativa ancora in fieri e per quella già vigente, non assumibile dunque in sé ma destinato ad essere necessariamente giustapposto agli altri principi, in termini che possono variare a seconda dei valori fondamentali ai quali di volta in volta i principi stessi debbano essere riportati. Infine, se la Costituzione agli artt. 24 e 111 non contiene previsioni analitiche dirette ad assicurare esplicitamente l'effettività della tutela. Ciò non significa che la nozione di giusto processo non possa giocare un ruolo fondamentale anche a tale riguardo. L'art. 8 della dichiarazione universale dei diritti dell'uomo parla di right to an effective remedy; l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea menziona di droit à un recours effectif, come l'art. 13 della conv. eur. dir. uomo. Anche il diritto spagnolo si riferisce al derecho a obtener la tutela efectiva. Nessuno, a questo punto, può legittimamente dubitare che l'effettività della tutela sia una componente essenziale del diritto di azione e della

stessa nozione di " giusto processo ", questo rilievo conduce alla conclusione che la tutela effettiva si impone tanto nel processo di cognizione, quanto nei riti sommari e speciali ed ancora nel processo di esecuzione che deve assicurare la soddisfazione in concreto dei diritti consacrati nei titoli esecutivi.

Va poi considerata<sup>8</sup> l'affermazione che i maggiori rischi di conflitto con i valori del giusto processo sono insiti nell'utilizzo delle prove assunte in altro processo (quasi sempre penale), che poi si traducono in prove documentali precostituite sulle quali solo in un momento successivo si apre il dibattito tra le parti<sup>9</sup>: giustamente, quindi, si osserva che le prove raccolte ed ammesse in altro giudizio sono, in sostanza, delle realtà esterne al processo contabile, che in quanto tali devono essere introdotte al suo interno nel pieno contraddittorio tra le parti<sup>10</sup>. Sul punto si devono puntualizzare alcuni concetti: un conto è una prova formata in altro processo fra gli stessi soggetti, un altro è quella che si definisce con un'altra parte. Non si può comunque negare a questa un valore indiziario. Problemi di contraddittorio si pongono effettivamente anche con riguardo alla facoltà del pubblico ministero di archiviare l'istruttoria senza controllo del giudice, facoltà che comporta il rischio di dispersione del mezzo di prova<sup>11</sup>, mentre l'esigenza di anticipare il contraddittorio sulla prova onde evitare che situazioni, luoghi e/o stati di fatto vengano irreversibilmente modificati nelle more del processo può, essere adeguatamente salvaguardata attraverso un accorto uso dell'accertamento tecnico preventivo, che non v'è ragione di ritenere incompatibile

---

<sup>8</sup> SAITTA, *L'istruttoria nel processo contabile nello spirito del novellato art. 11 della Cost.* in Riv.C.conti 2005, 4 211

<sup>9</sup> CIRILLO, *Alcuni problemi in materia di acquisizione e utilizzazione delle prove nel processo contabile*, in Riv. C.conti 2004, n. 4, 78.

<sup>10</sup>SCIASCIA, *Manuale di diritto processuale contabile*, 2009; 299 PILATO, op. ult. cit., 333.

<sup>11</sup> SCIASCIA, *Manuale di diritto processuale contabile*, 2009, 231.

con il rito contabile. Permangono comunque notevoli problemi, che non potrebbero certo essere sbrigativamente liquidati con l'affermazione che, nel processo contabile, debbano applicarsi le norme sull'utilizzabilità della prova dettate dal codice di procedura civile, e non già quelle dettate dal codice di procedura penale.

Per il giudice della responsabilità amministrativa, taluni principi e considerazioni che si possono ancora enucleare dal processo che questi governa e dalla fase precedente sono i seguenti:

A) Il principio del libero convincimento del giudice, proprio dell'ordinario rito civile di cognizione, trova la sua massima estensione nel metodo acquisitivo volto alla ricerca della verità ma anche il suo limite invalicabile nel principio della domanda e nella conseguente configurazione dei fatti risultante dall'attività delle parti.

B) Ne risulta attenuato il principio dell'onere della prova previsto dall'art. 2697 cod. civ., che vale come regola del processo e con valore collaborativo. Si pensi del resto alla colpa grave e più ancora alla giurisprudenza formatasi in ordine alla ripartizione e alla riduzione dell'addebito che vengono applicate in presenza di elementi rimessi alla valutazione del giudice non necessariamente oggetto della richiesta attorea. Si pensi alla valutazione dei vantaggi per la collettività, cui ho innanzi accennato, che quali fattori impeditivi dovrebbero essere provati dal convenuto ma che involgono interessi pubblici diffusi diversi da quelli dedotti in giudizio. L'intervento del giudice assume valenza di aiuto alla parte più debole e ad un tempo di comparazione degli interessi in gioco.

C) Al di là della problematica delle prove precostituite quali quelle documentali,

esistono anche i verbali di audizioni dei convenuti o di terzi raccolti in fase preprocessuale dal pubblico ministero, cui non può che attribuirsi valenza indiziaria o di presunzione semplice (e forse il vero problema sarebbe quello di rivedere le norme sull'istruttoria del p.m. in chiave più garantistica); possono così ipotizzarsi interventi probatori integrativi del giudice, ad esempio per ottenere conferma di quanto addotto nelle audizioni mediante interrogatorio non formale o prova testimoniale.

D) per un principio di accelerazione del giudizio sembra si debba dar spazio all'applicazione delle preclusioni di cui agli art. 184 e 184 bis cod. proc. civ., salvo la rimessione in termini di cui alla novella 69/2009, non in contrasto con ipoteri acquisitivi del giudice e con la tensione del processo verso l'acclaramento della verità. Il ricorso alle disposizioni del codice è possibile "in quanto applicabili" e, nella fattuspecie, vetusta ed anacronistica interpretazione è quella per cui sarebbe nella lettera e nello spirito dell'art. 8 reg. proc. Il principio per cui solo i termini per la proposizione dei gravami sono perentori. Certamente vi sono norme del regolamento che hanno bisogno di correttivi, anche alla luce dei principi del giusto processo. Si pensi ad esempio alla possibilità prevista dall'art. 14 di affidare al p.m. accertamenti diretti "anche" in contraddittorio, sulla legittimità della quale è lecito dubitare. Dubbi sussistono inoltre in ordine alle deleghe alla Guardia di finanza o a funzionari della P.A. In attesa della sempre più urgente riforma del regolamento di procedura, resta la possibilità di conformare la prassi giurisprudenziale al giusto processo, al limite, ove necessario, ricorrendo alla Corte costituzionale per la valutazione della legittimità di norme certamente poste in altri contesti giuridici.

## ***2. Ultime notazioni sull'art.111 della Cost.***

“Solo nella controversia si danno giusto e ingiusto così come solo nel discorso si danno vero e falso». Così si esprime Francesco Gentile “Su linguaggio e diritto”, pubblicato in appendice al volume “Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà”. Nel contraddittorio importante indirizzo interpretativo vi vede un’indispensabile garanzia dei diritti individuali, in particolare del diritto di difesa<sup>12</sup>. Tutelando tale fondamentale diritto, il processo basato sulla formazione della prova in contraddittorio sarebbe anche in grado di assicurare una “giusta” composizione delle controversie. In questo senso, già Ascarelli poteva sostenere che «la giustizia della sentenza sta nel cammino seguito pel risultato»<sup>13</sup>.

Il processo, species del genus “procedimento”, appare contraddistinto nei confronti di quest’ultimo «dalla partecipazione degli “interessati” all’iter procedimentale, nella fase preparatoria del provvedimento, intendendosi per tali quanti siano destinati a subire l’efficacia diretta dell’atto finale; non solo, ma anche e specialmente dal modo dialettico di tale partecipazione, il contraddittorio, che è il dire e il contraddire, sul piede di simmetrica parità, in ordine a tutte le questioni, anche di rito, che il processo pone, e dei cui risultati l’autore dell’atto finale non può non tener conto<sup>14</sup>».

---

<sup>12</sup> Amodio, *Giusto processo*, cit., pp. 137 ss. Si “specifica” in tal modo, in riferimento ai commi 4 e 5 del nuovo art. 111 Cost., anche l’orientamento della dogmatica processualpenalistica che aveva cercato di ancorare il principio del contraddittorio alla garanzia apprestata dal comma 2 dell’art. 24 Cost., trovando la propria più significativa espressione in una serie di saggi, in gran parte risalenti alla prima metà degli anni ‘60 del secolo appena trascorso: G. Martinetto, *Contraddittorio (Principio del)*, in *Novissimo digesto italiano*, IV, Torino 1959, pp. 458-461, specialm. pp. 459 s.; V. Cavallari, *Contraddittorio (dir. proc. pen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano 1961, pp. 728-738, specialm. p. 730; V. Andrioli, *Appunti di procedura penale*, Napoli 1965, pp. 181 s.; G. Conso, *Considerazioni in tema di contraddittorio nel processo penale italiano*, in «*Rivista italiana di diritto e procedura penale*», 1966, pp. 405-418, alle pp. 412 s.

<sup>13</sup> Si veda, anche per il richiamo a numerosa dottrina, CECCHETTI, *Enc. Diritto, v. Giusto processo (dir cost)*, ed. elettronica.

<sup>14</sup> FAZZALARI, *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in «*Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*», 1958, pp. 861-880; *Processo (teoria generale)*, in *Novissimo digesto italiano*, XIII, Torino 1966, pp. 1067-1076;

Vi è dunque processo, quando nell'iter di formazione di un provvedimento c'è contraddittorio, cioè quando è contemplata la partecipazione non solo, ed ovviamente, del suo autore, ma anche dei destinatari dei suoi effetti, in modo che costoro abbiano le stesse opportunità di influire sulla decisione finale. Di conseguenza,<sup>15</sup> l'essenza del contraddittorio «sta nel diritto delle parti di interloquire, in condizioni di parità, sui temi oggetto della decisione e, correlativamente, nell'esigenza che questa sia emanata secondo prospettive esaminate e discusse dagli antagonisti.

