

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI “FEDERICO II”

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA



DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

XXIII CICLO

**LE FORME DI ISTRUZIONE SPECIALE NEL CODICE DI
PROCEDURA CIVILE**

Tutor

Ch.mo Prof. ANGELO SCALA

Candidato

Dott. MASSIMO TERESI

ANNO ACCADEMICO 2009/2010

Veritas filia temporis
(Aulo Gellio, Noctes Atticae
Libro XII, 11, 7)

Indice

Capitolo I

Le ipotesi di istruttoria speciale

1. Premessa: la <i>specialità</i> dell'istruzione probatoria	3
2. Le ipotesi di istruttoria <i>speciale</i> in merito ai <i>facta actoris</i>	4
3. L'istruttoria preparatoria ai provvedimenti idonei al giudicato.	12
4. L'istruttoria nei procedimenti <i>speciali (sommari o non)</i> finalizzati all'emissione di provvedimenti <i>anticipatori e provvisori</i>	19
5. La mera indicazione dei criteri di valutazione degli elementi di fatto	28
6. Le ipotesi di istruttoria <i>non espressa</i>	32
7. Prospettive della ricerca	35

Capitolo II

La qualità dell'accertamento sul fatto dell'istruttoria cautelare

1. Cognizione cautelare ed istruzione <i>deformalizzata</i>	39
2. <i>Fumus e periculum</i> : verosimiglianza o probabilità?	55
3. L'istruttoria nel procedimento cautelare tra “atti d'istruzione” e “sommarie informazioni”.	74

Capitolo III

Problematiche comuni alle diverse ipotesi di istruttoria deformalizzata

1. Le “informazioni” del procedimento in camera di consiglio e nelle altre ipotesi previste dal codice di procedura civile.	115
2. “Processo inquisitorio” e “poteri istruttori d’ufficio”.	130
3. Il problema dell’ammissibilità e dell’efficacia delle prove <i>atipiche</i> nell’istruttoria <i>sommatoria</i>	152
3.a Il problema dell’ammissibilità e dell’efficacia delle prove raccolte nella fase cautelare all’interno del giudizio di merito.	178

Capitolo IV

La “fuga” del procedimento dalle forme ordinarie

1. L’istruzione probatoria nel nuovo procedimento <i>sommario</i> di cognizione.	192
1.a Il problema dell’efficacia delle prove <i>deformalizzate</i> all’interno della fase ordinaria a seguito di mutamento del rito.	205
2. Riepilogo e conclusioni.	207

BIBLIOGRAFIA	215
-------------------------------	-----

Capitolo I

Le ipotesi di istruttoria speciale

SOMMARIO

1. Premessa: la *specialità* dell'istruzione probatoria.
2. Le ipotesi di istruttoria *speciale* in merito ai *facta actoris*.
3. L'istruttoria preparatoria ai provvedimenti idonei al giudicato.
4. L'istruttoria nei procedimenti *speciali* (*sommari o non*) finalizzati all'emissione di provvedimenti *anticipatori e provvisori*.
5. La mera indicazione dei criteri di valutazione degli elementi di fatto
6. Le ipotesi di istruttoria *non espressa*.
7. Prospettive della ricerca.

§ 1. – Premessa: la specialità dell'istruzione probatoria.

La cd. *deformalizzazione* del procedimento e dell'istruttoria processuale in senso stretto o la predisposizione di moduli istruttori *speciali* rispetto a quello ordinario sono strumenti ai quali spesso ricorre il Legislatore al fine di raggiungere l'obiettivo della immediatezza e della effettività della tutela giurisdizionale, plasmando procedure svincolate dal rispetto delle forme e dei termini tipici dell'istruttoria ordinaria in modo che, liberati di alcuni dei “lacci e laccioli”¹ tipici del processo a cognizione piena, possano più velocemente giungere all'accertamento sul fatto sufficiente quando tale attività di conoscenza sia necessaria ai fini dell'emissione del provvedimento giurisdizionale richiesto, ovvero quando si renda necessario statuire su questioni preliminari la cui sussistenza impedisce al processo di procedere verso l'esito naturale e la relativa decisione, a prescindere dalla complessità in punto di

¹ La nota espressione è di PROTO PISANI, *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. c.p.c.*, in Riv. dir. civ. 1990, 415.

ricostruzione delle ipotesi sul fatto, non sia considerata dal Legislatore bisognevole dell'espletamento di una *ordinaria* istruzione processuale.

La varietà delle *forme* di tale *deformalizzazione* induce lo studioso ad una serie di riflessioni e domande, tra le quali innanzitutto se si possano attribuire significati diversi alle differenti formule usate nella disciplina dei procedimenti caratterizzati da un'istruttoria *sommatoria o speciale*; quale sia poi la *qualità* dell'accertamento che scaturisce da una *deformalizzata* istruttoria processuale e quindi se esista una relazione tra la *cognizione sommatoria* e l'*istruttoria deformalizzata*; se tali procedimenti siano tutti o meno compatibili con i canoni costituzionali del "giusto processo regolato dalla legge" e col principio del contraddittorio; per giungere, senza ovviamente pensare di aver esaurito le problematiche che vengono in rilievo, alla questione del valore da attribuire al materiale probatorio raccolto nella fase *speciale o sommatoria* in altri processi ed in particolare in quello di merito che eventualmente segua la detta fase.

Preliminarmente, però, si dovranno individuare le diverse ipotesi in cui il Legislatore ha previsto modelli di istruttoria necessaria ai fini della formazione del convincimento sul fatto diversi rispetto a quello previsto quale sistema probatorio del processo ordinario di cognizione, vuoi che tali modelli si collochino in procedimenti autonomi, sovente *sommari* in senso tecnico, vuoi che si collochino in *subprocedimenti* che si svolgono all'interno del processo ordinario di cognizione e che sono volti al superamento di ostacoli preliminari che impediscono l'incedere del processo verso la decisione sul merito, vuoi che siano finalizzati all'emissione di provvedimenti interinali che soddisfano, spesso parzialmente a volte interamente, l'interesse della parte che domanda giustizia.

§ 2. – *Le ipotesi di istruttoria speciale in merito ai facta actoris.*

La ricerca non può che iniziare, dunque, dalla individuazione, senza pretesa alcuna di completezza, delle diverse ipotesi previste dal codice di procedura civile nelle quali è consentito al Giudice di emettere il provvedimento richiesto sulla base o di un accertamento non *pieno* oppure in base ad un'attività istruttoria che non sia governata dalle regole che in genere presiedono la fase dell'accertamento del fatto nel processo ordinario di cognizione.

Nel primo gruppo di norme trovano collocazione quelle disciplinanti l'istruttoria da espletarsi al fine di accertare la corrispondenza al vero delle allegazioni dell'istante, in quei casi nei quali si prescinde in tutto o in parte dalle contestazioni mosse dal convenuto o dal soggetto in ogni caso coinvolto nel procedimento.

Scorrendo le ipotesi previste dal codice di procedura civile, ci si imbatte anzitutto nella previsione dell'art. dell'art. 38 c.p.c., ult. co., secondo il quale la decisione sulla competenza deve essere assunta dal giudice "in base a quello che risulta dagli atti e, ..., assunte *sommario informazioni*"².

Tale disposizione è funzionale alla decisione su una questione *impediente*, in quanto in genere non direttamente legata al *merito* della rapporto dedotto e che ostacola il cammino del processo verso l'esito naturale; essa descrive un'istruzione solo *eventuale*, dovendo infatti essere espletata "...quando sia reso *necessario* dall'eccezione del convenuto o dal rilievo del giudice..."

A differenza degli artt. 14 e 15 c.p.c., l'indagine da compiersi può in tal caso giovare non solo delle risultanze degli atti di causa già

² ORIANI, Il nuovo testo dell'art. 38 c.p.c. (art. 4 l. 353/90), in Foro it. 1991, V, 336; LUISSO, *Commentario alla riforma del processo civile*, in Consolo – Luiso - Sassani, Milano 1996, sub art. 38, 27 ss.; PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli 1991, 27; SANTULLI-ACONE, *Competenza, II*, *Diritto Processuale Civile*, Enc. giur. it., VII, Roma 1989, 8, 10; SEGRE, *Premesse sulla competenza in generale*, in Commentario UTET, I, 1, Torino 1973, 107 ss.; VERDE – DI NANNI, *Codice di Procedura civile*, Torino, 1993, 31 s.; GIONFRIDA, *Competenza civile*, Enc. dir., VIII, Milano 1961, 46 ss.; GIUSSANI, *Le riforme della giustizia civile*, a cura di Taruffo, Torino 1993, 177 ss.

acquisiti, e quindi già presenti in giudizio, ma anche di *sommarie informazioni*, espressione che lascia intendere che, ove ritenuto necessario, il giudice possa procedere ad una (sia pur altamente *deformalizzata*) istruttoria in merito alla detta questione pregiudiziale, secondo un modulo che vedremo utilizzato in altri procedimenti e che sarà analizzato in particolare in relazione al procedimento cautelare a contraddittorio posticipato (art. 669 *sexies*, 2° co., c.p.c.).

La giurisprudenza, però, è solita limitare le potenzialità di questa eventuale istruttoria, affermando che la decisione deve essere assunta solo sulla base di prove precostituite “già entrate nel processo, e che la possibilità di assumere *sommarie informazioni* può solo valere ad assicurare al giudizio elementi chiarificatori del contenuto delle prove precostituite o comunque ad accertare circostanze agevolmente rilevabili o documentabili”³.

³ Così Cass. 27.11.2002 n. 16842 in Foro it. 2003, I, 803; conf. Cass. 17.4.2003 n. 6218, in Giust. civ. mass. 2003, 4: “Il giudice del merito chiamato a risolvere una questione di competenza, non può utilizzare prove costituende, ma soltanto prove precostituite, ossia entrate in causa ‘senza un’apposita istruttoria’, secondo la regola stabilita dall’art. 14 c.p.c.”, e Cass. 20.10.2006 n° 22524, in Giust. civ. mass. 2006, 10. In proposito è interessante soffermarsi su una recente pronuncia della Sezione Lavoro della Suprema Corte, la n. 7586 del 28.3.2007, in Giust. civ. mass. 2007, 3, nella quale viene affermato che: “Avverso il provvedimento con cui il giudice abbia deciso solo sulla competenza, *respingendo istanze istruttorie tendenti*, secondo la prospettazione della parte, *a fornire la prova anche relativamente alla competenza*, non è ammissibile l’appello (come, invece, proposto nella fattispecie), bensì solo il regolamento necessario di competenza. Tale principio è fondato sulla circostanza che *l’utilizzazione di prove costituende è estranea al sistema processuale con riferimento alla determinazione della competenza*, atteso che la disposizione di cui all’art. 14, comma 2, c.p.c. - a norma della quale il giudice decide, ai soli fini della competenza, in base a quello che risulta dagli atti e senza apposita istruttoria - pur riferendosi ad un’ipotesi particolare (ovvero alla competenza per valore nelle cause relative a somme di denaro o a beni mobili), ha carattere di generalità, rilevandosi, al riguardo, che la novella al codice di procedura civile apportata con la legge n. 353 del 1990, aggiungendo un comma all’art. 38 c.p.c., ha, appunto, generalizzato il suddetto criterio, stabilendo che la decisione ai soli fini della competenza deve essere adottata in base a quanto risulta dagli atti, senza assunzione di prove orali ma, eventualmente, solo sulla scorta dell’esperimento di *sommarie informazioni*, ove necessario. Da ciò consegue, altresì, che, in sede di regolamento necessario di competenza, non è censurabile la mancata ammissione di prove costituende, mentre sono suscettibili di valutazione le prove precostituite, essendo la Corte di cassazione, quando decide sulla competenza, giudice anche del fatto, nel senso che può conoscere e sindacare tutte le risultanze fattuali (influenti sulla competenza) rilevabili *ex actis*” (nello stesso senso Cass. 6.3.2007 n° 6125, in Giust. civ. mass. 2007, 3). La pronuncia di cui si è riportata la massima pone un collegamento

In proposito è opportuno distinguere tra criteri cd. *estrinseci* e criteri *intrinseci* di determinazione della competenza: per i primi, che non rilevano ai fini del merito della domanda (es. il luogo di domicilio del convenuto o il valore del bene in rivendica) la regola dell'*istruttoria sommaria* trova piena applicazione e, pertanto, a sèguito della contestazione del convenuto circa i fatti cui si collega la competenza essi andranno accertati anche assunte *sommarie informazioni*; per i criteri *intrinseci*, che individuano la competenza in ragione del rapporto sostanziale dedotto (e quindi in relazione a fatti rilevanti *anche* per il merito), l'opinione dominante in dottrina⁴ è nel senso che essi non possono essere oggetto di contestazione, e quindi di verifica istruttoria in senso stretto, in applicazione del principio in base al quale la competenza si determina esclusivamente *dalla domanda*, inteso qui nel senso di determinazione dei fatti così come affermati dall'attore⁵. Secondo altra tesi⁶, invece, l'istruttoria sui fatti che radicano la competenza dovrebbe ammettersi anche per questi ultimi criteri, in quanto anche per essi i fatti

con la problematica della cd. *decisione implicita sulla competenza* che, come è noto, viene generalmente negata per quei provvedimenti con i quali il giudice, valutata sommariamente la infondatezza dell'eccezione di incompetenza, fa proseguire il processo verso il suo naturale esito, riservandosi di decidere sulla questione insieme alla sentenza definitiva o comunque non provvedendo espressamente su di essa; orbene, laddove venisse data alla lettera dell'ult. co. dell'art. 38 una interpretazione più elastica, valorizzando l'espressione *sommarie informazioni* come significativa di una *specialità* della previsione rispetto alla generale previsione di cui all'art. 14, 2° co., c.p.c., potrebbero ravvisarsi gli estremi di una pronuncia non esplicitata (perché non emessa secondo l'*iter* di cui all'art. 187, 3° co., c.p.c.) sulla detta questione laddove al provvedimento si sia giunti dopo una relativamente intensa attività probatoria sugli elementi di fatto che radicano la competenza del giudice adito, con ciò aumentando le difficoltà, connesse alla "riconoscibilità" del provvedimento impugnabile, difficoltà probabilmente già acuite dal mutamento della forma, da sentenza a ordinanza, del provvedimento decisorio sulla competenza avvenuto per opera della legge n° 69 del 2009.

⁴ LUIISO, in *Commentario alla riforma del processo civile*, cit., sub art. 38, 27 ss.; SANTULLI - ACONE, *Competenza, II, Diritto processuale civile*, cit., 8 s.

⁵ L'incompetenza potrebbe aversi solo nell'ipotesi in cui l'attore abbia apertamente qualificato il rapporto in termini estranei all'ambito di competenza del giudice adito, oppure se il giudice qualifichi diversamente il rapporto tenendo fermi i fatti così come proposti dall'attore.

⁶ PROTO PISANI, in *La nuova disciplina del processo civile*, cit., 25 s.; ARIETA, *La sentenza sulla competenza*, Padova 1990, 220 s.

rilevano non solo in quanto *affermati* dall'attore ma perché effettivamente *sussistenti*⁷.

In giurisprudenza prevale nettamente il primo indirizzo, salvo il caso in cui risulti l'evidente "artificiosità" dell'allegazione diretta a sottrarre la causa al giudice precostituito per legge⁸.

Nello stesso gruppo di norme rientrano anche gli artt. 52 e 53 c.p.c. che disciplinano l'istruttoria da compiersi nel procedimento di

⁷ Secondo CAPPONI, *Note in tema di rapporti tra competenza e merito*, Torino 1997, 171 s., farebbero eccezione alla regola della generale ammissibilità dell'istruttoria solo quei fatti la cui qualificazione sia decisiva per il rigetto/accoglimento della domanda di merito. Sul rapporto tra competenza e ambito dei poteri decisorii del giudice v. ampiamente ORIANI, *Il nuovo testo dell'art. 38 c.p.c.*, cit., par. 7. Due sono i problemi principali posti secondo l'Autore dalla nuova formulazione della norma: a) se gli accertamenti per il merito sono utilizzabili ai fini della determinazione del giudice competente, e b) se la valutazione degli atti operata ai fini della competenza è altresì vincolante ai fini del merito. Quando il convenuto contesta gli indici affermati dall'attore si pone il quesito se tale contestazione sia rilevante o meno ai fini dell'attribuzione di competenza; può accadere allora che a) il convenuto contesti il diritto vantato dall'attore, deducendo che non si sono verificati i fatti costitutivi o che si è verificato un fatto estintivo o impeditivo, nel qual caso egli sostiene in realtà che né il giudice adito né altro giudice può decidere ed accogliere la domanda, di modo che in ipotesi del genere la contestazione è irrilevante ai fini della competenza; b) il convenuto contesti elementi *esterni* alla domanda, come la sua residenza, ai fini della competenza per territorio, nel qual caso la contestazione è rilevante ed il convenuto può dare la prova anche nel corso del giudizio dei fatti dedotti, obbligando il giudice a decidere sulla questione di competenza in base alle opposte allegazioni e prove; c) il convenuto introduca nel processo elementi che inducono ad una diversa qualificazione del rapporto dedotto dall'attore a fondamento della sua domanda, nel qual caso la nuova qualificazione discende dalle allegazioni del convenuto, che magari chiede di provarle, e pertanto è controverso se il giudice debba tenere conto di dette circostanze. Il problema, continua l'Autore, è che già il dato positivo non offre elementi univoci (l'art. 10 dispone infatti che la competenza per valore si determina "dalla domanda", così che sembrerebbe esclusa la rilevanza di ogni contestazione del convenuto; l'art. 14, 2° comma, prevede che nelle cause relative a beni mobili e a somme di danaro il convenuto può contestare, solo nella prima difesa, il valore dichiarato o presunto a norma del 1° comma: in tal caso il giudice decide, ai soli fini della competenza, in base a quello che risulta dagli atti e "senza apposita istruzione"; l'art. 427 c.p.c., infine, prevede che il giudice del lavoro, quando rileva che una causa promossa con il rito del lavoro riguarda un rapporto diverso da quelli previsti nell'art. 409, la rimette al giudice competente, se non rientra nella sua competenza: in tal caso le prove acquisite durante lo stato di rito speciale avranno l'efficacia consentita dalle norme ordinarie, prevedendosi così una pronuncia di incompetenza emessa dopo una fase di istruzione probatoria). Il senso dell'espressione "ai soli fini della competenza", invece, viene dall'Autore interpretata "in senso stretto": "nei casi in cui una certa qualificazione del rapporto è rilevante sia ai fini della competenza che del rito da seguire, la pronuncia sulla competenza, come non è vincolante ai fini del merito, così non lo è ai fini del rito da seguire. La scelta del rito è in grado di condizionare lo stesso contenuto della decisione di merito, così che l'incontestabilità della pronuncia sulla competenza non

ricusazione del Giudice, instaurato su ricorso della parte; quest'ultima, infatti, non solo è onerata dell'indicazione dei "motivi specifici" nel ricorso, ma deve altresì indicare i "mezzi di prova" che offre a sostegno della sussistenza dei motivi di astensione (art. 52, 1° co., c.p.c.), "mezzi di prova" che saranno poi assunti, "udito il giudice ricusato", dal Collegio o dal Presidente del Tribunale (in quest'ultimo caso se la richiesta di ricusazione riguarda un Giudice di Pace), sempre che tale assunzione sia valutata come *opportuna* ai fini della decisione, secondo la previsione di cui all'art. 53, 2° co., c.p.c., che stabilisce appunto che ad essa si ricorra solo "quando occorre"⁹.

La ragione della collocazione nel gruppo di norme relative all'istruttoria sui *facta actoris* risiede nella circostanza per la quale la natura "sostanzialmente amministrativa" dell'incidente ha fatto ritenere la non necessità della instaurazione di un vero contraddittorio con la controparte del ricusante e quindi che l'eventuale istruttoria si svolge solo sulle prove offerte da quest'ultimo¹⁰, senza dar luogo ad assunzioni ed esplicazione di attività processuale in contraddittorio fra i soggetti coinvolti (utilizzando le note categorie, ci troviamo quindi dinanzi ad una particolare forma di cognizione sommaria perché *parziale*).

semberebbe importare preclusione in ordine alla determinazione del rito da osservare".

⁸ Cass. Civ. 6.4.1998 n° 3546, in Giust. civ. 1998, I, 1539; Cass. Civ. 30.4.2005 n° 9013, in Giust. civ. mass. 2005, 4.

⁹ LA CHINA, *Giudice (Astensione e ricusazione)*, Dig disc. priv., sez. civ., IX, Torino, 1993; SEGRE', *Astensione, ricusazione e responsabilità dei giudici*, Comm. UTET, I, 1, Torino 1973.