Il contraddittorio è strumento di tutela dei diritti processuali delle parti ed è comprensibile che tali diritti risultino massimamente tutelati allorché il contraddittorio sia reso possibile anche nella fase di formazione delle prove. Ma il contraddittorio si rivela per ciò stesso anche strumento di attuazione della “giustizia” in quanto tale, metodo della “decisione giusta”.

La decisione finale, essendo presa in riferimento alla paritaria attività delle parti, sarà “giusta” se effettivamente rispettosa di quanto le parti avranno fatto emergere nel corso del contraddittorio, attraverso le rispettive attività processuali. La “decisione giusta” sarà appunto quella che, ulpianamente, riconoscerà a ciascuno il “suo” diritto, darà a ciascuna delle parti in causa quanto gli è dovuto, quanto gli è dovuto però in relazione alle risultanze processuali, all'esito della controversia condotta nel pieno rispetto del principio del contraddittorio.

---

Introduzione alla giurisprudenza, Padova 1984, pp. 77-78; *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIX, Milano 1986, pp. 819-836; *Valori permanenti del processo*, in «Iustitia», 1989, pp. 229-240. In quest'ultima relazione Fazzalari ricorda in particolare, quale sua fonte, i due saggi di G. Capograssi, *Intorno al processo (ricordando Giuseppe Chiovenda)*, in *Opere*, IV, Milano 1959, pp. 131-169, e *Giudizio processo scienza verità*, in *Opere*, V, Milano 1959, pp. 51-76.



La controversia è “misura dialettica” del diritto<sup>16</sup>, in quanto «oggetto della controversia è il riconoscimento del diritto sulla cosa che ciascuna delle parti rivendica come proprio e persegue dialetticamente, dimostrando che nella tesi avversaria è presente, e condizionante la stessa, qualcosa che, se radicalmente tematizzato, la fa cadere in contraddizione e la riconduce alla propria versione dell’ordine. Dialetticamente, quindi, la controversia si risolve «mediante il riconoscimento, sempre inesausto e rivedibile, ma autentico se convenientemente condotto, di ciò che è proprio delle parti in causa quel riconoscimento, appunto, che sostanzia la “decisione giusta”<sup>17</sup>. L’esito della ricerca della verità condotta in contraddittorio è il giudizio di fatto. Ed è in esso che non a caso ritroviamo l’implicazione. Il giudizio di fatto non dice necessariamente la verità, ma, in quanto costituisce l’esito conseguente del contraddittorio, esprime la rappresentazione della realtà che più probabilmente corrisponde alla verità. Nell’assertorietà del giudizio che pone fine alla controversia se ne fissa così la soluzione, il termine, un termine tanto evidentemente provvisorio quanto ineludibilmente necessario se, nella pur incompiuta ricerca della verità, si è potuto tuttavia conseguire il miglior risultato

---

<sup>15</sup> FERRUA, *Il giusto processo*, Bologna 2004

<sup>16</sup> Gentile, *Ordinamento giuridico*, cit., p. 47. Si vedano anche, per la riscoperta della natura dialettica della logica giuridica in quanto “logica giudiziaria”: P. CALAMANDREI, *La dialetticità del processo*, in Id., *Processo e democrazia*. Conferenze tenute alla Facoltà di diritto dell’Università Nazionale del Messico, Padova 1954, pp. 119-141; A. Giuliani, *La controversia*. Contributo alla logica giuridica, Pavia 1966, e Id., *Logica del diritto – Teoria dell’argomentazione*, in *Enciclopedia del diritto*, XXV, Milano 1975, pp. 13-34; F. Cavalla, *Il controllo razionale tra logica, dialettica e retorica*, in *Diritto penale, controllo di razionalità e garanzie del cittadino*, Atti del XX Congresso Nazionale della Società Italiana di Filosofia Giuridica e Politica (Verona, 3-5 ottobre 1996), a cura di M. Basciu, Padova 1998, pp. 21-53, e, da ultimo, Id., *La via retorica alla verità*, in U. Vincenti, A. Mariani Marini, F. Cavalla, *Ragionare in giudizio. Gli argomenti dell’avvocato*, Pisa 2004, pp. 113-174, dove peraltro si considera la dialettica come una parte della più complessa metodologia retorica dell’argomentazione forense.

<sup>17</sup> FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 123. Per le basi epistemologiche di tale consapevolezza si rimanda evidentemente a K. POPPER, *Logik der Forschung*, Wien 1934, trad. ingl. con nuove note e aggiunte, *The Logic of the Scientific Discovery*, London 1959, trad. it., *Logica della scoperta scientifica*, Torino 1995, pp. 21ss., 66 ss.. Il più ampio ragionamento su verità, giustizia, fatto e contraddittorio lo troviamo in RAWLS, *Teoria della giustizia*.

possibile, perlomeno rispetto alle conoscenze possedute.

### ***3. La dinamica probatoria del processo di responsabilità amministrativa***

A fronte infatti della articolazione delle fasi preparatoria (udienze di comparizione e di trattazione, almeno prima delle modifiche di cui si dirà) e istruttoria (susceptibile di svolgersi lungo tutta una serie di udienze) del processo civile, il giudizio contabile si gioca tutto sul versante del dibattimento e della successiva decisione e l'istruttoria, di fatto, si pone come fase soltanto eventuale. Non può essere infatti condivisa la posizione di chi ritiene l'attività del P. M. contabile, nella fase preprocessuale, come attività istruttoria in senso proprio, modellata con riferimento alla disciplina del processo penale anteriore al 1988 e quindi caratterizzata da una precostituzione di prove da valere nel giudizio.

In consonanza con quanto sopra detto, si può dire che, e ciò vale anche per il processo contabile, se le prove sono gli strumenti processuali per mezzo dei quali il giudice forma il suo convincimento circa la verità dei fatti affermati dalle parti, non è possibile scorporare la assunzione delle prove dalla loro valutazione, e che è necessario distinguere tra i mezzi di prova e i mezzi di ricerca della prova.

A questo riguardo, è stato posto in luce la necessità di recuperare una vera cultura dell'accertamento delle prove, attività peraltro possibile sul piano normativo, atteso che l'assoluta prevalenza data alla prova documentale non può che avere cause di

natura storica oggi completamente superate.

Ma va fatto avvertimento di una sostanziale differenza procedurale fra il regime probatorio del processo innanzi alla Corte dei conti rispetto a quello civile. Infatti, a differenza del codice civile attuale che non lo contempla più, salvo che nel caso di assunzione della prova fuori della circoscrizione del tribunale, o in procedimenti speciali, il processo contabile vede ancora l'istituto della istruttoria delegata, al quale, per converso, per le ragioni prima dette, si ispira il regolamento di procedura, ( ancorato alle prescrizioni del codice di procedura del 1865) talchè i giudici debbono applicare a tale tipo di istruttoria le norme del codice che invece si riferiscono al giudice istruttore (ora anche al giudice unico), ai fini della disciplina dei poteri del giudice istruttore delegato e dei suoi rapporti con il collegio. Con l'istituzione del giudice istruttore, le esigenze fondamentali alle quali il legislatore del 1940 voleva venire incontro, erano quelle di sempre: rapidità del giudizio attraverso un dialogo pratico e senza inutili formalismi, tra le parti e il giudice. Fu appunto con lo sguardo rivolto a queste esigenze che il Chiovenda, ispirandosi anche a taluni ordinamenti stranieri (specialmente quello austriaco) aveva tracciato le direttive della riforma nei principi dell'oralità, dell'immediatezza e della concentrazione. E poiché un tipo di processo tanto più è orale, immediato e concentrato, quanto più le funzioni preparatorie del giudizio e quelle più propriamente decisorie sono riunite in un medesimo organo dotato di ampi poteri per una rapida decisione, l'orientamento chiovendiano non poteva essere che in netta antitesi col macchinoso sistema del codice del 1865, che, anche dopo le modificazioni del 1901, era caratterizzato da un

continuo rimbalzo delle funzioni dall'organo collegiale ad un organo incaricato, di volta in volta, di attuarne le direttive, ossia il giudice delegato. L'orientamento chiovendiano fu insomma per un tipo di processo simile a quello penale, che si svolgesse interamente davanti all'organo collegiale.

Senonché apparve subito palese che l'organo collegiale, oltre all'evidente sua maggiore dispendiosità, soprattutto in termini di tempo dei magistrati, non è adatto ad un colloquio rapido ed agile con le parti e ad una rapida acquisizione degli elementi di giudizio; come del resto è confermato dalla stessa esperienza del processo penale acquisizione delle prove e delle attività propriamente decisorie, in tanto è possibile in quanto la fase dibattimentale è preceduta da un'intera fase con funzione preparatoria.

Parve allora a molti che un processo veramente orale, concentrato ed immediato avrebbe potuto svolgersi soltanto davanti ad un giudice non collegiale, ma, come si dice, unipersonale o unico o monocratico.

Sorse dunque, nel periodo che precedette il codice del 1940, un'ampia e non infeconda polemica tra i sostenitori del giudice unico e coloro che invece continuavano a sostenere il giudice collegiale, e secondo i quali, più gravi ancora degli inconvenienti propri del sistema del giudizio collegiale sarebbero gli inconvenienti propri del sistema del giudice unico: insufficiente ponderazione del giudizio e maggiore possibilità di errori, essendo cosa evidente, e confermata dalla tradizione, che il reciproco consiglio e scambio di punti di vista tra più persone offre maggior garanzia di esattezza e di imparzialità.