¹⁰ Secondo Cass. Civ. 18.2.1982 n° 1017, in Foro it. 1983, I, 1072: "Il procedimento di ricusazione, strumentale ed incidentale rispetto ad altro giudizio implicante la necessità di verificare la capacità processuale del giudice, non dirime alcun conflitto di interessi, esclude l'esistenza di un contraddittorio, si conclude con provvedimento di natura puramente ordinatoria, insuscettibile di ricorso per cassazione" (conf. Cass. Civ. 14.2.1984 n. 1113, in Giust. civ. 1984, I, 1467, che nel dichiarare la non impugnabilità con ricorso ex art. 111, 7° co. Cost., dell'ordinanza che decide sull'istanza ha confermato che: "...si tratta di un provvedimento privo di portata decisoria su posizioni di diritto soggettivo, nè incidente sull'organo-giudice o sui criteri di costituzione del medesimo, ma esclusivamente diretto, in via ordinatoria e strumentale, ed in esito ad un procedimento incidentale di tipo sostanzialmente amministrativo, ad assicurare interessi di ordine generale sull'imparzialità ed il corretto esercizio dell'attività giudiziaria da parte del giudice-persona").

Per dirimere l'*impedimento* rappresentato dalla mancanza della persona a cui spetta la rappresentanza o l'assistenza, ovvero per l'esistenza di un conflitto di interessi tra rappresentato e rappresentante, in caso di "urgenza", l'art. 78 c.p.c. prevede che possa essere nominato un *curatore speciale* che rappresenti o assista l'incapace, la persona giuridica, l'associazione non riconosciuta o il rappresentato, "finché subentri colui al quale spetta la rappresentanza o l'assistenza". Secondo l'art. 80 c.p.c., che disciplina il procedimento di nomina, sulla richiesta indirizzata al Presidente dell'Ufficio Giudiziario dinanzi al quale s'intende promuovere il procedimento, il giudice decide con decreto dopo aver assunto le "opportune *informazioni*" e sentite "possibilmente" le persone interessate¹¹.

Tale disposizione utilizza espressamente il modulo istruttorio delle *informazioni*, che sarà oggetto di approfondimento in questo studio soprattutto in riferimento al procedimento camerale, ma che possiamo per ora genericamente individuare come modello che deroga a gran parte dei principi e delle regole che disciplinano l'istruzione nel processo a cognizione piena, alle modalità di assunzione ivi previste ed alla regola dell'impulso istruttorio di parte.

Quando si trova a decidere se riammettere in termini il contumace che si dichiara *incolpevole*, secondo l'art. 294 c.p.c., il giudice deve operare una valutazione di "verosimiglianza" delle sue allegazioni prima di poter ammettere la "prova" dei fatti "dell'impedimento" che si è frapposto tra il contumace e le attività dalle quali egli si dichiara senza sua colpa decaduto¹².

La disposizione relativa alla rimessione in termini del contumace è particolarmente ricca di spunti: innanzitutto, qui il giudice è chiamato dapprima ad effettuare una valutazione di "verosimiglianza" dei fatti

¹¹ MANDRIOLI, *Delle parti*, Comm. UTET, I, 2, Torino 1973, 919 ss.; SATTA, *Commentario al Codice di Procedura civile*, I, Milano 1959, 269 ss.

¹² BRANDI, *Contumacia*, Enc. dir., X, Milano 1962, 458; CARBONARI, *Contumacia (Procedimento in): I) diritto processuale civile*, Enc. giur. Treccani, IX, Roma 1988, 6.

allegati dal predetto¹³, valutazione che è propedeutica rispetto all'ammissione della "prova" dei fatti che hanno concretamente impedito al contumace di svolgere le attività dalle quali è senza sua colpa decaduto. Premesso che, secondo la tradizionale interpretazione giurisprudenziale, il giudizio di "verosimiglianza" in merito ai motivi che hanno impedito alla parte di costituirsi si risolve in un apprezzamento di fatto non censurabile in cassazione¹⁴, v'è da dire, quanto ai mezzi ammissibili al fine di dare la "prova" della causa degli impedimenti (mancata conoscenza del processo per nullità della citazione o della notificazione; fatto impeditivo non imputabile al contumace), che essi possono consistere anche in *presunzioni* ed in particolare, "trattandosi di fatto negativo", la prova può essere fornita "attraverso la dimostrazione del fatto positivo costituito dal modo e dal quando la conoscenza sia avvenuta"¹⁵; con particolare riferimento alla prova testimoniale, inoltre, parte della dottrina ritiene che essa sia ammissibile senza limiti e quindi anche in deroga ai divieti vigenti per la causa principale dettati dagli artt. 2721 ss. c.c.¹⁶

¹³ Circostanza che giustifica anche una condivisione del procedimento *in parte qua* con la categoria di cui daremo conto nel corso del presente studio nel paragrafo quinto del presente capitolo, riguardante le ipotesi in cui il Legislatore detta criteri che il giudice deve utilizzare nella valutazione del materiale probatorio comunque arrivato alla sua cognizione.

¹⁴ Cass. Civ. 18.7.1956 n. 2786.

¹⁵ Con particolare riferimento all'art. 650 c.p.c., che costituisce applicazione di tale principio, Cass. SS. UU. 12.5.2005 n° 9938, in Giust. civ. 2006, 10, 2119, con nota di SARACENI, *Opposizione tardiva a decreto ingiuntivo: presupposti circa la sua ammissibilità e prova di conoscenza non tempestiva del provvedimento monitorio irregolarmente notificato*, nella quale si sottolinea che l'onere della prova è "più o meno agevole per l'opponente", in ragione della causa che ha generato il vizio della notificazione; pertanto, "l'intimato non sempre potrà fornire la dimostrazione di un fatto ulteriore e diverso da quello che concreta la nullità del provvedimento monitorio. Molto spesso è ammessa la prova per presunzioni, specialmente per le ipotesi di notificazione viziata per le norme sul luogo dove essa va eseguita. Si presume in tale caso che il destinatario non abbia avuto la tempestiva conoscenza del provvedimento, in quanto non si trovava sul luogo ove la notifica è stata effettuata" (per l'operatività di tale presunzione vedi Cass. Civ. 27.1.1995 n. 992, in Giur. it. 1995, I, 1, 1163; Cass. Civ. 10.1.1996 n. 147, in Nuova giur. civ. comm., 1996, I, 555, con nota di TURRONI, *Opposizione tardiva a decreto ingiuntivo per nullità della notifica ai sensi dell'art. 11, comma 3, r.d. 30 ottobre 1933 n. 1611*).

¹⁶ COSTA, *Contumacia (diritto processuale civile)*, Ns. dig. it., IV, Torino, 1968, 778.

Infine, nell'ambito di questo primo gruppo di disposizioni rientra anche l'istruttoria alla quale si procede sulla domanda di sostituzione dell'amministratore nel patrimonio familiare: l'art. 736 c.p.c.¹⁷ (implicitamente abrogato dalla riforma del diritto di famiglia del 1975 l. n. 51, che ha soppresso l'istituto del *patrimonio familiare* sostituendolo con il *fondo patrimoniale*, ma che è rimasto in vigore per i patrimoni familiari costituiti prima della detta legge) in proposito prevede che, sentite le parti, il Presidente del Tribunale o il giudice designato assumono le *informazioni* ritenute opportune, riferendo poi in merito alla domanda al Tribunale che decide in camera di consiglio con ordinanza non impugnabile.

§ 3. *L'istruttoria preparatoria ai provvedimenti idonei al giudicato.*

Nel secondo gruppo facciamo rientrare quei procedimenti *su diritti* che sfociano o in provvedimenti idonei al giudicato ovvero idonei a stabilizzare il rapporto dedotto, ma la cui istruzione in senso stretto non è regolata dalle disposizioni di cui agli artt. 202 ss. c.p.c. ovvero subisce alcune significative deviazioni o limitazioni rispetto alla ordinaria istruttoria.

Ai sensi del novellato¹⁸ art. 512 c.p.c., il giudice dell'esecuzione sulla contestazione dei crediti o dei diritti di prelazione, da parte del debitore o tra i creditori, decide con ordinanza impugnabile con le forme e nei termini dell'art. 617 c.p.c. “sentite le parti e compiuti *i necessari accertamenti*”.

Pertanto, quando tra creditori concorrenti o tra creditore e debitore o terzo soggetto a espropriazione sorge controversia in sede di distribuzione della somma ricavata, a sèguito della Novella al codice

¹⁷ SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1968; GABRIELLI, *Le autorizzazioni giudiziali nella disciplina dei rapporti patrimoniali tra coniugi*, in Riv. dir. proc. 1981, 26.

¹⁸ Ad opera del d. l. n. 35 del 2005 convertito con modificazioni dalla legge n° 80 del 2005.

intervenuta nel 2005¹⁹, il giudice dell'esecuzione non deve più risolvere la relativa questione mediante l'instaurazione di un ordinario giudizio di cognizione, bensì vi provvede in prima battuta con ordinanza "sentite le parti" e, per quel che più ci interessa, "compiuti i *necessari accertamenti*", il che vuol significare che egli dovrà istruire un procedimento a "cognizione *sommatoria*"²⁰, perché *superficiale*, e con totale *deformalizzazione* anche degli eventuali atti di istruzione di cui ritiene opportuna l'ammissione. Quanto ai mezzi di prova esperibili in questo procedimento, mentre nessun dubbio sembra sorgere in merito alla deducibilità di prove precostituite, qualche obiezione è stata invece avanzata a fronte della richiesta di assunzione di prove costituende²¹, ma l'ampia discrezionalità concessa al giudice dalla previsione dovrebbe far propendere per l'ammissibilità del mezzo, pur se con gli accorgimenti dovuti in ragione della *sommarietà* della cognizione e dell'efficacia della decisione *ai soli fini del concorso*. Ciò anche perché, come è stato pure osservato, è difficile immaginare che il giudice possa decidere "allo stato degli atti" controversie generalmente complesse ed è quindi prevedibile che dovrà invece disporre "attività istruttorie vere e proprie quali, ad

¹⁹ Sul punto definita "rivoluzionaria" da ORIANI, *Le modifiche al codice di procedura civile previste dalla l. n. 80 del 1005. Titolo esecutivo, opposizioni, sospensione dell'esecuzione*, in Foro it., 2005, IV, 107.

²⁰ BOVE, *La distribuzione*, in Balena- Bove, *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari 2006, 254. Dunque, mentre prima della citata riforma la (piena) conoscenza da parte del giudice delle situazioni sostanziali contestate in sede di distribuzione rappresentava il fine dell'accertamento compiuto in tale sede, oggi tale conoscenza non è più lo scopo bensì il mezzo per continuare ad agire in via esecutiva ed appodare al concreto soddisfacimento dei creditori. Per tale ragione si è scelto, nell'ottica di questo studio, di inserire il modulo istruttorio enucleato dall'art. 512 c.p.c. nell'ambito della categoria di procedimenti destinati a fornire una certa *stabilità* al rapporto giuridico dedotto, o meglio, alla situazione *endoprocessuale* dedotta (cd. "diritto al concorso"), anche se valida ai soli fini del processo esecutivo e salva la possibilità che tali effetti vengano travolti dalla sentenza resa sull'eventuale opposizione agli atti esperita contro l'ordinanza in discorso.

²¹ Da BOVE, in *La distribuzione*, cit., 262. In generale sul problema dell'attività istruttorie nel processo esecutivo v. VERDE, *Intervento e prova del credito nell'espropriazione forzata*, Milano 1968, 124 ss.

esempio, l'esibizione di estratti conto analitici o l'espletamento di una consulenza contabile²².

Il terzo opponente all'esecuzione iniziata su un bene del quale reclama la proprietà o sul quale pretende di vantare un altro diritto reale gode di un ventaglio ristretto di prerogative istruttorie, nella misura in cui l'art. 621 c.p.c. (rubricato "Limiti alla prova testimoniale") gli impedisce di provare con testimoni il suo diritto sui beni mobili pignorati nella casa o nell'azienda del debitore, a meno che "l'esistenza del diritto stesso sia resa *verosimile* dalla professione o dal commercio esercitati dal terzo o dal debitore"²³.

Pertanto, la cd. prova "dell'affidamento"²⁴ non può esser fornita a mezzo di testimoni ovvero di *presunzioni semplici*, a meno che "l'affidamento" non sia *verosimile* in ragione della professione o del commercio esercitati dal terzo opponente o dal debitore²⁵. Ai nostri fini, la norma interessa non solo perché il Legislatore processuale ha sottratto alcune "freccie" istruttorie all'arco dell'opponente, generando un procedimento eventualmente (perché subordinato alla valutazione di *verosimiglianza* dell'affidamento) *sommario quanto all'istruzione*²⁶, ma

²² BUCCI- SOLDI, *Le nuove riforme del processo civile*, Padova 2006, 379 s..

²³ La Corte Costituzionale dichiarò con sentenza n. 112 del 1970 (reperibile *on line* su www.cortecostituzionale.it) legittimi tali limiti in ragione della facilità con la quale sarebbe altrimenti possibile perpetrare frodi in danno del creditore.

²⁴ Cass. Civ. 9.7.2004 n. 12684, in Giust. civ. 2004, I, 1941. In dottrina VACCARELLA, *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, II ed., Torino 1993, 266.

²⁵ Al fine del giudizio di *verosimiglianza* la giurisprudenza di legittimità ha precisato che l'attività esercitata dal terzo deve essere differente da quella esercitata dal debitore: "Nell'opposizione di terzo all'esecuzione, al terzo è consentito avvalersi della prova testimoniale o di presunzioni semplici per provare il suo diritto di proprietà sui beni rinvenuti presso il debitore all'atto del pignoramento, soltanto quando appaia verosimile, in base ad un giudizio di comparazione tra la professione e il commercio rispettivamente esercitati dal terzo opponente e dal debitore, necessariamente differenti, che a cagione della diversa attività svolta i beni rinvenuti presso l'abitazione del debitore siano di proprietà del terzo. (Facendo applicazione di tale principio di diritto, la S.C. ha cassato la sentenza del giudice di merito il quale aveva ritenuto utilizzabile il criterio della verosimiglianza in una ipotesi in cui il debitore pignorato e il creditore svolgevano la stessa attività commerciale nei medesimi locali)" (Cass. Civ. 16.6.2003 n. 9627, in Giust. civ. mass. 2003, 6).

²⁶ In DELLA PIETRA, *Procedimento possessorio, Contributo allo studio della tutela del possesso*, Torino 2003, 233 s., si discorre di questo *tertium genus* di sommarietà che si sostanzia nella limitazione del novero dei mezzi e che potrebbe aversi con l'esclusione

anche perché compare in tale norma uno dei concetti più usati, e forse abusati, in tema di cognizione cautelare, ovvero quello di *verosimiglianza* dei fatti, e sarà quindi oggetto di riflessioni più approfondite che si effettueranno nel secondo capitolo del presente studio.

Quello che può accennarsi in via di prima approssimazione è che sembra che quando il Legislatore processuale ha inteso dare rilievo a questo concetto, che riguarda la formazione del convincimento del giudice in merito ad un determinato fatto in una fase *antecedente* rispetto a quella istruttoria vera e propria, l'ha fatto espressamente, come in questo caso o come in quello dell'art. 265 c.p.c., laddove si dispone che il giudice può “ordinare a chi rende il conto di asseverare con giuramento le partite per le quali non si può, o non si suole richiedere ricevuta; ma può anche ammetterle senza giuramento, quando sono *verosimili* e ragionevoli”.

Secondo l'art. 640 c.p.c., il giudice del procedimento monitorio, se ritiene non “sufficientemente giustificata” la documentazione prodotta a sostegno della pretesa del creditore, invita quest'ultimo a fornire la “prova”; se il ricorrente non ottempera a quest'invito, il giudice rigetta la domanda con decreto²⁷.

di quelli di più elaborata e lunga formazione. Questo *genus* non si sovrappone alla sommarietà *quanto allo svolgimento*, perché ben potremmo avere un procedimento conforme all'ordinario che però veda espunti o semplificati alcuni mezzi di prova; né si sovrappone alla sommarietà *circa l'oggetto*, perché un conto è come si forma il convincimento (sommarietà *quanto all'istruzione*) un conto è il grado di convincimento necessario per emettere la misura (sommarietà *quanto all'oggetto*). Vi sarà però influenza reciproca in caso di istruzione *sommaria* (quale limitazione dei mezzi di prova ammissibili), che comporterà *la sommarietà dell'oggetto*, ma lo stesso non potrebbe ripetersi all'inverso, perché ben potrebbe aversi un procedimento a cognizione piena *quanto all'istruzione* ma *sommario per l'oggetto*, che è l'ipotesi in cui il provvedimento di fonda sulla probabilità che un fatto si è verificato (quindi di un grado di convincimento minore rispetto a quello richiesto nella cognizione piena), ma le parti possono disporre di tutti i mezzi utili per indurre il giudice a convincersi di quella probabilità.

²⁷ Sull'istruttoria nel procedimento per decreto ingiuntivo si veda DI ROSA, *Il procedimento di ingiunzione*, Milano 2003, 159 ss.; RONCO, *Procedimento per decreto ingiuntivo*, in *I procedimenti sommari e speciali*, a cura di Chiarloni-Consolo, I, *I procedimenti sommari*, Torino 2003, 219 ss.; MANDRIOLI, *Diritto Processuale civile*, XIII

Quella esercitata dal giudice del procedimento monitorio è un tipico esempio di cognizione *sommatoria* perché *parziale*, in quanto avviene sulla base dei soli documenti prodotti dal ricorrente, senza contraddittorio col debitore. Lasciando da parte la complessa problematica relativa al concetto di “prova scritta” richiesta ai fini dell’emissione dell’ingiunzione, che non può essere trattata nel presente studio per ovvie ragioni di economia, vale però la pena soffermarsi brevemente sulla disposizione di cui all’art. 640 c.p.c., laddove dispone che il giudice, se ritiene che nella documentazione prodotta possa ravvisarsi un *principio di prova*²⁸, ma che questa non sia idonea da sola a giustificare l’emissione del provvedimento, può invitare il creditore a “provvedere alla prova”. La norma interessa la nostra indagine per varie ragioni: innanzitutto nella misura in cui in essa è ravvisabile una deroga al principio dell’onere della prova²⁹, che è uno dei cardini del nostro sistema processuale; in secondo luogo, perché siamo di fronte ad una istruttoria le cui potenzialità in punto di mezzi esperibili sono evidentemente limitate, in quanto si ritiene che non siano ammissibili prove orali né l’interrogatorio del ricorrente³⁰, mentre è discussa l’ammissibilità del deposito da parte di quest’ultimo di una memoria illustrativa a sostegno non solo della documentazione offerta ma anche al fine di fornire al giudice chiarimenti intorno alle questioni sulle quali si è ritenuto opportuno approfondire l’esame³¹.

ed., III, Torino 2005; VALITUTTI – DE STEFANO, *Il decreto ingiuntivo e la fase di opposizione*, Padova 2000, 148 ss.

²⁸ RONCO, *Procedimento per decreto ingiuntivo*, in *I procedimenti sommari e speciali*, a cura di Chiarloni- Consolo, I, *I procedimenti sommari*, Torino 2005, 220.

²⁹ CONSOLO - LUISO, *Codice di procedura civile commentato*, Milano 2007, 4488.

³⁰ Così MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit., 23.

³¹ Favorevoli sono RONCO, *Procedimento per decreto ingiuntivo*, in *I procedimenti sommari e speciali*, cit., 219 e VALITUTTI - DE STEFANO, *Il decreto ingiuntivo e la fase di opposizione*, cit., 148. Questi ultimi affermano in particolare che l’art. 640 c.p.c. non vincolerebbe il ricorrente in merito alla “risposta” da fornire al giudice a seguito dell’invito rivoltagli, e pertanto deve ritenersi ammissibile la produzione di una nota illustrativa delle proprie ragioni. Tuttavia, sembra che una volta ammessa tale produzione ciò dovrebbe comportare un’adeguata informazione dell’intimato, imponendosi un onere di notifica nei suoi confronti anche della memoria integrativa. *Contra* Tribunale di Venezia 4.6.1992, Soc. Leasing artigiano c. Bello, in Foro it. 1994,

Il nuovo³² art. 702 *ter* c.p.c., che disciplina in generale la fase della trattazione del cd. *procedimento sommario di cognizione*, al comma quinto delinea i tratti di una fase istruttoria simile a quella prevista dall'art. 669 *sexies*, 1° co., c.p.c., per l'istruttoria cautelare nel procedimento a contraddittorio instaurato, con la differenza però che nel primo caso gli "atti istruzione" che il giudice è tenuto a compiere non sono quelli "*indispensabili* in relazione ai presupposti e ai fini del provvedimento richiesto", bensì quelli ritenuti "*rilevanti* in relazione all'oggetto del provvedimento richiesto".

Questo tipo di *valutazione preliminare*, ricorda quella che il giudice è chiamato a compiere in sede di decisione della lite ad onta della eccezione di compensazione del convenuto che in ragione del valore radichi la competenza del giudice superiore, ipotesi presa in esame dall'art. 35 c.p.c.: si noti, infatti, che in quest'ultimo caso se il giudice ritiene che la domanda sia fondata su un titolo non controverso o "facilmente accertabile", può decidere su di essa, rimettendo le parti al giudice superiore affinché questi decida sulla fondatezza del credito opposto in compensazione³³; nel comma terzo dell'art. 702 *ter* c.p.c. è previsto invece che il giudice vagli preliminarmente la *non sommarietà* dell'istruzione *necessaria* per addivenire ad una decisione definitiva sulla domanda, valutazione che ha ad oggetto proprio il *thema probandum* e quindi la *quantità* degli atti probatori da compiere.

Pertanto, sia nel caso della valutazione preliminare alla (istruzione e) decisione della domanda principale in ipotesi di eccezione di compensazione, sia nel caso di indagine sulla *non sommarietà*

I, 289: "È inconciliabile con la natura del procedimento per ingiunzione, e pertanto dev'essere espunta dagli atti la memoria del difensore del ricorrente depositata ad illustrazione del ricorso per ingiunzione".

³² Introdotto dall'art. 51 della legge n. 69 del 2009.

³³ In generale sull'eccezione di compensazione v. SCARSELLI, *La condanna con riserva*, Milano 1989, 326 ss.; CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I e II, Padova 1985; MERLIN, *Compensazione e processo*, II, Milano, 1991- 1994, 276; BORGHESI, *Compensazione nel diritto processuale civile*, in Dig. it., IV, civ., III, Torino 1988, 96 ss.

dell'istruzione bastevole ai fini dell'ordinanza conclusiva del procedimento *sommario* di cognizione, siamo al cospetto di giudizi *prognostici* aventi ad oggetto il *dovuto* approfondimento probatorio. Tuttavia, le differenze tra l'una e l'altra valutazione sono almeno due: innanzitutto, sono diversi le funzioni, laddove nel caso dell'eccezione di compensazione la *prognosi* del giudice è finalizzata alla decisione della lite, mentre quella che il giudice è tenuto a compiere preliminarmente in sede di procedimento *sommario* è preordinata alla possibilità di far proseguire il processo secondo le forme *sommario*; inoltre, solo per il procedimento *sommario* tale *prognosi* avrà come riferimento un modulo istruttorio *speciale* o *deformalizzato*, quale quello previsto dall'art. 702 *ter*, 5° co., c.p.c. (a sua volta modellato, con deviazioni, vedremo quanto significative, sulla previsione di cui all'art. 669 *sexies*, 1° co., c.p.c.), laddove, come accennato *supra*, nel caso di indagine sulla "facile accertabilità" del titolo allegato alla domanda principale ex art. 35 c.p.c., il modello istruttorio di riferimento è quello di cui agli artt. 202 ss. c.p.c., che tuttavia si svolgerà per forza di cose sul solo materiale dedotto dall'attore, giustificando quindi la definizione che tradizionalmente si attribuisce al provvedimento conclusivo di esso come a cognizione *sommario* perché *parziale*³⁴.

In altre parole, in quest'ultimo caso sebbene il materiale probatorio sul quale il giudice decide di iniziare l'indagine sul fatto, stimata preliminarmente come *non complessa*, sia solo quello prodotto dall'attore a fondamento della propria pretesa, riservando l'esame dell'eccezione di compensazione del convenuto al successivo accertamento del giudice superiore, il modello che dovrà essere utilizzato per compiere la detta indagine (o meglio, il modello da mettere a disposizione delle parti per provare gli elementi a fondamento delle domande e delle eccezioni proposte) sarà quello della cognizione ordinaria ed in base a questo

³⁴ CHIOVENDA, *Azioni sommario. La sentenza di condanna con riserva*, in *Saggi di diritto processuale civile* (1900- 1930), I, Roma 1930, 122 s.

modello si dovrà parametrare la “facilità” dell’accertamento dovuto; invece, la valutazione *prognostica* che è chiamato a compiere il giudice adito in sede di procedimento *sommario* di cognizione riguarda la possibilità di svolgere un’indagine che non segue la forma ordinaria, bensì espressamente quella *deformalizzata* di cui all’art. 702 *ter*, 5° co., c.p.c., ovvero un accertamento da compiersi attraverso “atti di istruzione rilevanti in relazione all’oggetto del provvedimento richiesto”.

Altra significativa disposizione per il presente studio è quella contenuta nell’art. 738, 3° co., c.p.c.³⁵ in quanto anche in questo caso, come per l’art. 669 *sexies*, essa delinea uno schema istruttorio richiamato anche da varie altre disposizioni del codice di procedura civile, le quali richiamano appunto le *informazioni* come modello d’indagine per la verifica delle ipotesi sul fatto.

§ 4. *L’istruttoria nei procedimenti speciali (sommari o non) finalizzati all’emissione di provvedimenti anticipatori e provvisori.*

Folta è nel codice di procedura civile la rappresentanza di procedimenti *speciali (sommari e non)* finalizzati all’emissione di provvedimenti *anticipatori e/o provvisori* nei quali l’istruttoria è disciplinata secondo modelli *deformalizzati*.

L’art. 665 c.p.c., in tema di procedimento per convalida di sfratto, prevede la possibilità per il locatore di ottenere una pronuncia immediatamente esecutiva nel rapporto con il conduttore che gli consenta di ottenere il rilascio dell’immobile locato, sempre che l’intimato non abbia fondato la propria opposizione “su prova scritta” e che non sussistano “gravi motivi” in contrario; la disposizione rappresenta una

³⁵ Della vastissima letteratura in materia citiamo MICHELI, *Camera di consiglio (diritto processuale civile)*, in Enc. dir., V, Milano 1959, 990 ss.; ARIETA, *Procedimento camerale*, in Dig. it., IV, civ., XIV, Torino 1996, 457; CERINO CANOVA, *Per la chiarezza delle idee in tema di procedimento camerale e di giurisdizione volontaria*, in Studi Allorio, I, Milano 1989; PAGANO, *Contributi allo studio dei procedimenti in camera di consiglio*, Napoli 1996; CIVININI, *I procedimenti in camera di consiglio*, Torino 1994; FAZZALARI, *Giurisdizione volontaria*, Enc. dir., XIX, Milano 1979, 341 ss.; PROTO PISANI, *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. del codice di procedura civile*, cit., 393; SANTARCANGELO, *La volontaria giurisdizione*, Milano 2003, I.

delle manifestazioni del nostro sistema dell'istituto della *condanna con riserva delle eccezioni*.

A sèguito della contestazione dell'intimato sorge innanzitutto l'onere per l'attore di provare attraverso produzione documentale³⁶ i fatti costitutivi del diritto azionato; a questo punto entra in gioco la valutazione di tipo *prognostico* sulla *probabile* sorte delle eccezioni dedotte insieme alla opposizione alla convalida³⁷, valutazione che deve essere guidata dalla direttiva istruttoria fornita dal primo comma dell'art. 665 c.p.c., ovvero innanzitutto col dare rilevanza all'eventuale "prova scritta"³⁸ allegata dall'intimato nonché alla ricorrenza dei "gravi motivi" che ostino alla pronuncia del provvedimento condizionato. Secondo l'interpretazione estensiva, per "prova scritta" deve intendersi ogni atto scritto dal quale può dedursi un'apparenza di fondatezza dell'eccezione, e quindi quietanze di pagamento, ricevute di vaglia postali o di bonifici bancari, copie e matrici di assegni con ricevuta della lettera raccomandata di spedizione all'intimante, etc.³⁹; secondo una tesi più restrittiva, invece, con la detta espressione il Legislatore avrebbe inteso riferirsi solo alla prova documentale di cui all'art. 2699 c.c.⁴⁰. Circa i "gravi motivi", la cui ricorrenza impedisce l'emissione del provvedimento interinale, essi possono innanzitutto emergere dalla documentazione che non assurga al rango di prova documentale ex art. 2699 c.c. (ciò si verificherà nell'ipotesi di accoglimento della interpretazione restrittiva dell'espressione "prova scritta"); più in generale, essi possono essere costituiti da fatti particolarmente gravi posti a fondamento delle eccezioni

³⁶ TRISORIO LIUZZI, *I procedimenti sommari e speciali. Procedimenti sommari*, Torino 2005, 784

³⁷ PROTO PISANI, *Il procedimento per convalida di sfratto*, in Riv. trim. dir. proc. civ. 1988, 1380. In giurisprudenza v. Pretura di Verona 25.2.1986, in Giur. merito 1987, 616.

³⁸ Sul punto vedi diffusamente MONTANARI, *Il principio di prova per iscritto*, Torino 2005, *passim*.

³⁹ TRISORIO LIUZZI, *I procedimenti sommari*, cit., 784; BUCCI - CRESCENZI, *Il procedimento per convalida di sfratto*, Padova 1990, 171.

⁴⁰ PREDEN, *Sfratto*, in Enc. dir., XLII, Milano 1990, 455. Secondo l'Autore, ragionando diversamente si creerebbe una ingiustificata disparità di trattamento probatorio tra il locatore intimante e l'intimato, il quale risulterebbe irragionevolmente facilitato.

dell'intimato⁴¹, ma anche da interpretazioni normative opinabili che possano far propendere per la *probabile fondatezza* delle eccezioni o comunque per l'apparente fragilità di quanto esposto dal locatore; si è anche sostenuto che la formula evoca il concetto di prova di "pronta soluzione"⁴², anche se pare che la gamma di impedimenti cui il Legislatore può aver pensato sia più ampia; infine, si è sostenuto che con tale espressione non si è voluto far riferimento né ai motivi fondati su prova scritta, né alle difese di rito o di merito, in quanto per esse non sarebbe necessaria alcuna attività probatoria, e che quindi si sia inteso far riferimento ad allegazioni nuove che comportino l'ammissione di prove costituende o su elementi comunque rinvenibili agli atti di causa⁴³.

Il "faro"⁴⁴ della presente ricerca è rappresentato dalla disposizione di cui all'art. 669 *sexies* c.p.c.⁴⁵, il quale per i procedimenti *cautelari*

⁴¹ GARBAGNATI, *I procedimenti per ingiunzione e per convalida di sfratto*, Milano 1979, 362. Secondo il Tribunale di Messina, 16.6.2008, in *Redazione Giuffrè* 2009: "Le eccezioni avanzate dall'intimata, concernenti l'erroneità della data di scadenza dello sfratto, impongono all'intimante oneri probatori che, se non adeguatamente assolti, costituiscono gravi motivi ostativi all'emissione dell'ordinanza non impugnabile di immediato rilascio".

⁴² PROTO PISANI, *Il procedimento per convalida di sfratto*, cit., 1364.

⁴³ COSÌ FRASCA, *Il procedimento per convalida di sfratto*, Torino 2001, 272 ss.

⁴⁴ L'espressione è di DELLA PIETRA, *Il procedimento possessorio – Contributo allo studio della tutela del possesso*, cit., 219.

⁴⁵ CARPI, *I processi cautelari e l'esecuzione nel disegno di legge per la riforma urgente del c.p.c.: la competenza e il procedimento*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1990, 1258 ss.; PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli 1991, 340 ss.; ID., *L'istruzione nei procedimenti sommari*, in Foro it. 2002, V, 17 OLIVIERI, *I procedimenti cautelari nel nuovo processo civile*, in Riv. dir. proc. 1991, 688; FAZZALARI, *Profili della cautela*, in Riv. dir. proc. 1991, 1 ss.; ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova 1991, 229 ss.; SALETTI, *Appunti sulla nuova disciplina delle misure cautelari*, in Riv. dir. proc. 1991, 355 ss.; CONSOLO, *La riforma del processo di cognizione*, Milano 1991; ID., *Commentario alla riforma del processo civile*, in Consolo- Luiso- Sassani, Milano 1996, 618, confluito in *Il nuovo processo cautelare. Problemi e casi*, Torino 1998, 112 ss.; ID., *Processo cautelare: problemi aperti e linee di tendenza*, in Giur. it., 1998, 3, 611 ss.; TOMMASEO, *Legge 26 novembre 1990 n. 353*, in Corr. giur. 1991, 100; TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano 1992, 462 ss.; SALVANESCHI, *La domanda ed il procedimento*, in Aa. Vv., *Il nuovo processo cautelare*, a cura di Tarzia, Padova 1992; CECHELLA, *Il processo cautelare. Commentario*, Torino 1997; GHIRGA, *Principi generali del processo e misure provvisorie*, in Riv. dir. proc. 1997, 489 ss.; CORDOPATRI, *Inferenza probatoria e massime d'esperienza, prova, presunzione e indizio*, in Giur. mer., 1999, 3, IV, 632; G. F. RICCI, *Le prove atipiche*, Milano 1999, 478 ss.; SATTA - PUNZI, *Diritto Processuale civile*, Padova 2000; DELLA PIETRA, *Il procedimento possessorio*, cit., 219 ss.; MERLIN, *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, in Dig. disc. priv., sez. civ., XIV, Torino 2004, 393 ss.; RECCHIONI, *Il Processo cautelare uniforme, I procedimenti*

(nonché per le denunce, per i provvedimenti d'urgenza e per i procedimenti possessori, per l'espresso richiamo contenuto nel 2° comma dell'art. 703 c.p.c.) propone, al primo comma, un modello di istruttoria espressamente *deformalizzato*, nella parte in cui stabilisce di procedere senza il rispetto di particolari "formalità", assumendo solo i mezzi di prova che siano "*indispensabili* in relazione ai presupposti e ai fini del provvedimento richiesto"; al secondo comma, per l'ipotesi del procedimento che si svolge in assenza di contraddittorio, l'istruzione viene limitata alle *sommariе informazioni* che il sistema previgente utilizzava invece per i sequestri *ante causam* (abrogato art. 672, 4° co., c.p.c.⁴⁶), per le denunce *ex art.* 689, 1° co., c.p.c.⁴⁷ e per i provvedimenti d'urgenza⁴⁸.

La disposizione è di notevole rilievo non solo rimanendo nell'ambito del procedimento cautelare uniforme, per la novità che essa ha rappresentato rispetto alla precedente formulazione⁴⁹, ma anche perché il modello da essa delineato è stato poi ripreso successivamente, con alcune modifiche, da altre disposizioni regolanti procedimenti diversi rispetto a quello cautelare, caratterizzati dalla *sommarietà* o *semplificazione del procedimento*, ma non sempre dalla *sommarietà della cognizione*; pertanto, tale modello rappresenterà il punto di riferimento costante della presente ricerca.

sommari e speciali, a cura di Chiarloni-Consolo, Torino 2005. Per la disciplina previgente VERDE, voce *Prova* (dir. proc. civ.), Enc. dir., XXXVII, 1988, 579.

⁴⁶ Si riporta per completezza il testo previgente: "*Il giudice, assunte, quando occorre, sommarie informazioni, provvede con decreto motivato se trattasi di sequestro conservativo, ovvero di sequestro giudiziario che abbia per oggetto cose mobili; se trattasi invece di sequestro giudiziario avente per oggetto cose immobili, ovvero aziende o altre universalità di beni, provvede con ordinanza, dopo aver sentito le parti, salvi i casi di eccezionale urgenza o di pericolo nel ritardo nei quali può provvedere con decreto motivato*"

⁴⁷ "*Il giudice può dare immediatamente con decreto i provvedimenti necessari, assunte quando occorre sommarie informazioni; ma può disporre che siano citate le parti interessate, anche a ora fissa.*"

⁴⁸ Il previgente art. 702 richiamava infatti l'art. 689 c.p.c.

⁴⁹ Vigente fino al 1 gennaio 1993 in virtù della modifica intervenuta con legge n. 353 del 1990, art. 74.

Nella categoria in discorso, dunque, si pongono tutti quei provvedimenti emessi all'esito di procedimenti cautelari, siano essi idonei ad anticipare gli effetti del futuro provvedimento di merito, e quindi a conservare efficacia a prescindere dall'instaurazione o comunque dalle sorti anomale del processo di merito avente ad oggetto il diritto sostanziale "oggetto" della misura interinale⁵⁰, siano essi atti a cristallizzare la situazione sostanziale sulla quale incidono al fine di impedire che il ritardo nell'emananda sentenza possa pregiudicare la *fruttuosità* del diritto dell'istante.

Tali provvedimenti sono emessi all'esito di un procedimento che segue il modello istruttorio delineato dall'art. 669 *sexies* c.p.c. il quale, come noto, è stato introdotto insieme alla generale disciplina del procedimento cautelare uniforme, ed ha preso il posto delle singole discipline in precedenza dettate nei diversi procedimenti. Dunque, la vera innovazione è stata proprio l'introduzione del modello istruttorio del procedimento cd. "ordinario", che ha visto l'ingresso nel codice della disciplina dell'istruzione probatoria valida per l'intera tipologia di provvedimenti cautelari, laddove in precedenza la specificazione dei singoli mezzi istruttori esperibili era prevista solo per le denunce⁵¹: non essendo stata tale nuova previsione accompagnata dalla specificazione di mezzi e forme si è imposto un continuo confronto con le modalità di espletamento dell'attività istruttoria del processo ordinario e con il codice sostanziale per la relativa individuazione. Questa e le altre complesse problematiche connesse all'istruttoria cautelare saranno dunque oggetto

⁵⁰ E dunque secondo la Novella apportata al Codice dalla legge n° 80 del 2005, quelli emessi all'esito di azioni di nunciazione, i provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c. e gli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito (art. 669 *octies*, 6° co., c.p.c.).

⁵¹ L'abrogato art. 689 c.p.c. infatti così proseguiva al secondo comma: "[Il giudice] Deve sempre ordinare la citazione delle parti interessate quando crede necessario procedere a ispezioni di luoghi o ad audizione di testimoni. [III] Può sentire i testimoni che gli sono presentati dalle parti e può richiederli personalmente quando li trova sul luogo. [IV] Può farsi assistere da un consulente tecnico o demandargli singole indagini".

delle specifiche riflessioni che si effettueranno nel secondo capitolo del presente studio.

Particolarmente utili si riveleranno ai nostri fini gli studi condotti in tema di procedimenti di istruzione preventiva.

L'art. 695 c.p.c.⁵² stabilisce che il Presidente del Tribunale o il giudice di pace “assunte, quando occorra, *sommario informazioni*” provvede sulla istanza di ammissione preventiva della prova testimoniale, ovvero nel caso di accertamento tecnico preventivo o di ispezione giudiziale (per il richiamo contenuto nell'art. 696, 3° co., c.p.c.), fissando all'uopo l'udienza e designando il giudice che deve procedervi; nei detti casi, il Presidente del Tribunale (o il giudice di pace), all'esito delle *informazioni sommario*, se ammette la prova, fissa l'udienza per la relativa assunzione e designa il giudice che deve procedervi.

E' opinione diffusa⁵³ quella secondo la quale il procedimento in parola è fondato su una cognizione *sommario* di tipo *superficiale*, in quanto da un lato la relativa disciplina è inserita nel Titolo I del Libro IV del codice di procedura civile, che disciplina appunto i procedimenti *sommario*, dall'altro colui contro il quale la misura è richiesta può resistere alla sua emanazione, argomentando e provando l'inesistenza degli elementi che giustifichino il provvedimento di tutela cautelare della prova. Altro chiaro indice di *sommarietà* del procedimento starebbe nel fatto che la decisione si fonda su un'istruttoria in cui vi è piena discrezionalità del giudice nell'assunzione delle prove, che può avvenire quindi senza il rispetto delle formalità previste per il giudizio ordinario, nonché nella possibilità di assunzione di un numero inferiore di mezzi

⁵² In generale v. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova 1936, 65 ss.; SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 1, Milano 1968, 252 ss.; BALENA, *Procedimento di istruzione preventiva*, in Enc. giur. Treccani, XVIII, Roma 1990; BESSO, *La prova prima del processo*, Torino 2004, 259 ss.; NARDO, *Contributo allo studio dell'istruzione preventiva*, Napoli 2005, 242 ss.; A. A. ROMANO, *La tutela cautelare della prova nel processo civile*, Napoli 2004, 192 ss.; SALVANESCHI, *I provvedimenti di istruzione preventiva*, in Riv. dir. proc. 1988, 800.

⁵³ CONSOLO - LUISO, *Codice di procedura civile commentato*, III ed., Milano 2007, sub art. 695, 5107 ss.

rispetto a quelli teoricamente disponibili e, infine, vi sarebbe apertura all'utilizzo delle prove cd. *atipiche*⁵⁴.