Poiché ciascuna di queste due soluzioni presentava, come si è visto, vantaggi ed inconvenienti, si cercò la soluzione di compromesso, ossia una soluzione intermedia che il più possibile riunisse i vantaggi delle due soluzioni estreme ed il più possibile ovviasse ai rispettivi inconvenienti. E poiché era ed è evidente che i vantaggi propri della soluzione del giudice unico si manifestano nella fase di istruzione (e gli inconvenienti in quella di decisione) e, viceversa, i vantaggi propri della soluzione del giudice collegiale si manifestano nella fase di decisione (e gli inconvenienti in quella di istruzione), la soluzione di compromesso non poteva essere che quella di affidare l'istruzione ad un organo giudiziario unipersonale e la decisione ad un organo giudiziario collegiale.

Senonché, una siffatta ripartizione di funzioni per se stessa non solo non viene incontro ai postulati dell'oralità, della concentrazione e dell'immediatezza, ma è anzi in contrasto con essi, non diversamente da quanto lo era il sistema previgente al codice del 1940. Anche quel sistema infatti già presentava una simile ripartizione di funzioni tra il collegio ed il giudice delegato, il quale aveva il compito di provvedere ai singoli atti di istruzione per delega del collegio. La realtà è che il vero problema della concentrazione e dell'immediatezza (o quanto meno il suo aspetto più delicato) sta nel fatto che l'istruzione e la decisione sono attività talmente coordinate l'una all'altra, e talmente interdipendenti, che non è possibile concepire un processo veramente e modernamente concentrato ed immediato nel quale codeste attività non siano svolte dal medesimo organo; mentre viceversa l'attribuzione di tali attività a due organi totalmente distinti non soltanto rallenta il processo e gli attribuisce la

pesantezza che fatalmente consegue alla trasposizione sulla carta delle esperienze dell'istruzione, ma compromette la stessa bontà intrinseca del giudizio. E' chiaro infatti che non si può giudicare in maniera veramente aderente alla realtà senza aver vissuto direttamente l'esperienza dell'istruzione (soprattutto il colloquio diretto con le parti e l'audizione dei testimoni) con la conseguente acquisizione di una quantità di impressioni e di sensazioni che non si prestano ad essere fermate sulla carta (e tanto meno ad essere trasferite con essa) e che pure costituiscono un sottofondo psicologico importantissimo, se non proprio essenziale, per un buon giudizio.

Orbene: l'originalità e la validità della soluzione offerta dal legislatore del 1940 stava precisamente nell'essersi sforzato di attuare un'intima coordinazione, o addirittura compenetrazione, tra giudice istruttore e collegio, configurandoli come due organi che, nettamente distinti nelle prime due fasi del processo, si fondono tra loro nella fase di decisione. Ciò che, tecnicamente, avviene in quanto, al termine dell'istruzione, il giudice istruttore, lungi dallo spogliarsi delle sue occasionali funzioni, come accadeva col giudice delegato del sistema previgente, entra a comporre il collegio, come uno dei suoi tre membri, con la specifica funzione di relatore (art. 275, 1° comma [nel testo previgente; 4° comma nel testo attuale] c.p.c.) così travasando nel collegio stesso il risultato dell'esperienza diretta acquisita nel corso dell'istruzione, specialmente a seguito dei suoi contatti con le parti e con i testimoni. In tal modo, il giudice istruttore diviene una specie di *trait-d'union* tra l'istruzione (che effettua direttamente) e la decisione (alla quale partecipa come uno dei membri del collegio). Nella fase di istruzione, egli guida e dirige il processo, come un giudice unico ed ha i

poteri per far sì che il processo si svolga secondo i canoni dell'oralità e dell'immediatezza; nella fase di decisione, egli porta nel collegio la sua esperienza acquisita come giudice unico, senza, d'altra parte, pregiudicare la ponderatezza propria del giudizio collegiale.

Certamente, anche questa soluzione presenta taluni inconvenienti, com'è inevitabile in tutte le soluzioni di compromesso. Fra i più evidenti, quello della disparità nella posizione e nell'attitudine al giudizio tra i membri del collegio, dei quali l'uno - il giudice istruttore-relatore - finisce con l'assumere il ruolo di un giudice unico del fatto, mentre gli altri due possono, in pratica, partecipare attivamente soltanto al giudizio di diritto, sicché il loro apporto alla decisione non può non peccare di astrattezza<sup>18</sup>.

Diversa è la soluzione procedurale per il giudizio di responsabilità innanzi alla Corte dei conti. Indubbiamente, per una diversa opzione ermeneutica, dato che per l'art. 26 del Regolamento di Procedura per i giudizi innanzi la Corte dei conti, approvato con R.D.13.8.1933 n.1038, l'applicabilità nel giudizio contabile delle norme di rito civile è subordinata ad una valutazione di compatibilità, le norme sull'istruttoria del processo civile potrebbero ritenersi non compatibili nell'ordinamento processuale contabile. Inoltre ad una siffatta conclusione sembrerebbe ostare anche la lettera dell'art. 15 del Regolamento secondo il quale la Corte può disporre l'assunzione di testimoni e ammettere gli altri mezzi istruttori, che crederà del caso stabilendo i

---

<sup>18</sup> Per quanto detto v. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile* 2009, 46

modi in cui debbono seguire ed applicando per quanto possibile, le leggi di procedura civile. L'art. 15, II comma, del Regolamento di Procedura dispone che la Corte, nell'ammettere i mezzi istruttori, (applicando, per quanto possibile, le leggi di procedura civile, v. comma I), fissa il termine entro il quale essi debbono essere espletati e delega, per la loro esecuzione, uno dei componenti del collegio giudicante.

Il successivo art. 16 prevede che, eseguita l'istruttoria o decorso inutilmente il termine prefisso per la medesima, ad istanza della parte più diligente, viene dal presidente fissata la nuova udienza per la discussione della causa.

Il codice di procedura civile disciplina due tipi di istruttoria. Una eventuale, dopo la rimessione della causa al collegio (artt. 279 comma 1 e comma 2, n.4, 280). Una ordinaria con inizio dopo l'udienza di prima comparizione all'istruttore (artt. 175,176 e 81 att., 180,202).

Poiché l'istruttoria deve essere espletata applicando, per quanto possibile, le norme del codice di procedura civile, si tratta di vedere se i due ordini di norme (quelle del Regolamento di Procedura e quelle del codice) siano suscettibili di una applicazione congiunta, in tutto o in parte, ai fini della compiuta disciplina della fase procedurale di che trattasi. Tale possibilità va verificata su di un triplice versante.

Quello della attività del collegio delegante;

Quello dell'attività del magistrato delegato;

Quello dell'identificazione delle conseguenze dell'eventuale superamento, nel corso dell'istruttoria, del termine fissato dal collegio.



Com'è noto, il procedimento per l'assunzione della prova si articola nelle tre fasi della istanza, della ammissione e della assunzione.

Orbene, va rilevato che nel giudizio civile, sia i provvedimenti sulla ammissione, sia la direzione del procedimento di assunzione sono demandati al giudice istruttore.(nella maggior parte dei casi ora (v.artt. 50bis e 50 ter del c.p.c. aggiunti dall'art. 56 del D.lvo.19.2.1998, n.51) al giudice unico.

Questa regola non sembra tuttavia seguita dal Regolamento di Procedura, posto che questo si ispira al sistema della istruttoria delegata, propria del codice del 1865. Infatti, il secondo comma dell'art. 15 prevede che la Corte, nell'ammettere i mezzi istruttori di cui sopra, in sintesi, fissa il termine e delega.

Apparirebbe pertanto chiaro che l'ammissione della prova si dovrebbe risolvere in un'attività riservata alla potestà esclusiva del collegio delegante. Non risulta possibile affidare il giudizio sull'opportunità della prova all'istruttore delegato, posto che la valutazione di ammissibilità o comunque di opportunità di assunzione d'ufficio, da parte del collegio delegante, sembrerebbe dover assorbire ogni altra valutazione in ordine all'esperimento della prova stessa.

Però, a contemperamento della problematica esposta, sembra plausibile un'interpretazione della norma secondo la quale, la delega del Collegio può risultare assai ampia, con notevoli margini di elasticità. Al termine dell'istruttoria il delegato riferirà al Collegio. Tutto questo non si può attuare con celerità senza rispettare decadenze e preclusioni. Quelle previste dalla L. 69 /2009 e dalla normativa che ha

preceduto la stessa nell'ultimo decennio permette al Collegio, invece di dilungare l'udienza in lunghe prolusioni dei patroni ( che parafrasano la comparsa conclusionale orale,quando molto spesso quanto detto è già negli scritti,mentre vi è necessità di istruttoria e non di disquisizioni su di un quadro conoscitivo incompleto) di disporre indicazioni istruttorie, al Giudice delegato di procedere speditamente. Ed il principio del giusto processo, con i suoi correlati, su cui ci si è a lungo soffermati, consente di reperire tutti gli strumenti del codice di procedura civile che rendono il processo tendente all'esaustività e completezza.In altri termini,l'art.26 RD 1038 del 1933 non è sussidiario ma di completamento ed ampliamento delle potenzialità del processo di responsabilità amministrativa.

E' per tale ragione che si possono analizzare le recenti innovazioni legislative che, emarginate le critiche circa la loro validità,sono ,nell'intenzione del Legislatore – aspetto che più conta per l'interprete – ispirate ad un criterio di speditezza e quindi, correlatamente, di giustizia. Non possibile, infatti, con riferimento, ad esempio, a preclusioni e decadenze, non ammetterle per il processo contabile dovendosi poi, per il principio del contraddittorio concedere sempre i cd. “ termini a difesa”.

Detto questo, si può passare ad analizzare taluni nuovi o modificati istituti processual-civilistici così come calati nel giudizio innanzi alla Corte dei conti.