Tuttavia, se queste possibilità istruttorie sono riscontrabili (ma vedremo con quali limiti) in generale in tutti i procedimenti cautelari, e dunque non solo in quelli preordinati alla tutela preventiva della prova, la sovrapposibilità delle problematiche tra tutela cautelare *tout court* (o del processo esecutivo) e tutela cautelare della prova (o del processo di cognizione) finisce qui, in quanto i complessi problemi che pone il concetto di *deformalizzazione* dell'istruttoria in ambito della cautela *tout court* rivestono nell'ambito della seconda un'importanza minore: infatti, mentre per l'accoglimento di una domanda a cautela di un diritto soggettivo la cui fruttuosità o la cui stessa esistenza sono messi in pericolo dal ritardo nell'ottenimento della tutela in via ordinaria è necessario vagliare la *probabile fondatezza* della pretesa di merito, e quindi in genere si avverte la necessità di esperire attività istruttoria di conferma delle ipotesi in fatto, per la valutazione dell'accoglibilità dell'istanza di tutela cautelare istruttoria, invece, è sufficiente la mera conoscenza del *thema decidendum*; ciò ha portato la dottrina⁵⁵ a riflettere

⁵⁴ A. A. ROMANO, *La tutela cautelare della prova nel processo civile*, cit., 191 ss. In queste pagine, premesso che la natura *cautelare* della normativa sulla tutela della prova è data dalla circostanza che i provvedimenti emessi all'esito di procedimenti di istruzione preventiva non possono mai tener luogo dell'ordinanza istruttoria emessa all'interno del giudizio di merito, l'Autore individua il *proprium* della *sommarietà* della cognizione nella possibilità, ed anzi necessità, di una *minor completezza nell'acquisizione del materiale istruttorio*, e conseguentemente una *minor accuratezza della decisione interinale* rispetto a quella assunta nel processo dichiarativo: la *sommarietà* tipica della cognizione cautelare starebbe allora nel potere-dovere di chiudere l'istruttoria cautelare in un momento antecedente rispetto a quello che nel processo ordinario è individuato dalla disposizione di cui all'art. 209 c.p.c., ovvero allorché siano stati assunti tutti i mezzi di prova ammessi o quando il giudice ritenga *superflua* la prosecuzione dell'assunzione in virtù dei risultati probatori già acquisiti. Non atterrebbe, invece, alla *sommarietà* tipica cautelare l'eventuale minore ampiezza dell'oggetto della cognizione rispetto a quella ordinaria, poiché l'introduzione nel successivo giudizio di merito di fatti non dedotti in quello cautelare, e dunque la presunta *incompletezza* del secondo rispetto al primo, risponde a scelte difensive delle parti e non è imposto da alcuna necessità *strutturale*: mentre quindi l'incompletezza dell'attività istruttoria rappresenta una "costante della cognizione cautelare", l'incompletezza delle allegazioni dipende da una scelta di parte e perciò non può esser dedotta quale elemento distintivo della cognizione in parola.

⁵⁵ A. A. ROMANO, *La tutela cautelare della prova*, cit., 200 s.

sul particolare tipo di *sommarietà* che caratterizza la tutela in discorso, sostenendo che la *sommarietà* della cognizione che ivi si svolge è del tutto *sui generis*, rivestendo un ruolo secondario rispetto a quello giocato nel caratterizzare la tutela cautelare del diritto soggettivo del (e *dal*) processo dichiarativo, poiché nel primo caso, come peraltro avviene in sede di tutela ordinaria nel momento in cui il giudice deve vagliare l'ammissibilità e la rilevanza dei mezzi di prova proposti, si affidano al giudice decisioni che in genere non postulano la necessità di indagini di fatto o che presentano particolari difficoltà sotto l'aspetto del giudizio di diritto.

Uno "scheletro" istruttorio molto simile ai due modelli di cui ai all'art. 669 *sexies*, 1° e 2° comma, è rappresentato dal disposto del secondo comma dell'art. 736 *bis* c.p.c.⁵⁶ che, in tema di ordini di protezione contro gli abusi in famiglia, dispone che il giudice designato "procede *nel modo più opportuno agli atti di istruzione necessari*", mentre solo in caso di "urgenza" (art. 736 *bis*, 3° co., c.p.c.) egli può emanare il decreto di protezione immediatamente assumendo, ove occorra, *sommariе informazioni*, fissando contestualmente l'udienza di comparizione all'esito della quale confermare, revocare o modificare il provvedimento emesso *inaudita altera parte*.

E' nota la disputa intorno alla *natura* del procedimento previsto dall'art. 736 *bis* c.p.c.; premessa la incerta definizione sistematica, nonostante la tensione di tali provvedimenti ad incidere su una situazione in cui il *periculum* ne caratterizza fortemente la funzione ("quando la condotta del coniuge o di altro convivente è causa di *grave pregiudizio* all'integrità fisica o morale ovvero alla libertà dell'altro coniuge o convivente", secondo la formula dell'art. 342 *bis* c.c.) e nonostante, per

⁵⁶ AULETTA, *Misure (civili) contro la violenza nelle relazioni familiari: ipotesi ricostruttive della legge n. 154/2001*, in Fam. dir. 2003, 294; ID., *L'azione civile contro la violenza nelle relazioni familiari (art. 736 bis c.p.c.)*, in Riv. dir. proc. 2001, 1045; TOMMASEO, *Abuso della potestà e allontanamento coattivo della causa familiare*, in Fam. dir. 2002, 639.

quel che più conta ai nostri fini, il procedimento si svolga secondo uno schema istruttorio che riprende in parte quello delineato dall'art. 669 *sexies* c.p.c. per il procedimento cautelare uniforme, l'orientamento dottrinale maggioritario esclude che possano qualificarsi come misure *cautelari* in senso stretto⁵⁷; parte della dottrina ha allora sostenuto che si tratti di procedimenti camerale contenziosi⁵⁸ anche se aventi elementi tipici sia del procedimento cautelare sia della volontaria giurisdizione⁵⁹; secondo altra dottrina⁶⁰, invece, a tali provvedimenti avrebbe dovuto in

⁵⁷ AULETTA, *L'azione civile contro la violenza nelle relazioni familiari (art. 736 bis c.p.c.)*, cit., 1045, per il quale l'esclusione della natura *cautelare* del provvedimento può cogliersi sotto diversi aspetti: a) il decreto del giudice civile, di accoglimento o di rigetto, non è previsto che sia seguito da un giudizio di merito; b) lo stesso provvedimento è sempre a tempo determinato, pertanto la sua efficacia è indipendente dal tempo necessario per ottenere giustizia in via ordinaria; c) circa il regime fiscale, la stessa legge n° 154, all'art. 7, separa i provvedimenti in parola da quelli *cautelari* diretti ad ottenere la corresponsione dell'assegno di mantenimento; d) la norma che disciplina la sospensione dei termini nel periodo feriale (art. 92, l. ord. giud.) individua da un lato i *procedimenti cautelari*, dall'altro gli *ordini di protezione* in questione, ammettendoli entrambi alla trattazione durante il detto periodo, ma con l'intento di separarli concettualmente; e) la sanzione penale che assiste la violazione dell'ordine è quella sancita dall'art. 388, 1° co., c.p. (inadempimento di obblighi civili nascenti da "sentenza di condanna"), e non dal 2° comma del medesimo articolo (che sanziona la violazione da provvedimento prescrittivo di "misure cautelari"). V. pure D'ALESSANDRO, *Gli ordini civili di protezione contro gli abusi familiari: profili processuali*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2007, 1, 225.

⁵⁸ VALITUTTI, *I procedimenti possessori e camerale*, a cura di Chiarloni – Consolo, III, Torino 2005, 319. Peraltro, l'ultimo comma della norma in esame rinvia proprio alla disciplina di cui agli artt. 737 ss. c.p.c. "per quanto non previsto dal presente articolo".

⁵⁹ FIGONE, *La legge sulla violenza in famiglia*, in Fam dir. 2001, 357.

⁶⁰ CARRERA, *Violenza domestica e ordini di protezione contro gli abusi familiari*, in Fam dir. 2004, 388; FIGONE, *Violazione in famiglia ed intervento del giudice*, Fam. dir. 2002, 506; SCARANO, *L'ordine di allontanamento dalla casa familiare*, in Famiglia, 2003, 333, il quale parla di misure "latamente cautelari" in quanto tendenti ad evitare il verificarsi o l'aggravarsi di un danno imminente. La tesi della natura *cautelare* del provvedimento in esame faceva leva essenzialmente su due argomenti, uno sistematico, l'altro testuale: il primo si fondava sul fatto che la corrispondente misura emessa dal giudice penale è espressamente prevista nell'ambito del Libro IV del codice di procedura penale, che disciplina le misure *cautelari* personali; il dato testuale, invece, coglieva l'importanza della dicitura contenuta nella Relazione alla futura l. n. 154 che parlava di "misura a carattere *cautelare* e provvisorio". Tale tesi è stata posta dalla giurisprudenza di legittimità come base per la negazione della possibilità di esperire il ricorso per cassazione avverso la decisione sul reclamo promosso contro il provvedimento in discorso: in occasione della sentenza del 15.1.2007 n. 625 in Giust. civ. mass. 2007, 1, la Suprema Corte, richiamando l'orientamento già fatto proprio dalla sentenza del 5.1.2005 n° 208, in Foro it. 2006, 1, 224, ribadiva la inammissibilità del rimedio proposto, in ragione della durata temporanea dell'ordine, della perdita di efficacia dello stesso sia per decorso del termine massimo di efficacia (6 mesi, salvo proroga) sia per la

ogni caso riconoscersi natura *sostanzialmente* cautelare, essendo caratterizzati dall'urgenza nel provvedere e dalla temporaneità degli effetti; infine, ne è stata riconosciuta la funzione "accidentalmente" cautelare laddove il provvedimento anticipi gli effetti di una futura decisione di merito ovvero di un diverso provvedimento idoneo ad assicurare un rapporto duraturo tra ex conviventi⁶¹.

Quel che più da vicino riguarda il presente studio è che mentre viene richiamata dall'ultimo comma dell'art. 736 *bis* c.p.c., per tutto quanto non espressamente stabilito nella detta norma, proprio la disciplina contenuta negli artt. 737 ss. c.p.c., il modello di istruttoria che il Legislatore ha invece individuato per tale tipo di procedimento non è quello tipico dei procedimenti camerale, bensì richiama in (buona) parte quello dell'istruttoria cautelare previsto dall'art. 669 *sexies* c.p.c., pur se con qualche deviazione: infatti, mentre per il procedimento cautelare si parla di atti di istruzione "*indispensabili* in relazione ai presupposti e ai fini del provvedimento richiesto", l'art. 736 *bis* c.p.c. impone il compimento di atti di istruzione "*necessari*", da compiersi in ogni caso nel modo ritenuto "più opportuno" dal giudice.

Invece, laddove se ne ravvisi l' "urgenza", il giudice può adottare immediatamente l'ordine di protezione, assunte "ove occorra *sommarie*

pronuncia dell'ordinanza presidenziale nel procedimento di separazione personale o di divorzio, ma soprattutto perché, ai fini dell'ammissibilità del ricorso per cassazione ex art. 111 Cost. "non è sufficiente che il diritto abbia inciso su diritti soggettivi, ma occorre che esso abbia deciso *una controversia su diritti soggettivi con attitudine al giudicato* o quanto meno con *attitudine pro iudicato*".

⁶¹ Così AULETTA, *L'azione civile contro la violenza nelle relazioni familiari*, cit., 1048. Peraltro, quel che però appare meno conciliabile con la natura tecnicamente *cautelare* della misura in discorso è il risultato di una osservazione più generale: pur laddove la misura cautelare a carattere anticipatorio conservi efficacia a prescindere dall'instaurazione del giudizio di merito, permane quanto meno la *astratta* possibilità di instaurare tale giudizio (in questo senso si è detto che la *attenuazione* della strumentalità prodotta dalle recenti riforme ha riguardato solo quell'aspetto detto *strutturale* del legame tra cautela e merito, e non quello *funzionale*) mentre non può sostenersi che il giudizio di separazione o di divorzio sia proprio *quel* giudizio di merito *a strumento del quale* viene concesso l'ordine di protezione, non fosse altro perché tale provvedimento può essere emesso anche *tra conviventi* oppure in danno del figlio che abbia tenuto la condotta in pregiudizio dei genitori.

informazioni”, fissando contestualmente l’udienza dinanzi a sé ed il termine per la notificazione del provvedimento; all’udienza si provvederà così alla conferma, alla modifica ovvero alla revoca dell’ordine in questione (art. 736 *bis*, 3° co., c.p.c.), secondo un modello procedimentale molto simile a quello delineato dal secondo comma dell’art. 669 *sexies* c.p.c. per il caso di emissione di misure cautelari *inaudita altera parte*.

Pur dovendo necessariamente rinviare a quanto si dirà in merito alla possibilità di attribuire un significato concretamente diverso alle molteplici espressioni utilizzate dal Legislatore al fine di individuare il tipo di istruttoria *necessaria* per l’emissione dei provvedimenti *sommari* o *speciali*, in quanto tale tema costituisce uno degli aspetti principali del presente studio, per ora non si può fare a meno di notare come il procedimento *inaudita altera parte* previsto dalla norma sugli ordini di protezione si fonda su un presupposto diverso o in ogni caso più ampio rispetto a quello che giustifica in genere l’emissione di una misura cautelare senza la previa instaurazione del contraddittorio: mentre nel primo caso, infatti, si parla genericamente di “urgenza” nel provvedere, usando l’espressione con la quale si è soliti individuare il *pregiudizio nel ritardo*, tradizionalmente inteso come uno dei presupposti della cautela in generale, nel caso dell’art. 669 *sexies*, 2° co., c.p.c., il presupposto che giustifica la compressione (momentanea) del principio del contraddittorio è generalmente individuato nel *pregiudizio per l’attuazione* dell’emananda misura, ovvero ancora nel pericolo da ritardo “al quadrato”. Sebbene, allora, i presupposti siano in parte diversi, il Legislatore ha dettato per entrambe le dette ipotesi una disciplina identica quanto al modello di istruzione da adoperare, ovvero quello delle *sommatorie informazioni*, generalmente considerato il modello più lontano possibile dall’istruttoria ordinaria, in quanto in esso la *deformalizzazione*

raggiunge il suo livello più alto e la discrezionalità del giudice è la più ampia possibile.

§ 5. *La mera indicazione dei criteri di valutazione degli elementi di fatto.*

Vi sono, poi, all'interno del codice di rito una serie di disposizioni nelle quali il Legislatore non individua il modulo istruttorio utilizzabile per l'accertamento dei fatti rilevanti, in alcuni casi perché esso è ricavabile dalla natura del procedimento in cui tale valutazione si inserisce, negli altri invece determinando oggettivamente una lacuna, limitandosi ad indicare alcuni *criteri di valutazione* dei fatti stessi che siano in ogni caso emersi e sui quali deve essere assunta una certa decisione.

Vi rientra, ad esempio, l'ipotesi di cui all'art. 35 c.p.c.⁶², del quale abbiamo già fatto cenno discorrendo della valutazione che il giudice compie sul materiale istruttorio nel procedimento *sommario* di cognizione, enucleando in quella sede le differenze che comunque emergono tra le due ipotesi, pur nella comunanza del tipo di valutazione che il giudice è chiamato a compiere in merito alla *dovuta istruzione probatoria*.

L'interesse per la previsione risiede innanzitutto nel fatto che, al di là della ipotesi della *non contestazione* che per ora non interessa direttamente questo discorso, la valutazione intorno alla *facile accertabilità* che il giudice inferiore deve compiere intorno al titolo dedotto a fondamento della domanda principale è preordinata alla

⁶² In merito alla problematica del giudicato *sostanziale* di tale provvedimento vedasi BORGHESI, *Compensazione nel diritto processuale civile*, in Dig. disc. priv., III, Torino 2004, 96. Se da un lato, infatti, la condanna con riserva "è un atto giuridico condizionato", in quanto l'accoglimento dell'eccezione agisce come condizione risolutiva dell'efficacia della condanna stessa, ciò non di meno la sentenza di condanna con riserva "ha funzione di accertamento, sia pure parziale, ed è definitiva" in quanto emettendola il giudice si spoglia di tutto il processo; di conseguenza, può acquistare autorità di cosa giudicata sostanziale indipendentemente dal rigetto dell'eccezione la cui decisione è stata riservata, nel caso in cui diventi "pura" per l'estinzione del processo dinanzi al giudice superiore ovvero per mancata riassunzione nei termini.

possibile decisione su questa; emerge allora come tale valutazione sia fondata su un giudizio di natura *prognostica* sul possibile esito dell'istruttoria che dovrà effettuarsi sugli elementi di fatto idonei all'accoglimento della domanda principale: in altre parole, il giudice sarà chiamato a valutare se il *thema probandum* della domanda principale appaia di non complessa o lunga indagine, in modo da poter svolgere una ragionevole prognosi non tanto sull'accoglimento / rigetto della domanda principale, bensì sul *dovuto* approfondimento dell'istruttoria da compiersi per emettere il provvedimento definitivo.

Nella medesima categoria ci sembra rientri pure la previsione di cui all'art. 265, 2° co., c.p.c.: infatti, nel disciplinare il giuramento nel giudizio di rendimento del conto in relazione alle “partite per le quali non si può o non si suole richiedere ricevuta”, il Legislatore ha previsto che tale mezzo possa non essere deferito a chi rende il conto quando le partite stesse, pur essendo state contestate, appaiano comunque “*verosimili e ragionevoli*” (art. 265, 2° co., c.p.c.)⁶³.

§ 6. – Le ipotesi di istruttoria non espressa.

Vi sono alcune disposizioni del codice di procedura civile che prevedono procedimenti *speciali* (*sommari* o non) senza tuttavia indicare quale sia il modello istruttorio di riferimento, né segnare criteri utili per la valutazione del materiale probatorio in ogni caso raccolto.

Si possono ricordare in proposito, senza pretesa di completezza, l'art. 709 *ter*, 2° co., c.p.c., che in tema di risoluzione delle controversie tra i genitori in ordine all'esercizio della potestà o delle modalità di affidamento dei figli è alquanto lacunoso, in quanto circa il procedimento in generale impone il solo rispetto del principio del contraddittorio (“il giudice convoca le parti”) ed il tipo di provvedimenti concretamente

⁶³ LANDI, *Rendimento dei conti (diritto processuale civile)*, in Enc. giur. Treccani, XXVI, Roma 1991, par. 6; LUISO, *Rendiconto*, Enc. dir., XXXIX, Milano 1988, 805 ss.; RAMPAZZI - GONNET, *Il giudizio civile di rendiconto*, Milano 1991, 240 ss.

adottabili, mentre nessuna disposizione particolare è dettata quanto all'istruzione *in senso stretto*.

Va poi menzionato l'art. 708, 3° co., c.p.c., nella misura in cui non è previsto *in che modo* il Presidente possa, sia pur *sommariamente*, accertare i fatti in base ai quali emettere poi i provvedimenti temporanei ed urgenti (in genere molto incisivi) che reputa *opportuni* nell'interesse dei coniugi e soprattutto della prole.

Tale lacuna si è resa ancor più problematica all'indomani della riforma che ha interessato il processo cautelare nell'anno 2005 con l'attenuazione del nesso di strumentalità (strutturale) determinatosi in virtù della l. n. 80 in generale per tutti i provvedimenti *anticipatori* degli effetti della decisione sul merito. Infatti, è noto che la discussione in dottrina sulla *natura* di tali provvedimenti è sempre stata particolarmente vivace, tra coloro che ne sostenevano la natura cautelare⁶⁴, i quali facevano leva soprattutto su un argomento *funzionale* in base al quale tali provvedimenti mirano a regolare, per il tempo necessario allo svolgimento del giudizio di merito, quegli aspetti della vita dei coniugi e dei figli che avrebbero poi trovato definitivo assetto con la sentenza di

⁶⁴ In riferimento alle posizioni assunte prima della riforma del 2005, e solo per citare alcuni tra gli Autori che hanno affrontato l'argomento, si ricordi CARNELUTTI, *Istituzioni di diritto processuale civile italiano*, V ed., III, Roma 1956, 193; MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, II ed., Torino 1994, 301; CALVOSA, *Sui provvedimenti presidenziali ex art. 708 cod. proc. civ.*, Riv. dir. proc. 1962, 24. In giurisprudenza *ex multis* Cass. Civ. 5.10.1999 n. 11029, in Giust. civ. 1999, I, 2928: "Nel procedimento di separazione personale dei coniugi, il provvedimento presidenziale di fissazione di un assegno di mantenimento, emesso in via provvisoria ai sensi dell'art. 708 c.p.c., ha natura *cautelare* e tende ad assicurare il diritto al mantenimento del coniuge fino all'eventuale esclusione o al suo affievolimento in un diritto meramente alimentare, che può derivare solo dal giudicato..."; conf. Cass. Civ. 12.4.1994 n. 3415, in Giust. civ. 1994, I, 28 con nota di SALVANESCHI; nello stesso senso la giurisprudenza di merito: in relazione alla reclamabilità del provvedimento Tribunale di Rovereto 18.2.2005 (ord.), in *Foro it.* 2005, I, 1591; Tribunale Genova 10.1.2004 (ord.) in *Foro it.* 2004, I, 931; Tribunale di Napoli 29.12.2000, Migliaccio c. Salatiello in *Giur. it.* 2001, 931; Tribunale di Taranto 8.3.1999, in *Fam dir.* 1999, 376, con nota di CARRATTA. *Contra* la maggioranza delle decisioni di merito: Tribunale di Napoli 26.10.2005, in *Corr. Mer.* 2005, 12, 1253 (in cui si parla di una natura cautelare dei provvedimenti in parola solo "in senso lato"); Tribunale di Bari 23.12.2004, in *Foro it.* 2005, I, 1244; Tribunale di Foggia 30.7.2001, in *Foro it.* 2002, I, 263 con nota di CEA.

separazione o di divorzio; chi invece quella sommaria-anticipatoria⁶⁵, valorizzando sul piano *strutturale* la sopravvivenza di tali provvedimenti all'eventuale estinzione del giudizio di separazione o di divorzio, circostanza che pareva incompatibile con la *strumentalità* tipica della cautela; chi ancora di provvedimenti sommari- semplificati- esecutivi⁶⁶; chi, infine, ne ha ravvisato la natura di giurisdizione volontaria⁶⁷.

E' però evidente che oggi l'obiezione principale di coloro che negavano ai provvedimenti in parola natura *cautelare*, fondata sul dato *strutturale* del necessario collegamento tra i provvedimenti della cautela e quelli di merito, appare superata dalla riconosciuta *attenuazione* della strumentalità di cui al novellato art. 669 *octies*, 6° co., c.p.c., rappresentando la *ultrattività* del provvedimento un aspetto comune ad ogni provvedimento cautelare di tipo *anticipatorio*⁶⁸; di qui il problema delle ricadute pratiche di tale conclusione nel momento in cui si è discusso se applicare o meno l'intero *corpus* normativo dettato per il procedimento cautelare uniforme⁶⁹ (salva ovviamente la clausola di compatibilità) ed in particolare, per quel che ci riguarda più da vicino, della possibilità di applicare il modello dell'istruttoria cautelare all'accertamento delle circostanze di fatto finalizzato all'emissione dell'ordinanza presidenziale.

Prima delle modifiche introdotte dalla legge sul cd. *affido condiviso* (l. n. 54 del 2006) secondo parte della dottrina⁷⁰, il Presidente

⁶⁵ MANDRIOLI, *I provvedimenti presidenziali nel giudizio di separazione dei coniugi*, Milano 1953, 49 s., che conferma l'opinione anche a seguito della riforma del 2005 nel manuale *Diritto processuale civile*, XVIII ed., III, Torino 2006, 91 s.; LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, VI ed., *Principi*, Milano 2002, 200; TOMMASEO, *La disciplina processuale del divorzio*, in Bolini- Tommaseo, *Lo scioglimento del matrimonio*, in *Commentario Schlesinger*, II ed., Milano 2004, 357.

⁶⁶ PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, V ed., Napoli 2006, 758.

⁶⁷ SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 1, Milano 1968, 312; CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, Torino 1997, 210 s.

⁶⁸ CONSOLO - LUIISO, *Codice di procedura civile commentato*, cit., 5240.

⁶⁹ MERLIN, *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, cit., 393; CECHELLA, *Il processo cautelare*, cit., 243; CONSOLO, in Consolo- Luiso- Sassani, *Commentario alla riforma del processo civile*, cit., 734.

⁷⁰ SALETTI, *Procedimento e sentenza di divorzio*, in Aa. Vv., *Il diritto di famiglia*, Trattato Bonilini- Cattaneo, I, *Famiglia e matrimonio*, Torino 1997, 601; TOMMASEO, *La*

avrebbe potuto formare il proprio convincimento, oltre che sugli atti introduttivi e sulle dichiarazioni rese dalle parti, anche su *sommario informazioni* ed eventualmente disponendo una consulenza tecnica; secondo altri⁷¹, invece, la pronuncia dell'ordinanza doveva avvenire “senza istruzione e fondata semplicemente su quanto il presidente ha appreso dal suo contatto con i coniugi”; ma c'è stato anche chi ha sostenuto la necessità di una istruzione vera e propria, fondata quindi anche su prove costituende⁷².

La problematica del modulo istruttorio utilizzabile potrebbe aver trovato una soluzione a seguito dell'introduzione (con la richiamata l. n. 54/2006) del nuovo art. 155 *sexies* c.c., nella parte in cui dispone che “Prima dell'emanazione, anche in via provvisoria, dei provvedimenti di cui all'articolo 155, il giudice può assumere, ad istanza di parte o d'ufficio, *mezzi di prova*”: in tale espressione v'è stato chi ha visto la possibilità che anche in fase presidenziale “possono essere assunti veri e propri mezzi di prova ai fini della valutazione sommaria che il presidente già in quella sede è chiamato a effettuare...”⁷³.

La tesi, che appare rispettosa del diritto di difesa delle parti e soprattutto finalizzata ad una miglior conoscenza, anche se *sommario*, della situazione di fatto sulla quale il presidente va ad incidere, pare convincente e, a questo punto, potrebbe ritenersi applicabile anche al subprocedimento incidentale disciplinato dal richiamato art. 709 *ter* c.p.c., colmando la lacuna riscontrata, in ragione della evidente affinità dei “provvedimenti opportuni” che lo stesso presidente ivi è chiamato ad adottare con quelli previsti nel terzo comma dell'art. 708 c.p.c.

§ 7. – *Prospettive della ricerca.*

disciplina processuale del divorzio, op. cit., 352.

⁷¹ MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, XVIII ed., cit., 91.

⁷² CORDER, *Giudizio contenzioso di separazione e di divorzio. Giudizio di primo grado*, in *Separazione, Divorzio, Annullamento*, a cura di Sicchiero, Bologna 2005, 479 ss., in pertic. 549.

⁷³ SALVANESCHI, *I procedimenti di separazione e divorzio*, Fam dir. 2006, 366 s.

Vista la notevole varietà di ipotesi in cui il codice di procedura civile disegna modelli istruttori diversi rispetto a quello da adoperare in sede di procedimento a cognizione piena, s'impone a questo punto segnalare con maggior dettaglio le varie problematiche che saranno affrontate nel corso della presente ricerca e che fino ad ora sono state solo accennate.

Pur essendoci limitati, nella rassegna delle ipotesi individuate fino ad ora, alle *istruttorie* previste nel solo codice di procedura civile, questo è stato sufficiente per far emergere la vasta congerie di formule delle quali il Legislatore si serve per disegnare le istruttorie *non convenzionali* o anche solo per indicare al giudice i criteri di valutazione degli elementi di fatto che emergono dalla materia processuale; questo dato fa sorgere innanzitutto il dubbio se così facendo il Legislatore abbia voluto distinguere concretamente le diverse fattispecie, oppure se tutte queste ipotesi, al di là delle differenze meramente terminologiche, siano in realtà non solo riconducibili ad un minimo comune denominatore ma siano altresì sostanzialmente indifferenziabili. In altre parole, il problema sarà capire se alle diverse espressioni corrispondano effettivamente in qualche caso indicazioni diverse in relazioni ai mezzi di prova esperibili, al rapporto tra l'iniziativa di parte e quella officiosa, ovvero se tutto si riduca ad un maggiore o minore tasso di *informalità* che caratterizza un'istruttoria rispetto ad un'altra, ovvero se sia impossibile riuscire nel contesto della *deformalizzazione* offrire all'interprete validi criteri per determinare concretamente la *quantità* e la *qualità* dell'istruzione da compiere.

Inoltre, la constatata presenza di diversi modelli istruttori, alcuni dei quali previsti anche in procedimenti che sono idonei alla cosa giudicata sostanziale⁷⁴, non potrà che comportare rilievi in merito alla

⁷⁴ Particolarmente sentito si rivelerà il problema in proposito di *procedimento sommario di cognizione* ex art. 702 *bis* ss. c.p.c., introdotto dalla legge n. 69 del 2009, la cui fase istruttoria, pur svolgendosi secondo forme non predeterminate, per espressa previsione di legge conduce ad un provvedimento idoneo al giudicato.

compatibilità di siffatti modelli con i canoni imposti dalla Costituzione, ed in particolare con le problematiche derivanti dalla identificazione del processo “giusto” con quello che predeterminato dalla legge.

Si proverà, poi, ad enucleare una corretta accezione di *atipicità istruttoria* verificando anzitutto la compatibilità delle *ccdd. prove atipiche* col processo civile in genere, nonché si proverà a capire come si atpeggia concretamente questa *atipicità* all’interno del procedimento la cui istruttoria costituisce il modello più avanzato e moderno di procedimento *deformalizzato*, ovvero quello cautelare a contraddittorio instaurato di cui all’art. 669 *sexies*, 1° co., c.p.c., così da individuare anche possibili differenze quanto all’*efficacia* probatoria delle prove *fuori catalogo* rispetto a quella che esse possono avere nel processo a cognizione piena.

Altro tema la cui trattazione pare imprescindibile quando si ha a che fare con istruttorie *deformalizzate* è il rapporto che in esse si instaura tra fonte di prova, mezzo istruttorio e poteri delle parti e del giudice: si tratterà, in altre parole, di capire se le istruttorie *non convenzionali*, sol perché *deformalizzate*, lascino di per sé spazio libero all’esplicazione di estesi e generalizzati *poteri inquisitori / officiosi*, ovvero se questo tipo di poteri sia prerogativa solo di alcuni modelli che, per tradizione e funzione, si rivelano compatibili con essi.

Le singole problematiche che si porranno saranno però costantemente *guardate dall’alto* dalla questione che permea di sé tutto il percorso che condurrà questo studio e che si riduce alla domanda se esiste o meno un rapporto inscindibile tra *forme* dell’istruzione e *profondità* dell’accertamento sui fatti e, di conseguenza, tra istruzione *deformalizzata* e *qualità della cognizione*, riproponendo così il tormentato ma affascinante dialogo tra processo e verità.

Lo studio avrà, lo si è già anticipato, come punto di partenza e come riferimento costante l’istruttoria disciplinata nel procedimento

cautelare uniforme, ed in particolare nel procedimento *ordinario*, nel quale il contraddittorio viene preventivamente instaurato rispetto all'emissione del provvedimento interinale, non solo perché esso costituisce un modello al quale il Legislatore si è spesso affidato, anche in tempi molto recenti, nel descrivere l'attività istruttoria *necessaria* non solo per procedimenti che si concludono con provvedimenti instabili e precari, ma anche per altri che invece approdano ad esiti decisori idonei alla stabilizzazione del rapporto, alla decisione su diritti ed alla cosa giudicata sostanziale, ma anche perché in virtù delle recenti disposizioni di legge il modello di procedimento la cui fase istruttoria su quella cautelare è stata costruita dovrebbe costituire lo schema di riferimento per la riunificazione di tutti i procedimenti *speciali* di natura contenziosa, anche camerale, in cui risultino prevalenti caratteri di semplificazione della trattazione o dell'istruzione della causa⁷⁵.

Infine, vi è da precisare che oltre al limite negativo d'indagine che discende dallo stesso titolo della presente tesi e che imporrà l'approfondimento delle sole forme di istruzione *speciale* previste nel codice di procedura civile, si deve premettere anche che lo studio avrà come oggetto *diretto* quei moduli istruttori che si svolgono interamente sotto la direzione del giudice ordinario, e pertanto non ci si occuperà dell'istruttoria che si svolge dinanzi agli arbitri e nemmeno di quella, altamente *deformalizzata*, che il giudice ordinario *delega* al consulente tecnico d'ufficio.

⁷⁵ Ciò secondo la previsione dell'art. 54 della legge n. 69 del 2009.

Capitolo II

La qualità dell'accertamento sommario sul fatto dell'istruttoria cautelare

SOMMARIO

1. Cognizione cautelare ed istruzione *deformalizzata*
2. *Fumus e periculum*: verosimiglianza o probabilità?
3. L'istruttoria nel procedimento cautelare tra "atti di istruzione" e "sommarie informazioni"

§ 1. - Cognizione cautelare ed istruzione *deformalizzata*.

Se è vero che l'essenza della cognizione piena è data dalla circostanza che le modalità di realizzazione del contraddittorio non sono rimesse alla discrezionalità del giudice, bensì sono *nella loro massima parte* dalla legge predeterminate attraverso forme e termini, nonché dalla predeterminazione dei meccanismi di conoscenza del fatto attraverso mezzi di prova *tipici*, precostituiti e costituendi, e delle modalità di assunzione e dei soggetti su iniziativa dei quali tali mezzi possono essere

acquisiti⁷⁶, si è portati tradizionalmente ad affermare che l'accertamento compiuto in sede cautelare è *sommario* in senso tecnico, in quanto effettuato nel corso di un procedimento le cui forme, comprese le modalità di acquisizione degli elementi probatori, sono rimesse quasi totalmente alla discrezionalità del giudice e non predeterminate dal Legislatore⁷⁷.

Focalizzando poi l'attenzione sull'art. 669 *sexies* c.p.c., che disciplina il modello istruttorio del procedimento cautelare, si osserva come in tale disposizione sia concentrato il *proprium* della cognizione *sommatoria* perché *superficiale*, in quanto, sebbene l'ampiezza di tale cognizione sia potenzialmente identica a quella del processo a cognizione piena, i fatti vengono conosciuti attraverso modalità diverse da quelle del libro II, al fine di assicurare *l'effettività* della tutela e provvedere prima che si produca l'incombente danno sul diritto dell'istante, contemperando però tale valore innanzitutto con le esigenze del contraddittorio.

Dunque *discrezionalità* ma non *arbitrio*, considerato che la scelta di forme e termini deve essere guidata, da un lato, dalle ragioni di urgenza e, dall'altro, dal rispetto del diritto di difesa delle parti ed in particolare di quella nei confronti della quale la misura viene richiesta.

Per comprendere il senso della formula utilizzata dal Legislatore nel disciplinare l'istruttoria *necessaria* ai fini della formulazione del giudizio di fatto in ambito cautelare è però opportuna l'individuazione preliminare di quali siano concretamente *i fatti* sui quali tale istruttoria dovrà poi appuntarsi e, più in generale, di quale sia l'*oggetto* del processo cautelare e se questo sia cosa diversa da quello del processo ordinario.

⁷⁶ PROTO PISANI, *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. c.p.c.*, cit., 412 ss.

⁷⁷ PROTO PISANI, *L'istruzione nei procedimenti sommari*, cit., V, 17.

Uno dei tradizionali caratteri della cognizione cautelare, ovvero la sua *strumentalità* rispetto alla tutela di merito⁷⁸ si fonda sull'identità di *oggetto* tra processo cautelare e processo ordinario⁷⁹.

D'altra parte, anche il carattere della *provvisorietà* del provvedimento cautelare, inteso come inidoneità della misura a dettare una disciplina definitiva del rapporto, ha probabilmente contribuito al fatto che il tema dell'*oggetto* del processo cautelare non avesse l'*aplomb* del suo omologo diffusamente analizzato nel processo ordinario soprattutto in relazione alla problematica della cosa giudicata sostanziale.

Così, da un lato il tema non è stato affrontato per il processo cautelare così come lo è stato per il processo di cognizione ordinario, dall'altro i vari tentativi di sganciare l'*oggetto* dell'azione cautelare dal diritto soggettivo hanno riaffermato in ogni caso la rilevanza, se pur in termini di *fumus*, del diritto soggettivo medesimo.

Recentemente, tuttavia, è stata indagata⁸⁰ più a fondo la relazione tra il diritto soggettivo cautelando ed il *bene della vita / interesse primario* sul quale incide la cautela, arrivando alla conclusione che il rapporto tra il *bene* assicurato dalla misura cautelare ed il diritto sostanziale sarebbe un rapporto non di semplice *identificazione*, bensì di *strumentalità*, ovvero un rapporto *di contenente* (il diritto) *a contenuto* (il bene): con la cautela si assicurerebbe il *bene* della vita, che è contenuto nell'ambito del diritto sostanziale, senza passare per l'accertamento "pieno" del *diritto / contenente*.

La premessa di questa tesi è che non si possano impiegare quei criteri che sono stati concepiti nel processo dichiarativo per spiegare il

⁷⁸ Carattere che, come osservato più volte negli ultimi tempi, non è stato messo in crisi sotto l'aspetto *funzionale* nemmeno dai più recenti interventi legislativi (l. n. 80 del 2005), essendo rimasta immutata la naturale *preordinazione* ad assicurare l'utilità della tutela cognitiva o esecutiva. Per rilievi critici intorno al concetto di strumentalità accolto dal Legislatore del 1990 v. CHIARLONI, *Prime riflessioni sui valori sottesi alla novella del c.p.c.*, in Riv. dir. proc. 1991, 673.

⁷⁹ RECCHIONI, *I procedimenti sommari e speciali*, II. *Procedimenti cautelari*, cit., 35. V. in proposito anche Cass. Civ. 29.11.1999 n. 13348, in Giust. civ. mass. 1999, 2399.

⁸⁰ RECCHIONI, *I procedimenti sommari e speciali*, cit., 81 ss.

fenomeno in discorso all'interno del processo cautelare, in quanto in quest'ultimo manca del tutto l'accertamento stabile ed irretrattabile dell'assetto normativo del rapporto intercorrente tra le parti, e quindi non v'è un'efficacia *dichiarativa* del diritto e di *accertamento in senso tecnico*⁸¹.

Il tema dell'*oggetto* del processo cautelare trova un importante punto di riferimento nella giurisprudenza della Consulta ed in particolare nelle sentenze n. 326 del 7.11.1997⁸² e n. 387 del 15.10.1999⁸³, le quali proprio sulla diversità dell'*oggetto* del processo cautelare rispetto a quello a cognizione piena, hanno giustificato la non estensibilità al processo civile delle incompatibilità proprie del processo penale ed in particolare la inapplicabilità dell'art. 51 n° 4, c.p.c., che come noto obbliga il giudice civile ad astenersi quando ha già “conosciuto” la causa *in altro grado* del processo, al caso che si verifica tra giudice della cautela e giudice del merito: in tale contesto, la Corte ha affermato che la norma in questione deve applicarsi tra due giudizi che attengono *allo stesso oggetto*, laddove il secondo sia inerente alle stesse *valutazioni di merito* compiute nella prima fase; dunque, secondo questa impostazione non vi sarebbe identità di *res iudicandae*, poiché la cognizione del processo cautelare si arresta alla mera “verosimiglianza” del diritto cautelando, lasciando impregiudicata la decisione definitiva sulla lite⁸⁴.

⁸¹ In questo senso anche BARLETTA, *La riproposizione della domanda cautelare*, Milano 2008, 91 ss.

⁸² In Giur. it. 1998, 410, con nota di CONSOLO

⁸³ In Corr. giur. 2000, 40, con nota di TISCINI e CONSOLO.

⁸⁴ L'aver parlato in questa occasione di *verosimiglianza* per il processo cautelare ha riaperto il vivace dibattito tra coloro (innanzitutto MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in Trattato di diritto civile, fondato da F. Vassalli, XIV, Torino 1994, 299, nota 381; ID., *Strumentalità e superficialità della cognizione cautelare*, in Riv. dir. proc. 1999, 309 ss.; LANFRANCHI, *Procedimenti decisori sommari*, in Enc. giur. Treccani, XXIV, Roma 1991, 4) che consideravano l'accertamento compiuto in sede di cognizione *sommatoria non cautelare* giustificata da ragioni di urgenza qualitativamente diverso e più intenso rispetto a quello compiuto in sede di cognizione *sommatoria cautelare* e chi invece (PROTO PISANI, *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, in Riv. dir. proc. 1979, 575 ss.; ID., *Appunti sulla tela cautelare*, in Riv. dir. civ., 1987, I, 125 ss.; ID., *L'istruzione nei procedimenti sommari*, in Foro it. 2002, V, 17; CECHELLA, *Cognizione ordinaria e cognizione sommatoria in relazione al principio di tipicità delle*

In dottrina, ad una tesi⁸⁵ secondo la quale l'oggetto del primo combacerebbe con quello del secondo, per cui lo stesso diritto verrebbe prima protetto in via provvisoria ed urgente, sulla base della sola constatazione della "verosimiglianza"⁸⁶ dei fatti allegati, e poi tutelato nella pienezza del processo dichiarativo, se ne contrappone un'altra per la quale i due *oggetti* non coinciderebbero affatto⁸⁷.

E' stato però osservato che chi nega l'identità dei due oggetti non indica poi quale sia la consistenza precisa dell'*oggetto* cautelare, mischiando sovente quest'ultimo tema con quello dell'*ambito oggettivo della cognizione* impiegata nel cautelare⁸⁸.

E' anche vero che, se è pacifico che qualunque possa essere stata la latitudine della cognizione cautelare al provvedimento conclusivo non potrebbe mai riconoscersi l'autorità tipica del giudicato⁸⁹, non raramente a tale provvedimento si attribuisce funzione / efficacia dichiarativa⁹⁰, cioè

prove e alla regola finale di giudizio, in Riv. dir. civ. 1986, 218 ss.) vedeva in entrambe le ipotesi il medesimo tipo di accertamento.