#### ***4) La testimonianza scritta: premesse***

Altra novità della riforma è l'istituto della "testimonianza scritta", introdotto dall'art. 257-bis c.p.c., che prevede la facoltà per il giudice di assumere - sussistendo

determinati presupposti e in considerazione della natura della causa e di ogni altra circostanza - per iscritto la prova testimoniale, con l'obiettivo di perseguire finalità di semplificazione e di economia processuale<sup>19</sup>. Finora nell'ordinamento giuridico italiano la legge ha sempre stabilito che la scienza del terzo può essere acquisita esclusivamente mediante dichiarazione orale resa dal soggetto estraneo alla controversia nel contraddittorio delle parti e, pertanto, all'interno del processo. Ne segue che, a differenza di altri ordinamenti giuridici europei – si pensi a les attestations (artt. 200-203 Nouveau code de procedure civile), all'affidavit evidence (art. 32 Civil Procedure Rules;<sup>20</sup>) - nel processo civile italiano non è mai stato

---

<sup>19</sup> V. RISOLI, *La testimonianza scritta*, in [www.ildocumentogiuridico.it](http://www.ildocumentogiuridico.it)

<sup>20</sup> per un confronto della testimonianza scritta con l'affidavit, v. ASPRELLA, *Testimonianza scritta e il tramonto dell'oralità*, *Il giusto processo civile*, 2009, II, p. 1 ss. In Francia la testimonianza scritta è stata introdotta nel 1973, mentre in Germania, pur essendo disciplinata da lunga data, è stata estesa e generalizzata nel 1990 (11 Sul punto, si vedano MURRAY - STURNER, *German civil iustice*, cit., 273, nota 106). In Spagna vi è un forma di accostabile all'istituto di cui si discute solo per certi profili, la *Ley de Enjuiciamiento Civil*. Situazione del tutto particolare, poi, si ha negli ordinamenti di common law, in cui la testimonianza scritta è sì largamente utilizzata (soprattutto in Inghilterra), ma anche in contesti e con funzioni spesso radicalmente differenti rispetto ai sistemi di civil law. In tali ordinamenti, infatti, la testimonianza scritta è ammessa in primo luogo nella fase di pre-trial, essendo invece esclusa dal vero e proprio giudizio (è il trial), per tradizione ortemente improntato all'oralità. In proposito, è emblematico l'ordinamento inglese, oggetto di recente radicale riforma, con l'introduzione, nel 1999, delle Civil Procedure Rules (d'ora in avanti, per brevità, indicate come CPR), in cui la Part 32 ha espressamente stabilito che "*The general rule is that any fact which needs to be proved by the evidence of witness is to be proved - (a) at trial, by their oral evidence given in public; and (b) at any other hearing, by their evidence in writing*". Lo stesso deve dirsi per le Federal Rules of Civil Procedure statunitensi (in seguito, più semplicemente indicate come FRCP), le quali (e, in particolare, la Rule 31) ammettono la testimonianza scritta (TEPLY-WHITTEN, *civil procedure*, New York, 2004, 820) unicamente nella fase di discovery, prevedendo, accanto alla deposition resa in forma orale, *la deposition under written questions, resa appunto in forma scritta*. Anche negli Stati Uniti, pur svolgendo una funzione radicalmente diversa rispetto alla testimonianza in senso proprio nell'ambito della fase di discovery, *la deposition under written questions non è un autonomo mezzo di prova, ma rappresenta una modalità alternativa di assunzione della più generale deposition*.

Proprio in tale ottica si spiegano la funzione e l'efficacia probatoria che la testimonianza scritta assume all'interno del processo. In tutti gli ordinamenti, infatti, essa viene configurata come alternativa o, meglio, come sostitutiva (almeno potenzialmente) della testimonianza orale. Ciò vale per *l'attestation*, con riferimento alla testimonianza *par enquête*, per la testimonianza scritta nei confronti della testimonianza orale in Inghilterra e, negli Stati Uniti, anche per la *deposition under written questions*, sostitutiva della *deposition* orale.

Ovviamente, proprio tale carattere sostitutivo implica che la testimonianza scritta abbia pure gli stessi limiti della testimonianza orale. Ciò vale, principalmente, per gli ordinamenti di common law e, in particolare, per l'ordinamento statunitense. Come si è già accennato, infatti, in tali ordinamenti la testimonianza scritta può essere assunta anche nella fase di pre-trial e, conseguentemente, assume l'efficacia tipica dei mezzi di prova assunti in tale fase (rappresentando, quindi, non tanto un elemento di prova, quanto piuttosto un elemento propedeutico alle contestazioni in sede di *cross-examination* della testimonianza, assunta oralmente nel vero e proprio *trial*).

Qualche dubbio, in realtà, potrebbe sorgere proprio in relazione all'attestation francese. Per quanto riguarda il Regno Unito e gli Stati Uniti, infatti, la testimonianza scritta viene assunta (appunto per iscritto) sempre e comunque all'interno del processo (anche se spesso nella fase di pre-trial) e, conseguentemente, ben può definirsi (volendo

riconosciuto alcun pieno valore probatorio alla dichiarazione scritta resa dal terzo; solo nell'arbitrato era prevista la facoltà - all'art. 816-ter c.p.c., a seguito dell'entrata in vigore del d. lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 (prima ancora all'art. 819-ter introdotto con la legge n. 25 del 1994) - per gli arbitri di deliberare l'assunzione della deposizione richiedendo al testimone di fornire per iscritto risposte a determinati quesiti nel termine che essi stessi stabiliscono. All'indomani dell'introduzione di tale norma, la dottrina era divisa su due fronti: una parte ritenne tale norma in contrasto con l'art. 24, secondo comma, della Costituzione, proprio perché l'assunzione della prova in siffatte modalità - oltre a violare i principi dell'immediatezza e dell'oralità - viene così sottratta al contraddittorio. Altri, invece, sostennero che la disposizione arbitrale non configgeva con i principi costituzionali, dal momento che alla testimonianza scritta doveva necessariamente riconoscersi un valore di prova atipica o di argomento di prova<sup>21</sup> Con riferimento al processo civile, invece, ci si è posti

---

utilizzare una terminologia processuale italiana che, comunque, ben rende l'idea) come "costituenda". In Francia, invece, al pari di quanto avviene in Italia per la confessione, la testimonianza scritta può essere anche, per usare pure questa volta (sempre a fini meramente descrittivi) la terminologia italiana, "stragiudiziale", nel senso che viene considerata prova testimoniale scritta anche la dichiarazione resa dal terzo "spontaneamente", "fuori dal" o addirittura "prima del" processo . Oltre tutto, la dichiarazione del terzo (anche quella giudiziale) non è vincolata a quesiti o domande precostituite, ma è, per così dire, libera, lasciata alla discrezionalità del testimone stesso. Non sarebbe del tutto errato, quindi, parlare in tal caso di un vero e proprio mezzo di prova, alternativo (quantomeno in parte) alla testimonianza orale vera e propria.

Analoga situazione si ha anche con riferimento agli ordinamenti di common law, i quali conoscono una sorta di testimonianza stragiudiziale, cioè il cd. *affidavit*. Si tratta, tuttavia, di un istituto sui generis, tipico di tali sistemi, comunque ben distinto dalla testimonianza scritta assunta all'interno del giudizio . L'*affidavit*, in buona sostanza, è una dichiarazione scritta, volontaria e spontanea, resa sotto giuramento e sottoscritta personalmente avanti ad un pubblico ufficiale, circa la verità di determinati fatti<sup>1</sup>.

L'ordinamento inglese e quello statunitense, tuttavia, divergono per quanto riguarda l'efficacia di tale prova.

Negli Stati Uniti, analogamente alla testimonianza scritta in sede di discovery, anche l'*affidavit* nasce principalmente come strumento per screditare il testimone in sede di trial, pur se progressivamente, a fronte della sempre maggiore diffusione, esso tenda ad acquisire l'efficacia di una vera e propria prova (seppure limitata a particolari e specifici procedimenti ). Nell'ordinamento inglese, invece, esso assume da subito la funzione di una vera e propria prova . Non è un caso, del resto, che le recenti CPR inglesi e, in particolare, la Part 32 e la PD 32 prevedano una specifica e dettagliata disciplina dell'*affidavit*.

Conseguentemente, se, per quanto riguarda l'ordinamento statunitense, non pare corretto qualificare l'*affidavit* come vera e propria modalità di assunzione stragiudiziale della prova testimoniale ,

<sup>21</sup>V. CARPI, *Il procedimento dell'arbitrato riformato*, Riv. Arb., 1994, p. 659; CECHELLA, *Disciplina del processo dell'arbitrato*, Riv. Arb., 1995, p. 213.

l'interrogativo se alla dichiarazione scritta del terzo possa essere riconosciuto un qualche valore probatorio, seppur non valenza di prova piena perché la legge non lo consente. Al riguardo si è sostenuto<sup>22</sup> che la dichiarazione scritta deve essere presa in considerazione solo nelle ipotesi estreme in cui non è possibile sentire personalmente il testimone secondo le modalità tipiche; in questo caso, però, la valutazione di attendibilità da parte del giudice dovrebbe essere più rigorosa e, in ogni caso, la dichiarazione scritta del terzo non può essere valutata al di là di prova atipica; per quanto riguarda il valore probatorio riconosciuto alle prove atipiche, oltre ai due orientamenti opposti circa l'ammissibilità o meno delle stesse<sup>23</sup> vi è una terza opinione intermedia che riconosce alle prove atipicamente assunte valore di indizio, cioè della prova presuntiva<sup>24</sup>. All'interno di questo dibattito si è distinto un movimento che ha anche auspicato l'introduzione delle testimonianze scritte nel nostro ordinamento, sulla base dell'assunto che la regola del contraddittorio nella formazione della prova, se espressamente pronunciata per il processo penale, non è necessariamente estensibile nel processo civile in ragione dell'art. 24 Cost. e, soprattutto, nella convinzione di garantire l'uguaglianza di trattamento dei cittadini nei due processi<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup> LUISSO, *Diritto processuale civile*, Milano, 2007, II, p. 126)

<sup>23</sup> Per essi si rimanda a Lombardo, *Profili delle prove civili atipiche*, [www.judicium.it](http://www.judicium.it); v. anche RICCI G.F., *Le prove atipiche*, Milano, 1999),

<sup>24</sup> PICARDI, *Manuale del processo civile*, Milano, 2006, p. 284 ss)

<sup>25</sup> v. CHIARLONI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile*, *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 1033; per l'introduzione, invece, di testimonianze assunte dai difensori in contraddittorio e al di fuori della presenza del giudice, v. LAZZARO, *La ragionevole durata del processo civile e la terzietà del giudice nella riforma dell'art. 111 della Costituzione*, *Giust. Civ.*, 2000, p. 299.