⁸⁵ CECHELLA, *Il processo cautelare*, Torino 1997, 80; TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, Padova 1983, 90 ss.

⁸⁶ Il riferimento al concetto di *verosimiglianza* è ovviamente del CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei procedimenti cautelari*, Padova 1936, 63; LIEBMAN, *Unità del procedimento cautelare*, in Riv. dir. proc. 1954, 248.

⁸⁷ Tale ultima tesi si divide poi in diverse articolazioni: a) c'è chi sostiene che i due oggetti non coinciderebbero in quanto il fenomeno dell'anticipazione cautelare sarebbe diverso dall'anticipazione in senso tecnico e che quindi solo in questo secondo caso potrebbe riscontrarsi una comunanza di domanda ed una identità di oggetto fra la fase anticipatoria e quella successiva (CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, cit., 203 ss.); b) c'è chi ha sostenuto poi che l'oggetto della tutela cautelare sarebbe una "regolamentazione provvisoria del conflitto di interessi strumentale all'effettività della pretesa" (BALBI, *Provvedimenti d'urgenza*, in Dig. disc. Priv., XVI, Torino 2004, 73 ss.).

⁸⁸ RECCHIONI, *I procedimenti sommari*, cit., 86 e nota 392. Infatti, secondo l'A., dire che ci si deve limitare alla *verosimiglianza* del diritto significa parlare del *quomodo* dell'attività cognitiva del giudice, ma non vale a distinguere il *quid* della cognizione medesima.

⁸⁹ L'aver affermato nel nuovo art. 669 *octies* c.p.c., ult. co., l'esistenza di una "autorità" del provvedimento cautelare, anche se in negativo, cioè come inesistenza fuori dai limiti del procedimento cautelare, è stata foriera di vari dubbi e contrastanti interpretazioni nel tentativo di individuare un contenuto di tale concetto: esso però non pare poter andare al di là della immediata efficacia *inter partes* del provvedimento cautelare, cioè nella immediata attitudine a costituire fonte giuridica provvisoria del rapporto nonché nella irrevocabilità del provvedimento se non a seguito di mutamenti o sopravvenienze.

⁹⁰ Così FAZZALARI, *Note in tema di diritto e di processo*, Milano 1957, 150, secondo il quale l'emissione del provvedimento cautelare presuppone l'accertamento della situazione sostanziale, anche se la ricognizione è *superficiale*, in base a prove addotte e

affermandosi in riferimento all'ambito applicativo della preclusione alla riproponibilità della domanda cautelare rigettata ex art. 669 *septies* c.p.c.

E' stato però anche osservato⁹¹ che in determinate situazioni *tipiche* il giudice ben può produrre un effetto giuridico nuovo, ponendo in essere un vero e proprio *comando* giudiziale, senza che a questo si correli il bisogno di stabilità e certezza dell'effetto stesso, operando quindi con esclusiva attenzione all'*attuazione* del diritto oggettivo, senza occuparsi della definitiva composizione della lite, sulla base della ricognizione dei presupposti voluti dalla legge al fine di raggiungere il risultato perseguito.

Questo discorso, pur elaborato con particolare riferimento al processo esecutivo, è estensibile anche a quello cautelare se posto in relazione con quanto sostenuto da un Illustre Autore⁹² in merito al fatto che la *non dichiaratività* di questo processo porta a ritenere che l'attività cognitiva del giudice si risolva qui nella *mera verifica dei presupposti per l'emissione del provvedimento*, senza che interessi il diritto o il rapporto giuridico tra le parti; da ciò ne consegue una notevole attenuazione dell'interesse per la situazione giuridica cautelanda.

V'è anche da dire che la tesi della perfetta identità tra oggetto cautelare e oggetto del processo dichiarativo si fonda su una verità *relativa*, ovvero l'affermazione secondo la quale il diritto sostanziale è sempre la *quantità costante* in entrambi i processi, ma nel primo è presente solo a livello di *fumus*: ciò risulta evidente in tutte le posizioni della dottrina secondo le quali l'oggetto del processo di cognizione in quello cautelare prende posto in termini di *apparenza, verosimiglianza, probabile esistenza, etc.*⁹³

valutate sotto il profilo del *fumus*. Sul tema v. diffusamente BARLETTA, *La riproposizione della domanda cautelare*, cit., *passim*.

⁹¹ CHIZZINI, *La revoca dei provvedimenti di volontaria giurisdizione*, Padova 1994, 57.

⁹² LIEBMAN, *Unità del procedimento cautelare*, cit., 253.

⁹³ RECCHIONI, *I procedimenti sommari*, op. cit., 94. Questa tesi, tuttavia, sembrerebbe non allontanarsi molto dal risultato raggiunto dagli studi della dottrina sull'azione in base al quale anche nel processo di cognizione ordinario il diritto sostanziale vi rileva solo in

Pertanto, per emancipare definitivamente il tema dell'*oggetto* del processo cautelare rispetto a quello ordinario e conferirgli così autonoma consistenza esso andrebbe identificato nel *bene della vita* ovvero nell'*interesse materiale* concreto che muove l'istante a chiedere tutela giurisdizionale, solo mediatamente potendo dirsi che rientri in esso *anche* il diritto soggettivo che *contiene* il bene a soccorso del quale l'istante chiede urgente tutela⁹⁴.

La diversità dell'*oggetto* della cognizione cautelare rispetto a quella ordinaria sarebbe confermata dalla diversità dell'*ampiezza della cognizione* del giudice della prima, ben più estesa rispetto a quella del processo ordinario, se solo si pensi alla necessaria verifica dell'altro presupposto della cautela, ovvero del *periculum in mora*, sul quale da tempo vi è un certo consenso nell'individuare addirittura il *proprium* della tutela cautelare⁹⁵.

In verità, i risultati interpretativi suggeriti da queste acute osservazioni intorno all'*oggetto* del processo cautelare sono stati messi in discussione da altra recente dottrina, la quale non ha mancato di sottolineare come l'indicazione esclusiva del bene della vita quale *oggetto* del processo finisca per sminuire notevolmente la rilevanza dell'indicazione dei *fatti costitutivi* del diritto cautelando e delle circostanze integranti il pericolo che si vorrebbe contrastare; inoltre, il

termini di *mera affermazione* e mai di *effettiva esistenza*, che invece si verificherà solo al momento della conclusione del processo stesso. Inoltre, l'A. osserva anche che se si guarda alle misure cautelari *tipiche* (sequestro giudiziario, sequestro conservativo, azioni di nunciazione) ci si avvede che in esse l'*oggetto* del processo cautelare è individuato nel *fumus* inteso come sussistenza delle condizioni che giustificano la proposizione di un'azione ordinaria nei confronti dell'intimato, ovvero l'apparenza dell'attuale insoddisfazione, contestazione o incertezza del diritto cautelando: da ciò risulta che non sempre l'ambito cognitivo del giudice ordinario coincide con quello della cautela, poiché quest'ultima può essere talvolta concessa in assenza delle condizioni che legittimerebbero l'istante ad agire in via ordinaria.

⁹⁴ RECCHIONI, cit., 102 ss.

⁹⁵ CONSOLO, *Periculum in mora e fumus boni iuris*, in *Il nuovo processo cautelare. Problemi e casi*, Torino 1998, 32 e nota 9. V. anche ROCCO, *Trattato di diritto processuale civile*, V, Torino 1960, 56 ss. Secondo altra parte della dottrina, invece, il *periculum* non sarebbe tratto distintivo della tutela cautelare (ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova 1958, 167, nota 179)

riferimento all'*interesse materiale* rischia di porre in secondo piano la situazione di fatto che genera il pericolo: il processo cautelare non può essere dunque indirizzato in sé al raggiungimento del *bene della vita*, bensì a preservare la possibilità che l'acquisizione di tale bene sia garantita, attraverso lo strumento della tutela cautelare, col provvedimento di merito, il che può tradursi nell'attribuzione *provvisoria* di tale bene⁹⁶.

Altro rischio insito nella teoria dell'*interesse materiale* quale esclusivo oggetto del processo cautelare starebbe poi nell'enfaticizzazione eccessiva del momento *esecutivo* della tutela, distogliendo l'attenzione dall'indagine sui presupposti della cautela: così si farebbe ritornare lo "spettro" di quelle ricostruzioni che collocavano la tutela cautelare sotto l'égida di quella esecutiva⁹⁷, sminuendone di conseguenza la conquistata autonomia concettuale.

In realtà, le maggiori perplessità per accettare siffatta ricostruzione derivano dalla difficoltà di conciliare gli esiti di questa con l'indubbio rilievo che ha l'*accertamento sommario* sul diritto cautelando: riguardo all'identificazione della *res* in riferimento alla quale è richiesta la tutela cautelare varranno dunque gli stessi principi elaborati in merito all'identificazione della *causa* nel processo di cognizione; tuttavia, questo riferimento non è sufficiente, in quanto presuppone che il processo cautelare si esaurisca nell'accertamento sommario del rapporto giuridico sottostante, mentre la particolarità del procedimento cautelare rispetto a quello ordinario sta nel fatto che il perseguimento del risultato è presente sia nel momento *cognitivo* sia in quello *decisorio*, ovvero nella

⁹⁶ BARLETTA, *La riproposizione della domanda cautelare*, cit., 114 ss. Peraltro, l'attività decisoria del giudice non si esaurisce nell'accertamento del pericolo, ma anche alla determinazione degli *effetti* della misura idonea a garantire l'effettività della tutela nel processo di cognizione: la teoria dell'*interesse materiale* quale *esclusivo oggetto* del processo sarebbe allora fuorviante nella misura in cui riserva un potere discrezionale del giudice eccessivamente ampio anche sotto questo aspetto.

⁹⁷ V. per questa ricostruzione della tutela cautelare MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Torino 2005, XVII ed., 82.

determinazione degli effetti della misura cautelare. Da ciò emerge la centralità dell'accertamento del *periculum in mora*, che costituisce al contempo requisito di fondatezza della domanda cautelare ed essenziale punto di riferimento per la definizione dell'*oggetto* del processo⁹⁸.

In altre parole, per l'identificazione della domanda cautelare risulterebbe essenziale il *tipo di lesione paventata dall'istante* come possibile, probabile o imminente conseguenza di una situazione di pericolo, rilevando così sia sotto l'aspetto del *petitum* sia sotto quello della *causa petendi*, in quanto rappresenta allo stesso tempo la *situazione di fatto* che i provvedimenti mirano ad evitare per garantire l'effettività della tutela e l'*evento* su cui si fonda la richiesta dell'istante in sede cautelare⁹⁹.

Il *periculum* è tradizionalmente inteso come la probabile sussistenza di un danno che potrebbe ragionevolmente prodursi per il titolare del diritto a causa della durata dell'accertamento da condurre attraverso il processo ordinario¹⁰⁰; tuttavia, partendo dalla constatazione che qualunque processo è fenomeno *di durata* e, perciò, se ne dovrebbe

⁹⁸ BARLETTA, *La riproposizione*, cit., 118 ss. Ciò secondo l'Autore comporterebbe anche la mancanza di un *ordine logico delle questioni*, potendo il giudice rigettare l'istanza tanto per insussistenza del *fumus* quanto per carenza del pericolo: si procederà all'accertamento e all'eventuale rigetto per insussistenza di *fumus* non solo quando questo appaia evidente o facilmente argomentabile, ma anche quando l'indagine sul *periculum* sia comparativamente di più difficile e lungo accertamento, mentre si verificherà il pericolo ogni volta che il giudizio sul *fumus* richieda una cognizione più approfondita. Da ciò discende anche che il *periculum* non può essere inquadrato esclusivamente quale *condizione* dell'azione cautelare, nella specie dell'*interesse ad agire*; in realtà le due visioni non sono nemmeno del tutto inconciliabili, in quanto la mancata prova del *periculum* non consente di stabilire l'*utilità* del provvedimento richiesto, negli stessi termini in cui è descritto il presupposto dell'interesse ad agire, avendo dunque il requisito in discorso una duplice natura che incide sia sull'accertamento della sussistenza dei presupposti per l'emanazione del provvedimento sia sulla corretta esplicazione della funzione giurisdizionale, costituendo così il *proprium* della tutela cautelare.

⁹⁹ BARLETTA, *La riproposizione*, cit., 124. La centralità della valutazione del *periculum* traspare anche dalla recente normativa di riordino del processo amministrativo, in cui all'art. 55, 9° co., del d. lgs. n. 104 del 2010, espressamente si prevede che "L'ordinanza cautelare motiva in ordine alla *valutazione del pregiudizio allegato* e indica i profili che, ad un sommario esame, inducono ad una ragionevole previsione sull'esito del ricorso".

¹⁰⁰ CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., 55 ss.

dedurre l'inidoneità in sé a produrre un pregiudizio, si è osservato che ciò che giustifica l'intervento del giudice della cautela sono la natura e le caratteristiche oggettive della situazione antigiuridica che va rimossa: il *pericolo* è dunque così ricostruito come una relazione fra un evento e una lesione o un danno temuti (altro evento negativo *futuro*, anche se imminente) e non sempre può identificarsi semplicemente con il *pregiudizio* (anche se può capitare che, per alcune misure, come il sequestro conservativo, integrino il requisito del *periculum* sia l'uno che l'altro, cioè sia il *timore* che il *pregiudizio*)¹⁰¹.

E' evidente che la concezione del *periculum* quale risultante di relazione tra eventi inciderà significativamente sul discorso intorno all'*istruzione necessaria* su tale requisito.

Si noti ancora che oggi la valutazione dei contrapposti interessi delle parti della lite cautelare è considerato da molti come componente essenziale del *fumus* o comunque come terzo requisito rispetto al *fumus* ed al *periculum*¹⁰²: ciò da un lato conferma la maggior ampiezza degli elementi di fatto da ricercare ed apprezzare da parte del giudice del

¹⁰¹ RECCHIONI, *I procedimenti sommari*, cit., 111 ss.

¹⁰² Tale *terzo polo* è addirittura previsto espressamente dall'art. 2378, 4° co., c.c. Si vedano anche per una conferma del sempre maggior rilievo assunto dalla valutazione degli effetti del provvedimento cautelare nella sfera giuridica del destinatario, gli artt. 55, 2° co., disciplinante le cd. misure cautelari collegiali, e 61, 5° co., che disciplina invece le misure cautelari anteriori alla causa, del d. lgs. n. 104 del 2010, in attuazione dell'art. 44 Legge n. 69 del 2009, recante delega al Governo per il riordino del processo amministrativo, nella parte in cui dispongono rispettivamente che "Qualora dalla decisione sulla domanda cautelare derivino *effetti irreversibili*, il collegio può disporre la prestazione di una cauzione, anche mediante fideiussione, cui subordinare la concessione o il diniego della misura cautelare. La concessione o il diniego della misura cautelare non può essere subordinata a cauzione quando la domanda cautelare attenga a diritti fondamentali della persona o ad altri beni di primario rilievo costituzionale" e che "Il provvedimento di accoglimento è notificato dal richiedente alle altre parti entro il termine perentorio fissato dal giudice, non superiore a cinque giorni. Qualora dall'esecuzione del provvedimento cautelare emanato ai sensi del presente articolo derivino *effetti irreversibili* il presidente può disporre la prestazione di una cauzione, anche mediante fideiussione, cui subordinare la concessione della misura cautelare. Il provvedimento di accoglimento perde comunque effetto ove entro quindici giorni dalla sua emanazione non venga notificato il ricorso con la domanda cautelare ed esso non sia depositato nei successivi cinque giorni corredato da istanza di fissazione di udienza; in ogni caso la misura concessa ai sensi del presente articolo perde effetto con il decorso di sessanta giorni dalla sua emissione, dopo di che restano efficaci le sole misure cautelari che siano confermate o disposte in corso di causa".

processo cautelare, dall'altro, soprattutto laddove si consideri tale elemento non come terzo requisito autonomo bensì come componente essenziale del *fumus*, confermerebbe che momento centrale del processo cautelare è proprio l'*interesse materiale* delle parti¹⁰³.

Il tema dell'*oggetto* del processo cautelare dunque si amplia se il giudice deve valutare anche tale terzo elemento, riguardante la cd. "topografia del conflitto", ovvero deve condurre un accurato "bilanciamento degli interessi" che si fronteggiano¹⁰⁴: tale criterio comporta che laddove il giudice valuti come "irreparabile" il pregiudizio o "irreversibili" gli effetti della misura nel patrimonio del destinatario del provvedimento allora più alto dovrà essere il grado di probabilità di esattezza della *prognosi* e di effettiva sussistenza del *fumus*; quindi, più è alto il rischio di *irreparabilità dell'effetto* prodotto dal provvedimento, maggiore sarà il grado di *probabilità* necessario della *prognosi* sull'effettiva sussistenza del diritto dell'istante.

L'introduzione di questo terzo requisito per la concessione della cautela fa sorgere il problema dell'individuazione dei mezzi istruttori necessari per farne emergere la sussistenza.

¹⁰³ RECCHIONI, cit., 102. L'indagine intorno alla probabile esistenza del diritto rilevarebbe, secondo questa prospettiva, solo quale "antecedente logico-giuridico" ovvero come una sorta di "questione pregiudiziale di merito" rispetto all'oggetto principale del giudizio, anche se di questione pregiudiziale di merito in senso tecnico non è possibile parlare, se ci si muove nell'ottica *non dichiarativa* del processo cautelare.

¹⁰⁴ La necessità di una tale valutazione discende dalla stessa natura probabilistica e prognostica del ragionamento sul quale riposa la cognizione cautelare, la quale produce esiti che lasciano aperta la strada ad una possibile soluzione contraria nel corso del giudizio di merito. Presupposto dell'operazione di bilanciamento è la omogeneità sul piano qualitativo (il problema non si porrebbe se ad es. i valori si posizionassero l'uno sul piano costituzionale l'altro su quello legislativo); data però la difficoltà dell'operazione, in assenza di scale formali o gerarchie di valori utilizzabili in senso assoluto, si utilizzano all'uopo criteri conosciuti alla giurisprudenza costituzionale, quali il criterio del cd. "contemperamento" e del "minimo mezzo": secondo il primo, va evitato l'integrale sacrificio di uno dei termini della ponderazione, favorendo quindi una soluzione che possa contemperarli (tale criterio è molto utile nel momento della scelta del *tipo* di provvedimento da emanare), applicando invece il criterio del *minimo mezzo*, la misura emanata deve essere proporzionata ed evitare qualunque compressione eccessiva della posizione soggettiva della controparte (RECCHIONI, cit., 104 ss.).

Ferme queste osservazioni in punto di *oggetto* del processo di cui ci occupiamo, siamo giunti al nucleo centrale dell'indagine del presente capitolo: se è vero che il tradizionale insegnamento vede nella cognizione cautelare un tipico esempio di cognizione *sommatoria*, contrapposta alla cognizione *piena* del processo ordinario, quali profili di fatto o di diritto il giudice cautelare deve conoscere, con quale *grado di approfondimento* dell'indagine e con quali mezzi probatori per poter concedere o negare la misura? Se nel processo ordinario l'attività istruttoria serve per provare i fatti storici allegati ed è necessaria a meno che le parti non diano una versione comune di tutti o di parte di essi oppure se si tratti di diritti indisponibili, questa impostazione vale anche per il processo cautelare, soprattutto in punto di conseguenze dell'applicazione della regola finale di giudizio?

Il tema si pone con tutta la sua problematicità in quanto è strettamente collegato con la presenza o meno nel processo cautelare di un'*attività cognitiva in senso tecnico*: è ovvio infatti che al primo quesito andrebbe data risposta positiva, se si restasse nel solco della tradizionale idea di *fumus*, con la precisazione che dalla cognizione cautelare non promana accertamento giudiziale in senso tecnico in quanto la regolamentazione che ne discende rimane pur sempre *provvisoria*; non così se si escludesse del tutto un qualsivoglia tipo di *accertamento* del diritto soggettivo, rimanendo questo solo *sullo sfondo* di un'indagine che riguarderebbe quasi esclusivamente l'incombente del pericolo sul bene della vita o sull'interesse protetto dal diritto.

Secondo la teoria tradizionale in merito alla necessità ed alla *quantità* di attività istruttoria da compiere nel processo cautelare, per emettere il provvedimento cautelare sarebbe sufficiente raggiungere la *probabilità* o la *verosimiglianza* dell'esistenza dei fatti costitutivi, per quello dichiarativo il grado di approssimazione alla verità materiale dovrebbe essere il massimo possibile.

Premesso che il tema del rapporto tra *verosimiglianza* e *probabilità* sarà approfondito nel paragrafo secondo di questo capitolo, resta il problema delle modalità per conseguire il *convincimento sufficiente*, e quindi il “grado” di capacità dimostrativa delle prove, ciò ovviamente nell’ipotesi in cui si accetti l’idea che anche nei giudizi natura sommaria la decisione deve fondarsi su ipotesi di fatto confermate da elementi di prova.