Quanto alla giurisprudenza, si annovera una interessante sentenza della Cassazione<sup>26</sup> ( in cui i giudici di legittimità asseriscono che gli scritti provenienti dai terzi, pur non avendo efficacia di prova testimoniale, sono rimessi alla libera valutazione del giudice del merito e possono, in concomitanza con altre circostanze desumibili dalla stessa natura della controversia, fornire utili elementi di convincimento, specie ove di esse sia stata provata la veridicità formale (nel caso di specie, ciò era avvenuto mediante l'autentica della sottoscrizione apposta alle dichiarazioni in atti). La Cassazione, pertanto, ha accordato, a determinate condizioni, un valore almeno indiziario delle dichiarazioni scritte dei terzi, assimilandole alle prove atipiche, che per pacifica convinzione della giurisprudenza (Cass. 28 luglio 1997, n. 7019), possono essere utilizzate dal giudice per formare il proprio convincimento, perché manca nel nostro ordinamento una espressa orma di chiusura sulla tassatività tipologica dei mezzi di prova. I limiti che la Cassazione poneva erano almeno due: la natura della controversia (richiamato, tra l'altro, anche oggi nell'istituto della testimonianza scritta) e le garanzie circa l'attendibilità della provenienza dello scritto (elemento anch'esso presente in un certo senso nel neonato istituto dove si prevede l'autenticazione – non già che la dichiarazione sia raccolta – da parte di un pubblico ufficiale).

Successivamente, nel prosieguo dei lavori di ristrutturazione della giustizia civile, anche la (lontana) bozza Vaccarella in materia di riforme del processo prevedeva (v. l'art. 22 della relazione conclusiva della commissione Vaccarella per la riforma del

---

<sup>26</sup> 26 settembre 2000, n. 12763, in *Giurispr. It.*, 2001, VII, p. 1378 con nota di Besso.

processo civile) la possibilità che i difensori delle parti potessero assumere, anche prima dell'inizio del giudizio, dichiarazioni testimoniali scritte ed eventualmente autenticarle o farle autenticare da soggetti muniti da poteri di certificazione; per tali documenti si prevedeva l'utilizzabilità nel processo con potere del giudice di disporre discrezionalmente gli accertamenti ritenuti opportuni. L'istituto è stato poi riproposto in un altro progetto di riforma naufragato: quello cd. Mastella, in cui si prevedeva che il giudice, in caso di diritti disponibili e di istanza congiunta delle parti, potesse assumere la deposizione richiedendo al testimone di fornire, per iscritto e in un termine stabilito, le risposte agli articoli sui quali deve essere interrogato.

Con l'attuale riforma licenziata dal parlamento nel maggio 2009, l'istituto è approdato nel nostro processo civile non senza aspre critiche ed opinioni controverse, tra cui l'obiezione circa l'incostituzionalità dell'assunzione della testimonianza nella forma scritta (come fu già rilevato contestualmente alla scrittura del vecchio articolo 819-ter c.p.c.) per violazione del principio del contraddittorio sancito dall'art. 111 Cost. nonché i legittimi dubbi di attendibilità di una deposizione così resa.

Tracciando alcune linee descrittive prima di illustrare la disciplina, è il caso di precisare che la dichiarazione resa per iscritto dal testimone riguarda solamente la fase dell'assunzione del mezzo di prova della testimonianza, nulla essendo cambiato in materia di deduzione e ammissione della prova costituenda. Pertanto non è stato introdotto un nuovo mezzo di prova, bensì un modo ulteriore per assumere il mezzo di prova testimonianza, nell'espresso intento del legislatore di perseguire finalità di semplificazione e di economia processuale. In proposito, non si deve cadere nella

facile tentazione di considerare la testimonianza scritta come "opposta" o, meglio, "contrapposta" alla testimonianza tradizionale. In particolare, non si deve ritenere che, proprio alla luce dell'introduzione della testimonianza scritta, la testimonianza "tradizionale" possa (anzi, debba) essere qualificata, simmetricamente, come testimonianza "orale". Ancora più azzardato, poi, sarebbe estremizzare la dicotomia fra testimonianza scritta e testimonianza orale, in una sorta di applicazione del principio del "terzo escluso", come se la testimonianza non possa che essere o orale o scritta.

Ciò sarebbe errato per diverse ragioni. In primo luogo, è improprio parlare della testimonianza tradizionale come di una testimonianza (esclusivamente) orale. Si ricordi solo, a titolo esemplificativo, che i testimoni sono interrogati sui (e solo sui) capitoli formulati, preventivamente e per iscritto, dalle parti (per quanto ammessi dal giudice) e che le risposte dei medesimi testimoni vengono verbalizzate per iscritto sotto la direzione del giudice (cfr. art. 207 c.p.c), il cui ruolo, evidentemente, non è limitato a quello di mero trascrittore delle risposte rese davanti a lui. Infine (anche se in questo caso si tratta, piuttosto, di una patologia della testimonianza) va ricordato come, non di rado, il giudice che decide la causa non sia mai quello che ha assistito personalmente all'assunzione della prova testimoniale e come, conseguentemente, chi è poi chiamato a decidere basi la decisione esclusivamente sui verbali delle deposizioni testimoniali a suo tempo assunte da altri.

In secondo luogo, la dicotomia fra testimonianza scritta e testimonianza orale è estremamente riduttiva e inidonea a ricomprendere tutte le possibili forme di



testimonianza. In effetti, l'errore sta proprio nel parlare di testimonianza "scritta". Anche tralasciando l'eccessiva sinteticità di tale espressione (sarebbe più appropriato, infatti, parlare di testimonianza "assunta per iscritto"), non è questa la caratteristica realmente distintiva della testimonianza introdotta dal legislatore del 2009. Parlare di testimonianza scritta sposta inevitabilmente l'attenzione sulla forma della dichiarazione (la forma scritta), quando, in realtà, la caratteristica saliente è rappresentata dalla mancanza del contraddittorio (o, meglio, dalla mancanza di qualsiasi forma di contraddittorio) nel momento di formazione della prova medesima.

E proprio in relazione alle modalità (e non alla forma) di assunzione della testimonianza, infatti, che appare corretto, come già si è detto a suo luogo, distinguere, in particolare:

i) la dichiarazione resa oralmente davanti a (e in contraddittorio

con) giudice e parti;

ii) la dichiarazione resa oralmente esclusivamente davanti al giudice in assenza delle parti;

iii) la dichiarazione resa oralmente davanti a (e in contraddittorio con) un soggetto diverso dal giudice e dalle parti;

iv) la dichiarazione resa oralmente davanti alle parti e ad un soggetto terzo mero verbalizzante

v) la dichiarazione resa oralmente davanti ad un soggetto terzo in assenza del giudice e delle parti;

vi) la dichiarazione resa oralmente davanti ad un soggetto terzo mero verbalizzante in assenza delle parti;

vii) la dichiarazione resa per iscritto in assenza del giudice e delle parti.

Come si vede, non vi è né vi può essere una rigida dicotomia tra testimonianza scritta e testimonianza orale. Sono molte e variegate le modalità di assunzione della testimonianza, modalità che, in passato o in altri ordinamenti, hanno trovato e trovano tuttora applicazione .

Ebbene, appare certamente catalogabile come testimonianza scritta l'ipotesi precedentemente individuata sub vii), vale a dire la dichiarazione resa per iscritto in assenza del giudice e delle parti, indipendentemente dal fatto che essa sia resa prima o dopo il processo e che sia strutturata in forma libera oppure come risposta a quesiti predeterminati.

Tuttavia, se, come si è detto, la caratteristica essenziale è non tanto la forma con cui viene resa la dichiarazione, quanto, piuttosto, l'assenza di contraddittorio nel momento di formazione della dichiarazione, allora caso sub vi), in cui, evidentemente, l'intervento del soggetto terzo, qual mero verbalizzante, non è in grado di incidere sulla dichiarazione. medesima, è chiaramente equiparabile alla testimonianza scritta .

In sede processuale, pertanto, non vi è sostanziale differenza tra i casi sub vi) e vii), visto che in entrambi verrà acquisito al processo unicamente il verbale riportante la

dichiarazione.

Può discutersi, invece, per il caso sub v); da un lato, infatti, l'assenza del giudice e delle parti porterebbe a ritenere assente il contraddittorio; dall'altro, tuttavia, il soggetto terzo (incaricato dell'esame del testimone) non è un mero soggetto passivo (incaricato della mera verbalizzazione), ma ha il compito di dirigere e guidare l'esame (incidendo, conseguentemente, sul momento di formazione della testimonianza)<sup>27</sup>.

Pur con le dovute distinzioni, la differenza di funzioni del terzo tra i casi sub v) e sub vi) è assimilabile a quella sussistente, nel caso notarile, tra atto pubblico e scrittura privata autenticata. Del resto, i dubbi maggiori, connessi alla testimonianza scritta, sono sempre stati collegati ai rischi di minore genuinità di una dichiarazione resa in assenza di contraddittorio o, comunque, in assenza di garanzie sufficienti ad impedire eventuali "suggerimenti" (e, quindi, carenze di genuinità). È evidente come, nel caso sub iv), analogamente a quanto (in parte) avviene per l'atto pubblico, il terzo soggetto, incaricato della conduzione dell'esame testimoniale, non solo debba formulare le domande o al più, ricevere la dichiarazione del testimone, ma debba anche sincerarsi dell'attendibilità della dichiarazione (formulando tutte le domande accessorie a tal fine, come, ad esempio, la classica domanda relativa alla modalità con cui il testimone sia venuto a conoscenza della testimonianza). In ogni caso, si tratta di figure che differiscono tra loro spesso per mere sfumature. Ciò conferma,

---

<sup>27</sup> Osservazioni tratte da COMOGLIO, DELLA VEDOVA, LOMBARDI, MOSCATELLI, *La Nuova prova testimoniale* Bari, 2009, pp. 75 ss.

una volta di più, l'improprietà di una contrapposizione netta tra testimonianza scritta e testimonianza orale. Semmai può distinguersi tra testimonianza che si forma nel contraddittorio delle parti e testimonianza che si forma in assenza di tale contraddittorio, anche se, come si avrà modo di sottolineare in seguito, pure tale contrapposizione non va estremizzata e non è del tutto conforme con il dato normativo .

Ciò chiarito, occorre ora cercare di capire quale sia la funzione che il legislatore attribuisce alla testimonianza scritta. Si è detto dell'improprietà dell'espressione "testimonianza scritta". Meglio sarebbe stato, infatti, parlare di testimonianza assunta per iscritto in assenza di contraddittorio. Si è anche sottolineato come sia proprio quest'ultimo il tratto distintivo della testimonianza scritta delineata dal legislatore del 2009, non è del tutto "libera", ma è vincolata (in una sorta di contraddittorio preventivo) ai (e solo ai) quesiti posti dalle parti e ammessi dal giudice (per un'analisi specifica delle modalità di deduzione e assunzione si rimanda ai prossimi capitoli del presente volume).

Ciò detto, si pone un problema di ordine definitorio e sistematico. Ci si deve chiedere, infatti, se la testimonianza scritta rappresenti un nuovo ed autonomo mezzo di prova (analogo, ma distinto, rispetto alla testimonianza orale), oppure se essa costituisca una semplice modalità di assunzione della testimonianza (alternativa a quella orale).

Fermo restando il pregiudiziale dubbio di effettiva utilità di una norma soggetta

all'accordo unanime delle parti (che, in concreto, come è facilmente presumibile, sarà di assai difficile verificaione), tale questione ha significative ripercussioni anche sotto l'aspetto pratico. Se qualificata come vero e proprio mezzo di prova, infatti, la testimonianza scritta dovrebbe soggiacere alle preclusioni previste dall'art. 183, sesto comma, n. 2, c.p.c. Viceversa, se qualificata come mera modalità alternativa di assunzione, essa potrebbe essere richiesta anche successivamente al maturarsi delle preclusioni istruttorie purché, naturalmente, sia stata tempestivamente dedotta l'ordinaria prova testimoniale, e, ovviamente, in alternativa a quella da assumersi oralmente. Quest'ultima è certamente la soluzione preferibile. In tal senso era orientata la ed. bozza Mastella, in cui, non a caso, la testimonianza scritta veniva vista come mera alternativa alla ed. prova delegata.

Tale soluzione, tuttavia, vale anche per il testo finale dell'art. 257-bis il quale, appunto, segue l'art. 257, dedicato alla modalità di assunzione della prova testimoniale. Nel medesimo senso spinge anche l'analisi comparatistica: come si è detto nel secondo capitolo (cui si rimanda per maggiori approfondimenti), la testimonianza scritta, pur con molte differenze, è generalmente concepita come modalità di assunzione della testimonianza alternativa alla forma orale tradizionale. Ciò chiarito, rimane da comprendere quale sia la funzione della testimonianza scritta, soprattutto alla luce del nuovo art. 251-bis c.p.c. Analogamente a quanto avviene in altri ordinamenti (sul punto si rimanda sempre al secondo capitolo), anche in Italia la testimonianza scritta viene configurata come "alternativa" e, quindi, come potenzialmente "sostitutiva" della testimonianza orale o, più correttamente (come si è

detto nel primo paragrafo), tradizionale. E indubbio, infatti, come le dichiarazioni rese per iscritto dal testimone siano destinate ad avere la stessa efficacia probatoria di dichiarazioni rese oralmente avanti al giudice. Si tratta, quindi, di una vera e propria prova, lasciata al libero apprezzamento del giudice, analogamente a quanto avviene per la testimonianza orale.

Il carattere sostitutivo della testimonianza scritta lascia chiaramente intendere come l'intento del legislatore, nel disciplinare tale nuova forma di assunzione, fosse indubbiamente quello di abbreviare i tempi processuali attraverso una riduzione del carico di lavoro incombente sui giudici (non più incaricati, in tali ipotesi, dell'assunzione diretta dei testimoni). **Vale allora soffermarsi sull'importanza di questo rimedio acceleratorio nell'ambito dei giudizi innanzi alla Corte dei conti, ove può assumere una rilevanza notevolissima nella ricerca della verità, nel soddisfare le esigenze del contraddittorio, e dove i rischi dello strumento processuale di cui si tratta possono essere meno elevati che altrove. Di fronte alla discovery dibattimentale, la parte convenuta si trova di fronte ad atti di varia valenza e tipologia: atti aventi valore di atto pubblico (ispezioni, processi verbali redatti da pubblici ufficiali, documenti aventi forza privilegiata), atti aventi valore indiziario (audizioni, dichiarazioni rese da terzi). Ad essi tenta di controbattere, ove non si voglia accedere alla tesi del contraddittorio contestuale, e quindi alla doverosità di produrre, tranne quelle costituite, tutte le fonti di prova allegate dal Procuratore (oppure richiedere un'indagine preprocessuale in larga parte in contraddittorio), nell'ambito del contraddittorio**

differito, con documenti, invocazione del potere sindacatorio, richiesta formulata al Giudice di acquisire documentazione presso le PPAA, ma soprattutto indicando fonti testimoniali. Nella prassi tale richiesta viene, di solito irregolarmente ed immotivatamente disattesa. La testimonianza scritta è l'occasione per, in una prospettiva di economia processuale, acquisire, con puntuali quesiti, numerosissimi elementi valutativi, provenienti da numerosi soggetti. Ciò ha particolare valore in un processo che accerta fatti che si svolgono nell'ambito di organizzazioni più o meno ampie; in questo caso, la molteplicità degli atti che possono pervenire, rende il dibattito più serrato ed ad ampio raggio, sempre al servizio delle finalità di appuramento della verità del processo: inoltre, l'articolato riscontro vanifica la possibilità di deposizioni concordate – è molto probabile la possibilità di rilevazione di aporie negli “incroci di testimonianze”, aprendo la strada all'intervento correttivo del giudice, che avrà modo di integrare oralmente, innanzi a sé, la testimonianza. Non va poi obliterata l'importanza del potere sindacatorio, che offre al Giudicante la possibilità di formulare autonomamente e di propria iniziativa i quesiti.

## *2. La disciplina*

Perché l'assunzione sia disposta nelle forme scritte, la novella prevede la sussistenza di determinate condizioni: in primo luogo l'accordo delle parti; in dottrina sono già

state espresse posizioni su tale previsione <sup>28</sup> posizioni alquanto dubbiose circa la convenienza di tale presupposto, perché non è verosimile che converga l'accordo delle parti sull'assunzione scritta della testimonianza, a meno che i fatti non siano pacifici, venendo però, a questo punto, meno l'utilità dell'istituto. Non pare di doversi convenire con questa opinione. Pur ritenendo non possibile un accordo di sinallagmaticità nel concedersi l'assenso reciprocamente per più richieste, detto rischio può valere ove una parte agisca o resista in mala fede, ed abbia intenzioni ostruzionistiche, non ove ognuna abbia la convinzione della bontà della propria pretesa, ed accetti un leale scambio di testimonianze. Senza considerare che un rifiuto di consenso deve essere congruamente motivato ( ad esempio adducendo l'anomalia del contesto in cui si svolgerebbe o il grado di cultura del deponente), ma mai essere arbitrario, pena l'illecita lesione del dovere di lealtà fra le parti ( art. 88 c.p.c.) i diritti garantiti dall'art. 24 e 11 della Costituzione. La carenza di idonea motivazione od il comportamento illecito ( diniego nullo) possono dar spazio ugualmente alla testimonianza scritta, in base a principio per cui, in sostanza, il non ricorrere correttamente ad una facoltà accordata dall'ordinamento, equivale a rinunciarvi ( facoltà costituita dal concedere assenso tramite accordo a richiesta di una parte), lasciando spazio, in un'interpretazione " secundum constitutionem", per cui non può essere arbitrariamente frustrato uno strumento processuale atto all'accertamento della verità) al dialogo fra la parte richiedente ed il Giudice. Con riferimento all'accordo delle parti non può che farsi riferimento a tutte le parti costituite; inoltre, il consenso