Orbene, il fatto che sin dalle origini il procedimento cautelare fosse strutturato diversamente dalla cognizione ordinaria ha portato spesso a confondere due profili che invece già la prima scuola processualistica aveva tenuti distinti¹⁰⁵: una cosa è la sommarietà *delle forme procedurali*, altra la *sommarietà dell’attività cognitiva* del giudice.

La discussione¹⁰⁶ tra coloro che equiparavano la cognizione sommaria del processo cautelare a quella degli altri procedimenti sommari decisori urgenti (non cautelari) e coloro che invece sostenevano che la cognizione cautelare consentisse l’emanazione della misura anche senza nessun confronto o riscontro probatorio, sulla base della sola *verosimiglianza* dei fatti allegati, ha ricadute pratiche di non poco momento sulle tematiche del presente studio, in quanto discorrere anche per il cautelare di *certezza* o di formazione di *convincimento* del giudice sulla base di un’attività istruttoria *necessaria* potrebbe condurre ad una “duplicazione di accertamenti”, cautelare prima e ordinario dopo, sui medesimi fatti, duplicazione che vanificherebbe la natura *probabilistica* della cognizione cautelare e lo stesso nesso di strumentalità *funzionale* fra cautela e tutela, determinando nei fatti proprio quanto avversato dal

¹⁰⁵ CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, III ed. rist., Napoli 1980, 202: “l’essere la cognizione completa o no riguarda le condizioni del provvedimento e non le forme...la cognizione è completa se il convenuto...è ammesso a far valere tutte le eccezioni contro la domanda, e quando la domanda...è esaminata in tutti i suoi elementi costitutivi. Ciò può avvenire con forme più complesse...o più semplici. Onde abbiano già distinto...processo sommario *indeterminato* (con *forme* sommarie) e processi sommari *determinati* (con *cognizione* sommaria).”

¹⁰⁶ Di cui si è dato conto nella nota n. 82, p. 37.

Legislatore, ovvero la creazione di un *vincolo* per il giudice del merito proveniente dalla cognizione cautelare, essendo difficile o almeno improbabile che il giudice che si sia formato un *convincimento* possa poi revocarlo perché il nuovo accertamento sui medesimi fatti sia passato attraverso le *sacramentali forme* del processo ordinario¹⁰⁷.

Sul punto, chi crede nella *tipicità* dei mezzi di prova, quanto meno nel processo ordinario, è in particolare preoccupato dal fatto che, potendo talune circostanze costituire oggetto di prova sia nel procedimento di merito sia in quello cautelare, ciò potrebbe comportare che la parte utilizzi l'istruttoria *atipica* cautelare come strumento per dimostrare fatti rilevanti anche nel giudizio di merito, con modalità e mezzi che invece non sarebbero consentiti in tale giudizio¹⁰⁸, e tale *deriva* non parrebbe arginabile dal criterio dell'ammissibilità dei soli atti di istruzione "indispensabili"¹⁰⁹.

Non solo. La possibilità di esperire veri e propri mezzi di prova potrebbe, secondo alcuni, rimettere in discussione le tradizionali idee soprattutto in tema di *fumus*, laddove si pensi che per quanto ci si sforzi di limitare la cognizione del giudice della cautela alla mera *verosimiglianza* o *probabilità* dell'esistenza del diritto, nulla impedisce che il *convincimento* di questo possa in concreto "impregnarsi di qualche cosa di ben più solido e profondo"¹¹⁰ quando si sia formato sulla base di

¹⁰⁷ RECCHIONI, *I procedimenti sommari*, cit., 154: "La precedente cognizione *peserebbe come un macigno sul processo principale*, con una sorta di efficacia pregiudiziale non molto diversa, ..., da quella della sentenza passata in giudicato" (corsivi nostri).

¹⁰⁸ FRUS, *Commento all'art. 74/669 bis*, in *Le riforme del processo civile*, a cura di Chiarloni, Bologna 1992, 658.

¹⁰⁹ *Contra* MERLIN, *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, cit., 404, che ritiene che proprio la "indispensabilità" degli atti istruttori in relazione ai presupposti ed ai fini del provvedimento sia baluardo sufficiente contro gli esperimenti probatori eccessivamente complessi e ripetitivi delle forme probatorie ordinarie.

¹¹⁰ SALVANESCHI, *Il processo cautelare*, a cura di Tarzia- Saletti, III ed., Padova 2004, 399. La preoccupazione era giustificata anche dalle indicazioni che provenivano dalla giurisprudenza di merito che, nel vigore del sistema previgente alla riforma del 1990, era arrivata a sostenere che "Il giudice istruttore della causa di merito può modificare o revocare i provvedimenti d'urgenza emessi dal pretore *ante causam* solo quando nel corso dell'istruttoria sono venuti meno tutti o alcuni degli elementi sui quali si era fondato il rimedio cautelare, *senza che possa ritenersi ammissibile una diversa*

vere e proprie *prove*, anche se assunte in modo *deformalizzato*; ciò si verifica soprattutto per quei procedimenti volti all'emissione di provvedimenti di tipo *anticipatorio*, in cui è frequente che gli atti compiuti dal giudice per pervenire al giudizio di probabilità dell'esistenza del diritto siano sostanzialmente gli stessi ch'egli assumerebbe nell'ambito del giudizio a cognizione piena¹¹¹.

Non va tralasciato, poi, che mentre da alcune parti si sostiene che la *profondità* cognitiva debba essere diversa nell'accertamento del *fumus* rispetto a quella relativa all'accertamento del *periculum*, e quindi che la non ripetibilità dell'accertamento dei fatti rilevanti ai fini della sussistenza del secondo requisito (in quanto essi non saranno oggetto del giudizio di merito) dovrebbe comportare un maggior approfondimento istruttorio¹¹², tale conclusione è invece avversata da altri¹¹³.

Uno dei punti che possiamo però considerare fermi è che l'indagine intorno all'ampiezza della cognizione del giudice della cautela non può giovare del riscontro nel relativo procedimento di mezzi istruttori *diversi* rispetto alla cognizione piena, in quanto anche in sede cautelare il giudice dispone di efficacissimi, se non più potenti, mezzi istruttori e quindi potenzialmente può giungere ad un *convincimento* anche superiore rispetto a quello raggiungibile in sede di cognizione piena; ciò non ci dice però quale sia il *grado minimo* di dimostrazione probatoria che

valutazione degli stessi fatti" (Tribunale di Roma 15.5.1987, Reteitalia c. Unite artists Europa, in Temi romana 1987, 133).

¹¹¹ LUIO, *La riforma dei procedimenti cautelari nei "Provvedimenti urgenti" per il processo civile*, in *Documenti Giustizia*, 1990, 7 s., secondo il quale la previsione della possibilità di svolgere attività istruttorie "assume non indifferente rilevanza in ordine alle nozioni di *fumus* e *periculum*".

¹¹² CONSOLO, *La riforma del processo civile*, a cura di Consolo- Lusso- Sassani, Milano 1991, sub art. 74 (669 *sexies*), 468, sostiene che mentre sul *fumus* il giudice dovrebbe acquisire una semplice consapevolezza di *verosimiglianza* del diritto, sul pericolo dovrebbe invece ricercare probatoriamente di raggiungere subito una *convincione*, pur sempre probabilistica, ma tutt'altro che superficiale e ipotetica.

¹¹³ LOMBARDO, *Natura e caratteri dell'istruttoria cautelare*, in Riv. dir. proc. 2001, 500.

consenta l'emissione del provvedimento e perché poi questo non sia suscettibile di produrre effetti stabilmente dichiarativi¹¹⁴.

Il problema è dunque capire se esista o meno *attività cognitiva* nel processo cautelare e se tale presenza costringa ad impostare il tema come per la cognizione ordinaria, sia per il *fumus* che per il *periculum*, e dunque individuare il grado di *convincimento* necessario per il giudice al fine di emettere la misura.

Quali sono allora i “fatti rilevanti” per il processo cautelare?

In proposito, se si resta nell'ottica della perfetta coincidenza dei due “oggetti” è chiaro che non possono esistere, almeno quanto all'indagine sul *fumus*, fatti rilevanti solo per il processo ordinario¹¹⁵ e non per quello cautelare: se, insomma, l'oggetto dell'ipotesi a base della *prognosi* cautelare è lo stesso diritto che sarà oggetto del merito, anche la *selezione dell'attività istruttoria* in sede cautelare riguarderà quegli stessi fatti oggetto di accertamento in sede ordinaria.

Se, invece, si accetta l'idea che l'oggetto dei due processi possa essere diverso non solo in punto di *fumus*, ma anche in considerazione del fatto che l'ambito della cognizione cautelare è assai più ampio rispetto al giudizio di merito, comprendendo non solo l'apparente, probabile, esistenza della situazione soggettiva cautelanda, ma anche l'esistenza delle condizioni di trattabilità della futura domanda di merito ed il *periculum in mora* (il cui complesso di questioni sono oggetto *solo* del processo cautelare), allora il tema dei *fatti rilevanti* riacquista evidentemente interesse.

¹¹⁴ Ciò portava già CARNELUTTI, in *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova 1986, 80 s., a sostenere che il processo cautelare fosse processo implicante vero *accertamento* poiché la dichiarazione di esistenza dei presupposti della norma operata dal giudice sarebbe stata vincolante. Vedi oggi l'opinione più recente di LOMBARDO, *Natura e caratteri dell'istruzione probatoria*, cit., 496, secondo cui il giudice cautelare deve compiere sì un vero e proprio accertamento, ma *dell'esistenza dei presupposti di concessione della cautela*, ed ai risultati di tali accertamenti si applicherebbe quanto previsto dall'art. 2697 c.c.

¹¹⁵ *Contra* OLIVIERI, *I provvedimenti cautelari nel nuovo processo civile (legge 26 novembre 1990, n. 353)*, in Riv. dir. proc. 1991, 703; MERLIN, *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, cit., 404.

In realtà, è difficile negare che i due “poli” della cautela, *fumus* e *periculum*, pesino in modo diverso sia in relazione al tipo ed alla natura della cognizione, sia in relazione all’istruzione da espletare; appare quindi quanto mai opportuno bipartire il discorso ed esaminare separatamente il problema della conferma delle ipotesi di fatto intorno all’uno ed all’altro requisito, tema che ci occuperà quindi nel seguente paragrafo.

§ 2. – *Fumus e periculum: verosimiglianza o probabilità?*

Abbiamo visto che in punto di ambito oggettivo della cognizione, e conseguentemente in punto di *necessità* di istruttoria cautelare, per confermare l’ipotesi sul fatto sulla quale si fonda il *fumus*, esistono due visioni antitetiche: chi ritiene sufficiente la mera *verosimiglianza* delle allegazioni di fatto per la concessione della misura e quindi anche la *superfluità* o la *non necessità* di qualsiasi tipo di attività istruttoria¹¹⁶, e chi invece sostiene che in nulla differisca l’attività cognitiva del giudice cautelare rispetto a quella compiuta in sede di accertamento *sommario non cautelare* in contraddittorio, se non che per l’aspetto della inidoneità del primo a dettare una disciplina definitiva del rapporto controverso¹¹⁷.

Secondo la prima tesi l’idea che l’attore vittorioso in sede cautelare debba in ogni caso “riconquistarsi la vittoria”, assolvendo all’onere della prova sulla base di prove in senso tecnico secondo le modalità e le forme del libro II del c.p.c., contrasterebbe con le norme che per i provvedimenti cautelari non farebbero mai riferimento ad un *convincimento* del giudice intorno all’esistenza del diritto da tutelare¹¹⁸.

¹¹⁶ CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., 201; MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., 349 ss.; ID., *Strumentalità e superficialità della cognizione cautelare*, cit., 309; TOMMASEO, *I provvedimenti d’urgenza*, cit., 167 ss.; VOCINO, *Intorno al nuovo verbo “tutela giurisdizionale differenziata”*, in Studi in onore di Carnacini, vol. II, Milano 1984, 763 ss.; RECCHIONI, *I procedimenti sommari*, cit., 159 ss.

¹¹⁷ PROTO PISANI, *L’istruzione nei procedimenti sommari*, cit., 17; LOMBARDO, *Natura e caratteri*, cit., 496 ss.

¹¹⁸ MONTESANO, *Strumentalità e superficialità*, cit., 312 s., secondo il quale tali dati testuali non potrebbero essere nemmeno superati dall’opzione cd. “garantistica”, che spinge per un’indagine più approfondita da parte del giudice della cautela, per non

Secondo l'altra opzione, invece, il tipo di giudizio che scaturirebbe seguendo la prima opzione sarebbe molto pericoloso perché ridurrebbe ancor di più le già esigue garanzie delle parti nei procedimenti sommari, consentendo l'emissione della misura sulla base delle sole affermazioni della parte istante e senza alcun riscontro probatorio¹¹⁹.

La questione è dunque se sia sempre necessario anche in sede cautelare l'esperimento di una qualche attività istruttoria, pena l'applicazione della regola di giudizio ex art. 2697 c.c., oppure se l'emissione della misura possa fondarsi su una valutazione di pura *verosimiglianza* delle allegazioni dell'istante, nonché se sia possibile condurre un discorso unitario per le ipotesi di procedimento cautelare *in contraddittorio* e procedimento *inaudita altera parte*, ovvero se sia opportuno differenziare.

Se si dice che il giudice della cautela deve fermarsi alla *verosimiglianza* della ipotesi sul fatto si espunge dal discorso e dalla cognizione di quello il tema della *verità* o meglio del grado di questa raggiungibile in quel processo: la *verosimiglianza* è infatti la capacità di un'affermazione di rappresentare una certa realtà, e quindi rileva nel processo in un momento *anteriore* rispetto all'acquisizione delle prove; la *probabilità* di un'affermazione invece attiene al grado di fondatezza, credibilità e attendibilità dell'ipotesi sulla base di elementi di prova disponibili in un dato contesto¹²⁰.

sacrificare troppo la "giustizia" della decisione sull'altare del "far presto". Infatti, in generale l'esasperazione "garantista" frustrerebbe troppo l'esigenza di celerità, già ridotta secondo l'A. dalle nuove disposizioni del '90; inoltre, i giudici, già poco inclini a non rinnovare effettivamente nel successivo processo di merito le indagini compiute in sede cautelare, assai più difficilmente disporrebbero la *riassunzione* delle prove con le modalità di cui al libro II del c.p.c., laddove gli elementi probatori fossero stati assunti in sede cautelare già con tali forme o comunque con modalità molto simili. Insomma, se è vero che può capitare che le procedure cautelari possano essere utilizzate per "giocare a far male", è altresì vero che è insito in ogni provvedimento cautelare un sacrificio delle esigenze di garantismo, esigenze che in ogni caso risorgono e sono soddisfatte da altre contromisure che l'ordinamento appresta, come l'art. 96, 2° co., c.p.c., o come le cauzioni e l'inefficacia della misura in caso di mancato inizio del giudizio di merito.

¹¹⁹ PROTO PISANI, *L'istruzione nei procedimenti sommari*, cit., 17.

Ciò renderebbe necessaria una rivisitazione del tema della rilevanza dell'*attività istruttoria* nel processo cautelare, intesa come mezzo di avvicinamento alla verità, in quanto se si accettasse l'idea del provvedimento interinale fondato sulla semplice *verosimiglianza* dei fatti allegati dall'istante, tale attività, *piena* o *deformalizzata* che sia, sarebbe *inutile* o comunque *non necessaria*.

Di qui, a rivedere anche l'applicazione della regola di giudizio di cui all'art. 2697 c.c. al processo cautelare il passo è breve: premesso infatti che quello cautelare rientra nell'ampio *genus* dei giudizi di *probabilità*, si è predicata la possibilità di ridurre il giudizio probabilistico della cognizione cautelare sul *fumus* alla prognosi di

¹²⁰ TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 158 ss. L'Autore molto chiaramente ricorda che il concetto di *verosimiglianza* sconta un equivoco terminologico, nato con Calamandrei, che nasce dalla traduzione (errata) del termine *Wahrscheinlichkeit*. Al termine *verosimiglianza* vengono infatti generalmente ricondotti due significati distinti: a) come *apparenza del vero*, che quindi riguarda l'allegazione del fatto e prescinde dal procedimento probatorio; b) come *probabilità* di verifica di un fatto. E' allora evidente che tali significati sono diversi e perciò non possono essere usati insieme o alternativamente. La *verosimiglianza* di un'asserzione è la sua capacità di rappresentare una certa realtà, ovvero la *vicinanza* dell'asserzione medesima alla realtà, o ancora il grado di capacità rappresentativa di una descrizione rispetto alla realtà: dunque, il giudizio di *verosimiglianza* si può formulare avendo da un lato una descrizione di un fatto, dall'altro un'altra ipotesi, in genere fondata sull' "ordine normale delle cose", ovvero sull'eventualità ch'esista una realtà simile all'oggetto rappresentato. Ma un'asserzione *verosimile* può non essere *probabile*, né *vera*, perché bisogna distinguere gradi di *somiglianza* (che riguardano appunto il concetto di *verosimiglianza*) e gradi di *certezza* (che riguardano la *probabilità* e, come valore tendenziale, la *verità*), e ciò induce a tenere distinti i concetti; un'asserzione *verosimile*, viceversa, può essere *probabilmente vera* solo se sussistono elementi di giudizio tali da far ritenere attendibile quella affermazione: per tale motivo, non può escludersi dal novero dei fatti che possono essere provati i fatti *inverosimili* (in quanto all'esito della prova questi potrebbero risultare *veri* o *probabilmente veri*). Così, tutto ciò che attiene ai metodi razionali per l'accertamento veritiero dei fatti non riguarda il concetto di *verosimiglianza*, inteso in senso tecnico, e perciò non può adoperarsi tale concetto per individuare una *bassa probabilità*, riconducendo entro una supposta nozione unitaria del giudizio di *verosimiglianza* anche la valutazione discrezionale ex art. 2721 c.c., la notorietà del fatto, la *sommatoria cognitio* o la *semiplena probatio*. In realtà, come giustamente ricorda DELLA PIETRA, in *Il procedimento possessorio*, cit., 230, nota 20, il Maestro fiorentino distingueva tre nozioni di *verosimiglianza*: la prima riguarda la *ordinaria ricorrenza di un determinato fatto*, che dunque diviene *credibile* ancor prima di essere oggetto di prova; la seconda attiene all'apparente *fondatezza* di azioni particolarmente delicate, come quella volta alla dichiarazione giudiziale di paternità naturale o alla rimessione alla Corte Costituzionale di una questione di legittimità costituzionale; la terza è quella che sorge nel processo cautelare da prove *leviores*, quali erano le *sommatorie informazioni* nell'impianto precedente alla l. n. 353/90.

semplice e virtuale *possibilità di accoglimento della domanda nel processo cautelare*, così che, come in ambito penalistico, il perimetro delle scelte decisorie cautelari possa non essere limitato in funzione di mero controllo probatorio, anche se *inferiore* quanto ai risultati, dell'esistenza del diritto cautelando, ma principalmente con riferimento alle incombenti situazioni di pericolo¹²¹.

Accolte queste premesse, cambia completamente sia l'*oggetto* dell'attività probatoria sia la sua stessa *funzione*: l'attività istruttoria cautelare non verrebbe però ad essere confinata nel *limbo* della superfluità, ma sarebbe destinata all'accertamento di *fatti secondari* che consentano di pronosticare in via presuntiva l'esito del futuro giudizio di merito; tutto il materiale probatorio disponibile in tale sede rileverebbe perciò ai fini del provvedimento cautelare come *presunzione ex art. 2727 c.c.*¹²², in quanto fonte per la formulazione di un ragionamento *prognostico-presuntivo*, che è l'unico in grado di corroborare la

¹²¹ RECCHIONI, *I procedimenti sommari*, cit., 160. L'Autore, esprimendo opinione favorevole per il giudizio di *verosimiglianza pura* anche in presenza di un'attività istruttoria che però non abbia condotto ai risultati sperati, sottolinea l'aporia in cui cadrebbe chi ritiene necessario in ogni caso un *convincimento* a mezzo di una qualche forma di istruzione, salvo poi specificare che si tratta di un grado di convincimento o di certezza *diverso* da quello da raggiungere in sede ordinaria: la *certezza* e il *convincimento* non sarebbero "suscettibili di gradazione", poiché un fatto o è *certo* oppure non lo è e non avrebbe senso parlare di *più o meno probabile* convincimento. Così facendo, continua l'Autore, si confonde la gradazione dell'*efficacia dimostrativa della prova* con il *grado di conoscenza* (cosa diversa dalla certezza) raggiunto dal giudice, perché anche un fatto *altamente probabile* non è detto che sia *vero* o *certo*. Così il rapporto tra *fumus* e adozione della misura viene ricostruito come quello che intercorre tra condizione astratta di ammissibilità della domanda ed esistenza effettiva del diritto.