---

<sup>28</sup> ASPRELLA, Testimonianza scritta e il tramonto dell'oralità, cit.,



può essere manifestato dal difensore ed è altresì configurabile la revoca dello stesso prima che il giudice disponga, sicuramente con effetti diversi qualora la revoca provenga da tutte le parti ovvero solo da una (se il consenso deve provenire da tutte le parti, così anche la revoca dello stesso). Se sussiste l'accordo delle parti, l'assunzione della testimonianza scritta è subordinata alla discrezionalità del giudice, tenendo presente "la natura della causa" - in cui secondo autorevole opinione debbono includersi anche i "fatti complessi", per cui debba escludersi anche la testimonianza orale - e valutata "ogni altra circostanza". In conclusione, quindi:

a) Prima fase è costituita dalla **richiesta** della prova testimoniale scritta, che deve provenire dalla parte, la quale ha l'onere, oltre che di indicare gli articolati sui quali richiede la prova medesima, anche di predisporre il modello di testimonianza, che verrà poi completato in conformità agli articoli ammessi.

b) Seconda fase è quella della **valutazione dell'ammissibilità e della rilevanza**, che viene, come di consueto, compiuta dal giudice, il quale, in questo caso, deve previamente sentire le parti, che devono essere d'accordo, nonché valutare ogni circostanza, relativa alla natura della causa o ad altri elementi. Assolutamente evidente appare l'utilizzo di tali precauzioni, in quanto il legislatore, stante l'apparente dismissione di poteri da parte del giudice, il quale consente la formazione della prova in un luogo diverso da quello naturale, cioè il processo, impone all'organo giudicante una particolare cautela nell'ammissione della prova testimoniale per iscritto, richiedendogli di valutare ogni possibile controindicazione a tale espediente.

c) Terza fase è quella della **ammissione** vera e propria, nella quale il giudice non si limita soltanto ad indicare i capitoli su cui verterà la prova, ma aggiunge, altresì, l'ordine alla parte richiedente di notificare il modello predisposto dalla stessa, ed anche il termine entro il quale il teste è chiamato a rispondere. Va, fin d'ora, sottolineato che dette indicazioni devono essere assai precise, onde consentire al teste di non avere dubbi di sorta nelle risposte.

d) Quarta fase è quella della **risposta scritta** fornita dal teste.

Il legislatore prevede, invero, varie possibilità per il teste: 1) **Risposte complete**, che si hanno quando il soggetto chiamato a deporre risponde a tutte le domande contenute nel modello che gli è stato spedito dalla parte; 2) **Risposte incomplete**, quando il teste si limita a rispondere soltanto ad alcuni quesiti. In questo caso la norma impone al soggetto chiamato a deporre di indicare le ragioni per cui non risponde ad alcune delle domande; 3) **Astensione del teste**, che opera quando il teste ritenga di doversi trovare in una delle cause previste dall'art. 249 c.p.c. Qualora si verifichi tale situazione, questi ha comunque l'obbligo di compilare il modello di testimonianza, indicando le complete generalità e i motivi di astensione; 4) **Mancata risposta o spedizione** da parte del teste, che si ha quando lo stesso non spedisce o non consegna le risposte scritte nel termine stabilito. In questo caso è prevista la possibilità per il giudice di condannare lo stesso alla pena pecuniaria di cui all'articolo 255, primo comma, c.p.c.

E) Quinta ed ultima fase è quella della **valutazione**, nella quale il giudice prende cognizione delle risposte fornite dal teste. La norma prevede, in questo caso, una

sorta di riappropriazione da parte dell'organo giudicante del potere di controllo del processo, il quale, qualora abbia delle perplessità su alcune delle risposte medesime, può sempre disporre che il testimone sia chiamato a deporre davanti a lui o davanti al giudice delegato.

Così come strutturato, l'istituto della testimonianza scritta presenta indiscutibili pregi, atteso che un corretto utilizzo dello stesso potrebbe sicuramente importare una deflazione del carico gravante sui Tribunali.

Le perplessità dell'interprete nascono, ad ogni modo, come di sovente accade, proprio dall'attuazione concreta di tale mezzo, nell'ottica di un generale crescente dubbio sulla genuinità di questo strumento probatorio, che risente inevitabilmente della profonda crisi di valori della società moderna.

Perché se, da un lato, è vero che assumere la testimonianza per iscritto e fuori dalla aule di giustizia può sicuramente far guadagnare tempo, d'altra parte non può negarsi come tale sistema agevoli ulteriormente le deposizioni c.d. concordate, nelle quali i testi dichiarano ciò che la parte vuol fargli dichiarare, perfettamente consapevoli del fatto che difficilmente potrà accertarsi il falso.

Il giudice, anche nelle ipotesi di assunzione dei mezzi di prova fuori dalla circoscrizione del tribunale, può disporre di assumere la deposizione chiedendo al testimone di fornire per iscritto e nel termine fissato, le risposte ai quesiti sui quali deve essere interrogato. La disposizione normativa prosegue stabilendo che il giudice, con il provvedimento (in genere ordinanza) con cui dispone l'assunzione della testimonianza per iscritto, deve altresì disporre che la parte che abbia richiesto

tale assunzione debba predisporre il modello di testimonianza in conformità agli articoli ammessi nonché a chiedere (o eseguire) la notificazione del modello al testimone.

Il modello di testimonianza è descritto all'art. 103-bis delle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile, che stabilisce, in primo luogo, che il modulo per la testimonianza deve essere conforme ad un modello approvato con decreto del Ministero della giustizia e contenente anche le istruzioni per la sua compilazione (individuate sempre con decreto del Ministero della giustizia); entrambi i documenti devono essere notificati al testimone. Il modello deve contenere: indicazione del procedimento; ordinanza di ammissibilità del giudice; idonei spazi per l'inserimento delle generalità del testimone, indicazione della residenza, domicilio e, se possibile, di un recapito telefonico; ammonimento del testimone ai sensi dell'art. 251 c.p.c.; la formula del giuramento di cui all'art. 251 c.p.c. (formula curiosa, atteso che il testimone reciterà il giuramento dinanzi a sé stesso e, come è stato osservato da Sassani, *A.D. 2009: ennesima riforma al salvataggio del rito civile. Quadro sommario delle novità riguardanti il processo di cognizione*, [www.judicium.it](http://www.judicium.it), la previsione è superflua in quanto le norme penali puniscono comunque la falsa testimonianza al di là della recitazione della formula o la sua violazione); l'avviso in ordine alla facoltà di astenersi ai sensi degli articoli 200, 201 e 202 del c.p.p., con lo spazio per la sottoscrizione obbligatoria del testimone; le richieste ex art. 252 c.p.c. (compresa l'indicazione di eventuali rapporti personali con le parti e la trascrizione dei quesiti ammessi); avvertenza che il

testimone deve rendere risposte specifiche e pertinenti a ciascuna domanda e deve precisare se ha avuto conoscenza dei fatti oggetto della testimonianza in modo diretto oppure indiretto.

Il testimone deve sottoscrivere ogni risposta nonché ogni foglio del modello a lui sottoposto; in particolare la sottoscrizione deve seguire ogni risposta senza lasciare spazi vuoti. La firma deve poi essere autenticata da un segretario comunale oppure dal cancelliere di un ufficio giudiziario (l'autentica è gratuita ed esente da imposta di bollo o diritti). La testimonianza così redatta (ed autenticata nella sottoscrizione) è poi spedita in busta chiusa con plico raccomandato oppure può essere consegnata *brevi manu* alla cancelleria del giudice. Circa l'autenticazione è stato opportunamente osservato (Asprella, *Testimonianza scritta e il tramonto dell'oralità*, cit.) che essa, pur garantendo la paternità della sottoscrizione in capo al soggetto che ha compilato il questionario, nulla aggiunge, in termini di garanzie, allo scritto; il che ha fatto giustamente ritenere che probabilmente una dichiarazione resa davanti al pubblico ufficiale, come avviene con l'affidavit, avrebbe quanto meno responsabilizzato il teste nella deposizione.

Se vi sono quesiti a cui il testimone non è in grado di rispondere, egli lo deve precisare indicandone la ragione. Il testimone può avvalersi della facoltà di non rispondere ex art. 249 c.p.c., ma anche in questo caso ha l'obbligo di compilare il modello, indicando le generalità ed i motivi di astensione. La mancata spedizione o consegna nel termine stabilito del modello compilato è paragonata alla mancata comparizione del testimone, per cui si applica l'art. 255, primo comma, in materia di

pena pecuniaria. Se l'oggetto della testimonianza verte su documenti di spesa già depositati dalle parti, essa può essere resa mediante dichiarazione sottoscritta dal testimone e trasmessa al difensore della parte nel cui interesse la prova è stata ammessa e non è necessario il modello di cui sopra. Viene meno, in questa ipotesi, la formalità del questionario e l'autenticazione della firma, ma non è chiaro, perché la norma non dispone al riguardo, cosa succede in caso di mancata trasmissione o mancato deposito della dichiarazione del teste. Infine, è sempre fatta salva la possibilità per il giudice di disporre che il testimone sia chiamato a deporre davanti a lui o davanti al giudice delegato.

I commi 4 e 5 dell'art. 46 hanno introdotto rilevanti modifiche in materia di c.t.u., mosse dall'intento di evitare un allungamento incontrollato del processo in casi di ricorso allo strumento della consulenza d'ufficio. In primo luogo è stata anticipata la formulazione dei quesiti alla pronuncia dell'ordinanza di nomina del c.t.u. da parte del giudice.

Fino ad oggi si è proceduto in questo modo: il giudice nomina il CTU e fissa l'udienza di comparizione; a tale udienza il CTU giura ed il giudice formula i quesiti, fissa l'inizio delle operazioni peritali e stabilisce il termine per il deposito della relazione scritta. Con la riforma funzionerà così:

- il giudice nomina il CTU con lo stesso provvedimento con il quale provvede sulle richieste istruttorie delle parti, formula i quesiti e fissa l'udienza per il giuramento (non è esclusa la nomina del c.t.u. in un momento successivo, come

ancora disposto nell'art. 191, comma 1 che fa salva la nomina in ordinanza successiva rispetto a quella con la quale provvede sui mezzi istruttori).

La vera novità è, dunque, la contestualità tra nomina del c.t.u. e formulazione dei quesiti, sicché il c.t.u. e le parti, già al momento della nomina, conoscono il contenuto dell'incarico peritale; nulla esclude che al momento del conferimento dell'incarico i quesiti possano essere integrati dal giudice anche su suggerimento delle parti.

Sono poi stati previsti nuovi termini per il consulente e per le parti relativi alla relazione scritta e, dunque, nell'ordinanza resa dal giudice all'udienza fissata per il giuramento dovranno essere previsti tre termini:

- il primo per consentire al c.t.u. l'invio alle parti costituite della relazione;
- il secondo per l'invio delle osservazioni scritte dalle parti al CTU;
- il terzo, anteriore alla successiva udienza, affinché il c.t.u. depositi la relazione, le osservazioni delle parti ed una sintetica valutazione sulle stesse. In realtà, viene recepita una prassi già adottata da molti giudici al fine di evitare le frequenti udienze di mero rinvio per consentire alle parti l'esame della c.t.u., di richiedere i chiarimenti etc. e di concentrare il tutto nei tempi peritali.

Non vi è dubbio che trattasi di termini ordinatori, sicché il loro mancato rispetto da un lato non è pregiudizievole per le parti (né tantomeno integra il vizio della consulenza), dall'altro mina le esigenze di celerità sottese alla modifica.

Altra importante modifica riguarda la vigilanza sulla distribuzione degli incarichi.

Il nuovo art. 23 delle disp. att. c.p.c. stabilisce che a nessuno dei consulenti iscritti possono essere conferiti incarichi in misura superiore al 10 per cento di quelli affidati dall'ufficio.

Il Presidente del Tribunale dovrà garantire che sia assicurata l'adeguata trasparenza del conferimento degli incarichi anche a mezzo di strumenti informatici.

### ***5. La perentorietà dei termini in funzione della celerità del processo***

L'art. 46 della l. 2009, n. 69 contiene 24 commi dedicati alle modifiche al

libro II del cod. proc. civ. . La perentorietà degli stessi non può che essere accolta anche nel rito contabile, onde fissare termini sicuri per uno spedito procedere del processo.

Atto di citazione

Il comma 1 dell'art. 46 modifica l'art. 163, comma 3 del c.p.c. e riformulando gli avvertimenti di cui al n. 7, prevede che l'atto di citazione debba contenere, a pena di nullità, in relazione alle nuove preclusioni per il convenuto in materia di competenza, anche l'avvertimento che la costituzione oltre i termini comporta la decadenza di cui all'art. 38. La novità è riflesso e logica conseguenza della riformulazione del regime di rilevabilità dell'incompetenza.

La novella prevede che le decisioni sulle questioni preliminari relative alla



competenza del giudice si prendono con ordinanza, devono essere risolte all'inizio del processo e sono impugnabili solo con il regolamento di competenza (non si tratta dunque di un tipo di ordinanza revocabile o modificabile perché soggetta al controllo di altro giudice); ne conseguono termini stretti di preclusione per sollevare l'eccezione: nella comparsa di risposta il convenuto dovrà eccepire, a pena di decadenza, non solo la incompetenza per territorio semplice, ma anche l'incompetenza per materia, per valore e per territorio inderogabile, mentre il giudice potrà sollevare d'ufficio l'eccezione di incompetenza per materia, per valore e per territorio, nei casi di cui all'art. 28 (e, dunque, nei casi di incompetenza inderogabile es. ove è previsto l'intervento del p.m. per citarne uno), entro la prima udienza di trattazione (udienza di cui all'art. 183). In definitiva, per il convenuto, il momento di decadenza viene unificato ed anticipato per tutti i tipi di incompetenza al momento del tempestivo

deposito della comparsa di risposta che, come è noto, deve avvenire, ex art. 167 c.p.c. almeno 20 giorni prima della udienza di comparizione. L'unica vera ed effettiva modifica e restrizione è, allora, quella relativa alla competenza territoriale derogabile rispetto alla quale il convenuto, come in passato, ha preclusione fino al deposito tempestivo della comparsa di risposta e non potrà contare su iniziative officiose del giudice, non ammissibili "fuori dei casi di all'art. 28"; al giudice è, infatti, sottratta l'iniziativa officiosa sulla competenza per territorio semplice.

Ne consegue che il convenuto “distratto”, nell’ipotesi in cui non abbia sollevato tempestivamente l’incompetenza per territorio derogabile, non potrà “suggerire” al giudice il rilievo alla prima udienza, poiché il giudice non ha questo potere officioso, mentre potrà farlo in relazione agli altri tipi di incompetenza.

Consegue a tali modifiche che l’attore, nell’atto di citazione, deve avvertire il convenuto che la sua mancata costituzione entro i termini implica, oltre alle decadenze di cui all’art. 167 c.p.c. (domanda riconvenzionale, eccezioni di merito o di rito non rilevabili d’ufficio e chiamata in causa del terzo), anche quella di cui all’art. 38 (la decadenza dall’eccezione di incompetenza), pena la nullità della citazione che è sanata ex tunc e, dunque, fin dalla data della prima notificazione, sia nell’ipotesi di rinnovazione della citazione disposta dal giudice (in caso di mancata costituzione del convenuto), sia dalla spontanea costituzione del convenuto stesso che però potrà egualmente dedurre il vizio e chiedere la fissazione di una nuova udienza di comparizione (art. 164 c.p.c.). In conclusione, l’avviso di rito sulle decadenze da inserire nella citazione deve contenere il riferimento alle preclusioni relative alle eccezioni di incompetenza (art. 38 c.p.c.).

Difetto di rappresentanza

Il comma 2 dell'art. 46 novella l'art. 182 in materia di difetto di rappresentanza o autorizzazione, stabilendo la possibilità di sanare, oltre ai vizi di rappresentanza, assistenza e autorizzazione (riferibili alla parte), anche i vizi di nullità della procura al difensore.

Da accogliere con favore è la possibilità di sanare o rinnovare la procura al difensore.

L'art. 182, secondo comma, nuova versione, stabilisce che il giudice, quando rileva un vizio che determina la nullità della procura al difensore, assegna alle parti un termine perentorio per il rilascio della procura alle liti, ex novo, se mancante, o per la rinnovazione della stessa, se difettosa. L'osservanza del termine sana i vizi, e gli effetti sostanziali e processuali della domanda si producono sin dal momento della prima notificazione.

Come sancito espressamente dalla norma, gli effetti, sostanziali e processuali, sono, quindi, retroattivi e tale previsione riguarda sia i vizi della procura sia i difetti di rappresentanza, assistenza o autorizzazione che sono, invece, riferibili alla parte.

Peraltro, l'efficacia retroattiva della sanatoria era, comunque, ritenuta dai più

in relazione ai difetti di rappresentanza, assistenza o autorizzazione (difetto di rappresentanza collegato alla mancanza del potere rappresentativo, es. falsus procurator; difetto di assistenza, es. inabilitato che agisce senza curatore; difetto di autorizzazione, es. in capo ad un organo di ente pubblico che agisce senza autorizzazione collegiale); oggi la previsione espressa di retroattività fuga ogni dubbio. Tornando ora ai vizi della procura al difensore, si è rilevato che la norma parla di sanatoria di vizi di “nullità” e non di “inesistenza”. In effetti, l’inesistenza è una categoria giurisprudenziale e dottrinale; il codice di rito non fa mai riferimento a tale vizio.

E’ sorto allora se il dubbio da parte di taluni commentatori circa l’applicabilità della sanatoria ai vizi di inesistenza della procura (si pensi alla procura concretamente mancante o a quella rilasciata da soggetto privo di rappresentanza della persona giuridica ovvero munito di poteri ma che non spenda il nome della società rappresentata che è considerata inesistente; l’inesistenza, si badi, è tutt’altro rispetto ad un vizio di nullità).

La risposta positiva al quesito discende dall'attenta lettura della norma: il fatto che la disposizione in esame faccia riferimento tanto al "rilascio" quanto alla "rinnovazione" della procura lascia intendere che la sanatoria copra gli uni e gli altri vizi (il rilascio comprende senza dubbio la possibilità di rilasciare la procura ex novo). Deve rilevarsi, inoltre, che la novella, oltre ad estendere l'ambito di applicabilità della sanatoria dei vizi alle ipotesi di nullità della procura al difensore, dispone che laddove il giudice rilevi un difetto di rappresentanza, assistenza, autorizzazione o, come detto, un vizio di nullità della procura al difensore "deve" assegnare alla parte interessata un termine perentorio per la sanatoria.

Vi è, dunque, l'obbligo per il giudice di disporre la sanatoria laddove rilevi uno dei vizi tipizzati dalla norma, mentre la norma nella sua vecchia formulazione prevedeva la mera facoltà del giudice in tal senso (la giurisprudenza era, inoltre, ferma nel ritenere che il mancato esercizio di quel potere da parte del giudice non fosse censurabile in sede di impugnazione).

### Rimessione in termini

Il comma 3 dell'art. 46 novella l'istituto della rimessione in termini. All'art. 153 c.p.c. è stato aggiunto un secondo comma in base al quale la parte che dimostri di essere incorsa in decadenze per causa ad essa non imputabile può chiedere al giudice di essere rimessa in termini; ne è conseguita, da parte del citato comma 3, l'abrogazione dell'art. 184 bis (che prevedeva analoga possibilità nella fase di trattazione in primo

grado, sede evidentemente ritenuta limitativa) in quanto la nuova rimessione in termini ha portata ampia e generale (es. anche nella fase delle impugnazioni).