¹²² Vedasi il paragone effettuato da RECCHIONI, cit., 163, con quanto avviene nel settore penale circa la valutazione dell'indizio, che non è un *minus quam* rispetto ad una dimostrazione probatoria cui non è istituzionalmente proteso, ma piuttosto una *prognosi ipotetica di responsabilità*, e quindi "strumento per la formulazione di un ragionamento presuntivo" (PIERRO, *Il giudicato cautelare*, Torino 2000, 66, secondo il quale la misura cautelare non può avere "finalità probatorie di verifica o falsificazione fattuale", poiché il giudice "non è legittimato ad esprimere alcun convincimento sulla questione storica del processo"; così, "i gravi indizi di colpevolezza" devono essere ricondotti "al ruolo esclusivo di una procedura incidentale, cui la Costituzione vieta di assegnare valenza probatoria, e di configurarli, perciò, quali elementi sintomatici di un'ipotetica colpevolezza").

probabile fondatezza dell'ipotesi formulata dall'istante senza sconfinare, invadendo il terreno cognitivo e probatorio del giudizio ordinario.

Dalla (presunta) impossibilità di conciliare da un lato la sufficienza di un convincimento *inferiore* rispetto a quello richiesto per erogare la misura, con la *identità* delle prerogative istruttorie a disposizione delle parti per la decisione cautelare, se ne dovrebbe trarre che la cognizione cautelare non mira a raggiungere *convincimenti* intorno al diritto soggettivo, ma solo *l'opinione* circa la sussistenza del pericolo “nel contesto dell'apparenza presuntiva dell'esistenza del diritto cautelando”: si conclude, perciò, che la cognizione cautelare non è *sommatoria* quanto all'accertamento dei fatti, bensì solo quanto alla *valutazione* dei risultati istruttori acquisiti¹²³.

In quest'ottica, l'attività istruttoria “indispensabile” sarà orientata all'accertamento dei fatti “noti” che sono la base del ragionamento indiziario- presuntivo, allo scopo di consentire al giudice di completare il ragionamento conoscitivo mediante l'inferenza deduttiva tipica della presunzione¹²⁴.

¹²³ RECCHIONI, *I procedimenti sommari*, cit. 165. Che la peculiarità della cognizione cautelare stia nella *valutazione* della prova, e non nell'accertamento del fatto storico, si potrebbe ricavare, *mutatis mutandis*, dalla nuova disciplina degli indizi in sede penale (BATTAGLIO, “*Indizio*” e “*prova indiziaria*” nel processo penale, Riv. it. dir. proc. pen. 1995, 375 ss.) laddove questi sono considerati non come qualcosa di ontologicamente *inferiore* rispetto alle prove, giacché se fossero acquisiti nel giudizio sarebbero prove a tutti gli effetti; il valore provvisorio degli indizi, dunque, sta nel fatto che rappresentano una prova *non pienamente verificata*, non ponendosi in discussione la forza probante, bensì *l'incompletezza della verifica processuale*, riguardando quindi la provvisorietà la *valutazione* del risultato istruttorio e non l'accertamento dei fatti.

¹²⁴ Questo pensiero pare una evoluzione dell'idea già espressa da TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, Padova 1983, 167: “il calcolo di probabilità” compiuto dal giudice in sede di provvedimento sommario “si risolve molto spesso in un ragionamento di tipo presuntivo”, all'interno del quale *il dato di partenza è un fatto noto non verificato ma oggetto di una valutazione in termini di verosimiglianza*, cioè in base a circostanza non bisognose di apposita verifica perché notorie o ammesse o assistite da argomenti di prova. Si tratterebbe quindi “di utilizzare in massima parte regole di esperienza che, pur legittimando una pluralità di conclusioni tutte prospettabili sia pure con un diverso grado di probabilità, consentono di formulare una concreta scelta in base ad un giudizio di mera verosimiglianza”. Come si vede, però, nel pensiero di questo Autore il fatto noto dal quale far partire il ragionamento presuntivo non va verificato a mezzo di prove, bensì secondo *l'id quod plerumque accidit*.

Come si è notato, anche chi è portato a negare la presenza di *attività cognitiva in senso stretto* nel procedimento cautelare non giunge però a limitare l'accoglimento della domanda sulla base della sola *verosimiglianza delle allegazioni* dell'istante, intesa come accoglimento della domanda senza lo svolgimento di istruzione alcuna, e ciò sia se si osserva il problema dall'interno della sola indagine sul *fumus*, sia, a maggior ragione, se si estende la problematica all'istruttoria sul *periculum*.

Infatti, l'attività istruttoria considerata *non necessaria* nell'ottica della *non dichiaratività* del diritto nel processo cautelare, apparentemente esce dalla porta principale, per poi rientrarvi da una secondaria al fine di compiere l'accertamento del fatto "noto" dal quale far partire l'*inferenza presuntiva* circa la probabile fondatezza della domanda dell'istante: la *presunzione*, infatti, allarga il concetto di rilevanza al fine dell'ammissione delle prove che vengono richieste al giudice, divenendo rilevanti ai fini del convincimento *anche* quei fatti che servono come punto di partenza del ragionamento; essa, quindi, sposta il tema dell'indagine, ma di certo non la elimina¹²⁵.

Ed allora si fatica a comprendere per quale ragione dovrebbe spendersi attività istruttoria per accertare esclusivamente fatti *secondari*, i quali non è detto che richiedano un accertamento per definizione meno complesso rispetto a quelli che rilevano *direttamente* per l'esistenza del diritto azionato; in altre parole, se per far divenire "noto" al giudice ed al processo un fatto *secondario*, sul quale poggiare poi l'*inferenza presuntiva*, deve essere effettuata una certa attività istruttoria (evidentemente *necessaria*) non si vede perché, nell'ottica della *eliminazione del superfluo* che anima in genere il procedimento cautelare, la stessa attività non possa spendersi per indagare direttamente

¹²⁵ FABBRINI, *Presunzioni*, in Dig. disc. priv., XIV, Torino 2006, 292.

il fatto principale, laddove l'accertamento di questo comporta minori lungaggini istruttorie.

Si osservi poi che se è vero che, una volta scelto (*accertato*) il fatto "noto" e la regola di esperienza, la conclusione del ragionamento presuntivo è *necessitata* ed è sempre il *convincimento* (in senso tecnico) del giudice, l'applicazione del meccanismo della presunzione al giudizio probabilistico cautelare non convince proprio nell'ottica della negazione di qualsivoglia *accertamento*: la conclusione dell'inferenza presuntiva, infatti, potrà essere *certa* o solo *probabile* a seconda della regola d'inferenza logica applicata al caso, ma questo riguarda "l'adeguatezza del fatto ormai noto a fondare il *convincimento* del giudice" (corsivo nostro)¹²⁶, non il risultato dell'inferenza in sé.

Quindi, se la regola d'inferenza logica applicata al caso comportasse un *nesso di implicazione necessaria* (perché, ad esempio, imposto da una legge scientifica) tra fatto noto e ignoto, il risultato sarebbe un *convincimento certo*, che s'imporrebbe al giudice come *vincolante*, salva la prova del contrario, e quindi si approderebbe ad un risultato non dissimile a quello avversato da chi vorrebbe eliminare *convincimenti* di sorta dal processo cautelare.

Né ci pare che lo spostamento dell'*oggetto* del processo cautelare dal diritto / *contenente* al bene delle vita o interesse materiale / *contenuto* perseguito dall'istante potrebbe inficiare la necessità di un accertamento in senso tecnico *delle condizioni per l'emissione della misura*: pur ammesso che l'oggetto del processo cautelare sia nel suo complesso cosa diversa dal diritto soggettivo che sorregge la pretesa nel merito, è certo che per raggiungere l'obiettivo della difesa del bene dagli attacchi del *periculum* la legge richiede la ricorrenza di alcune condizioni la cui verifica non può effettuarsi solo sulla base della circostanza per cui l'allegazione attorea prospetta uno svolgimento dei fatti che corrisponde

¹²⁶ ANDRIOLI, *Presunzione (diritto civile e diritto processuale civile)*, in Nss. d. i. XIII, Torino 1966, 771.

a quanto generalmente accade, il che significherebbe elidere del tutto tale verifica ed aprire la strada al giudizio di *verosimiglianza* puro.

Così, in punto di *fumus*, quando si dice che il giudice al fine di accogliere la domanda deve accontentarsi di pervenire ad un grado di convincimento *minore* rispetto alla *certezza* dell'accadimento, grado individuato nella *probabilità del compimento del fatto generatore del diritto*, deve tenersi presente che di *certezza* in termini assoluti non può parlarsi nemmeno nel processo ordinario¹²⁷, anche se sul piano strettamente processuale si definisce in termini di *certezza* il risultato acquisito all'esito del giudizio ordinario.

Essendo, quindi, la verità assoluta sostanzialmente inconoscibile anche dal giudice della cognizione ordinaria¹²⁸, lo *scollamento* rilevante non sarà tra prodotto della cognizione sommaria e realtà storica, ma tra cognizione *sufficiente ai fini della cautela* e grado di cognizione *necessaria in sede di merito*¹²⁹.

Così, spostando il punto di riferimento verso il quale l'attività conoscitiva cautelare deve tendere dalla *verità assoluta* al *grado di cognizione sufficiente per accogliere la domanda in via ordinaria* probabilmente si affievoliscono molte delle problematiche inerenti al rapporto tra verità sostanziale e cognizione sommaria¹³⁰, in modo che

¹²⁷ Del vasto tema riguardante il rapporto tra processo e verità ci limitiamo a VERDE, *Prova. Teoria generale e diritto processuale civile*, in Enc. dir., XXXVII, Milano, 1988, 608 s.; ID., *La prova nel processo civile (profili di teoria generale)*, in Riv. dir. proc. 1998, 4 s.; COMOGGIO, *Le prove civili*, Torino 1998, 13 ss.; TARUFFO, *Note per una riforma del diritto delle prove*, in Riv. dir. proc. 1986, 237 s.; CARRATTA, *Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto nel processo e sistema probatorio)*, in Riv. dir. proc. 2001, 90 s.; ID., *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, ivi 2003, 41 s.

¹²⁸ TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 35 ss. Secondo l'A. il problema non è stabilire la *verità assoluta* nel processo, né la *verosimiglianza*, ma la determinazione delle condizioni e modalità in presenza delle quali è razionalmente giustificato ritenere *vera* una certa versione dei fatti, in base ad una serie di ipotesi tutte incerte: dunque, il problema è razionalizzare l'incertezza, sulla base di elementi che forniscano un certo grado di supporto o di convincimento dell'ipotesi descrittiva, ed in ciò il processo non si distingue dagli altri contesti conoscitivi.

¹²⁹ DELLA PIETRA, *Procedimento possessorio*, cit., 228.

¹³⁰ Secondo CONSOLO, *Processo cautelare: problemi aperti e linee di tendenza*, cit., 614, la varietà di qualificazioni correnti nella letteratura per descrivere in maniera uniforme il grado di approfondimento necessario ai fini della concessione della misura cautelare

l'attività istruttoria, che non è il mezzo per la ricerca della verità storica *assoluta* nemmeno nel processo ordinario, riacquista il posto che le spetta all'interno del procedimento cautelare quale mezzo di conoscenza sia di fatti *secondari* che possano fondare l'inferenza presuntiva dell'ignoto (ma già accaduto) fatto generatore del diritto soggettivo, sia di fatti *principali* che rilevino *direttamente* per l'esistenza del diritto, pur dovendo il giudice accontentarsi di una soglia minore di *convincimento* rispetto a quella che sarebbe necessaria per provvedere definitivamente sul diritto: qui, non si può negare che vi sia il rischio di una "duplicazione di accertamenti" sui medesimi fatti, così come non si può negare il rischio che l'attività istruttoria cautelare sia stata tanto "illuminante" per il giudice che questi, potendo essere la stessa persona fisica che tratterà poi il merito¹³¹, si faccia poi condizionare al momento di emettere la decisione finale.

sarebbe frutto di un "equivoco metodologico". "La nozione di *fumus* – secondo l'Autore – e di accertamento del medesimo non è atta ad esprimere uno *standard* valutativo uniforme e costante, ed anche per questo il legislatore al riguardo di norma tace e probabilmente fa bene a nulla dire". Peraltro, laddove altri ordinamenti, come quello tedesco, offrono indicazioni terminologiche più precise (si ricorda in proposito che la Z.P.O. fa perno sulla nozione di *Glaubhaftigkeit*, ovvero sulla credibilità delle asserzioni), ciononostante non si è sopito il vivace dibattito intorno alla questione. E' a questo punto che l'Autore propone una concezione *relativistica* del problema del grado di approfondimento istruttorio necessario, "a seconda innanzitutto del *tipo* di provvedimento cautelare richiesto, della incisività dei suoi effetti, e del rapporto con la decisione di merito che si avrà alla fine del processo di cognizione. In particolare, tale valutazione dovrà essere più accurata ed approfondita nel campo dei provvedimenti cautelari anticipatori...specie poi allorché la anticipazione totale o parziale degli effetti della tutela di merito potrebbe comportare – come spesso accadrà – un serio e non totalmente riparabile pregiudizio degli interessi della parte convenuta". Questo genere di provvedimenti cautelari viene quindi più avanti definito dall'Autore come "dei *provvedimenti cautelari frutto di una prognosi sul merito*".

¹³¹ Anche se, paradossalmente, le attuali fisiologiche lungaggini processuali potrebbero sortire l'effetto opposto, in quanto se il giudice che decide sulla tutela urgente è la stessa persona fisica che si troverà a decidere il merito dopo vari anni dalla decisione sul cautelare, allora l'effetto psicologico condizionante della prima impressione potrebbe essere a quel punto scemato; se invece il giudice dovesse essere una persona fisica diversa, perché ormai sempre più spesso accade che colui che decide la causa sia non è la stessa persona fisica che ha deciso sulla misura interinale, ma nemmeno quella dinanzi alla quale si è instaurato il processo in via ordinaria, allora l'effetto condizionante potrebbe non venire mai in rilievo. Ma è evidente che questa osservazione nasce solo dalla visione degli effetti distorti prodotti dai tempi processuali eccessivamente dilatati e non riveste uno specifico valore scientifico.

Tuttavia, premono qui alcune considerazioni.

Innanzitutto non è detto che il *condizionamento* che derivi da un'attività conoscitiva svolta nella immediatezza dell'accadimento dei fatti rilevanti, quale dovrebbe essere quella condotta nel procedimento cautelare, sia di per sé un male, se è vero che spesso tale attività consente un grado di avvicinamento alla realtà, e dunque all'obiettivo tendenziale di ogni processo, *in potenza* maggiore rispetto a quanto consentito dai "lacci e laccioli" del rito ordinario¹³²; in secondo luogo, ammesso che questo *condizionamento* sia in sé un male da evitare, se è vero che *adducere inconueniens non est solvere argumentum*, esso non potrebbe determinare la esclusione di una qualsiasi istruzione intorno al *fumus*: in altre parole, se è vero che l'attività istruttoria cautelare potrebbe in ipotesi far raggiungere un grado di avvicinamento alla realtà maggiore rispetto a quello conseguibile dal processo ordinario, è anche pacifico che questa non sia la sua *funzione*, dovendo invece sorreggere una *convinzione* comunque provvisoria.

¹³² Secondo CONSOLO, *Una buona "novella" al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360 bis e 614 bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, in Corr. Giur. 2009, 6, 743, "l'equivoco da debellare è che processo ordinario e sommario differiscano fra loro realmente nell'intimo, magari stante l' 'alto tasso formale' proprio (?) solo del primo. La raccolta della prova deformalizzata mutuata, nei procedimenti sommari, dal limpido dettato dell'art. 669 *sexies*, all'opposto, ha invero poco da invidiare a quella del libro II c.p.c., purché i magistrati tengano conto che il giuramento dei testi e periti rimane fondamentale. Anzi, è più concentrata e sovente il giudice vi si impegna mentalmente di più. Udienze di vera discussione e concisi scritti in termini incalzanti esprimono il contraddittorio ancor meglio che udienze di (ordinaria) routine -...- e lunghe conclusionali e repliche finali, poco leggibili e magari poco lette davvero". E più avanti: "Contrapporre costantemente e *tout court* cognizione 'piena' (nelle forme ordinarie) a cognizione 'sommaria' (in quelle camerale) significa ancor oggi peccare di assenza di quel vissuto pratico che orna il processualista rispetto al legnoso procedurista: egli vede bene come l'intensità di approfondimento non è affatto aprioristicamente differente, né deteriore nelle azioni sommarie, al di là delle parole e della enfasi sui riti differenziati".

Pertanto, che l'istruzione possa essere utilizzata "male"¹³³, per approfondire temi di indagine con modalità che dovrebbero essere prerogativa del merito, non può incidere *a priori* sulla sua stessa necessità.

A conferma di quanto sostenuto ci sembra opportuno riferire le parole della Consulta nell'occasione della richiamata sentenza n. 326 del 7 novembre 1997, nella quale si legge: "L'ipotizzabile coinvolgimento in concreto di quel giudice, *al di là di quanto richiesto dalle esigenze della decisione cautelare*, nel merito della causa ...rappresenta un'*eventualità anormale*, che può essere effetto soltanto di un *marcato allontanamento dalla struttura codicistica del processo cautelare* e dalla funzione essenziale di questo"¹³⁴ (corsivi nostri).

¹³³ Ovvero senza che essa venga limitata alla *indispensabilità*, così come prescritto dall'art. 669 *sexies*, 1° co., c.p.c. Sulla idoneità del requisito della *indispensabilità* ad impedire gli eccessi istruttori v. MERLIN, *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, cit., 404, secondo la quale l'indispensabilità è da intendersi non solo come escludente l'assunzione di mezzi di prova relativi a fatti rilevanti solo per il processo di merito, ma anche come limite per commisurare il giudizio di necessità della prova alla convinzione di mera *verosimiglianza* che il giudice è in tal sede chiamato a formarsi intorno ai fatti di causa; perciò, la nozione non sarebbe assimilabile a quella elaborata dalla dottrina in relazione ad altre norme in cui compare il termine (ad es. vedasi gli artt. 118, 437, 345 c.p.c.)

¹³⁴ Proseguiva la Corte Costituzionale, in riferimento al problema specifico che aveva determinato l'intervento in relazione alla presunta incostituzionalità dell'art. 51 n° 4 c.p.c.: "Ma gli inconvenienti riportabili ad una tale evenienza, siccome estranei al paradigma legale, non possono dar fondamento all'asserita incostituzionalità della denunciata norma, in parallelo con quanto ritenuto da questa Corte a proposito dell'art. 34, comma 2, cod. proc. pen. (peraltro, cfr. anche sentenze n. 306, n. 307 e n. 308 del 1997). In casi del genere, piuttosto, è dovere del giudice di valutare, nel concreto, se 'esistono gravi ragioni di convenienza' per 'richiedere al capo dell'ufficio l'autorizzazione ad astenersi', secondo quanto già previsto dal capoverso dello stesso art. 51 cod. proc. civ.". Nello stesso senso predicato nel testo ci pare BARLETTA, *La riproposizione della domanda cautelare*, cit., 168. L'Autore suggerisce poi una interessante lettura delle modifiche che nell'anno 2005 hanno *attenuato* la strumentalità quei provvedimenti cautelari la cui emissione è preceduta dallo svolgimento di un'istruttoria particolarmente approfondita, quali sono appunto quelli ad effetti anticipatori (irreversibili), rispetto ai quali prima della detta riforma l'instaurazione del giudizio di merito non di rado serviva solo a mantenere efficaci le misure cautelari già concesse, non avendo le parti particolare interesse a ricevere un provvedimento formalmente definitivo con tutta probabilità avente il medesimo segno di quello cautelare.

Non convince allora nemmeno la presunta *inconciliabilità* tra l'affermazione delle maggiori potenzialità dell'istruzione cautelare con la *sufficienza* di un convincimento *inferiore*, rispetto a quello ordinario, per erogare la misura: è l'urgenza nel provvedere che giustifica la *deformalizzazione* e se quest'ultima conduce a risultati più vicini al vero rispetto a quelli apprezzabili in sede ordinaria ciò non può essere motivo per togliere cittadinanza nel cautelare all'istruzione in senso stretto.

Dunque, se il rischio esiste questo è un rischio che il processo nel suo complesso deve correre, essendo ben più grave la potenziale pericolosità di un provvedimento, in ipotesi molto incisivo nella sfera patrimoniale- economica del destinatario del provvedimento, che abbia *alle sue spalle* un giudizio di *mera verosimiglianza* delle allegazioni attoree, rispetto a quella insita in un accertamento probatorio "inadente" l'ambito formale dell'istruzione ordinaria.

Infine, non convince l'idea di fondo che pare emergere dalla tesi che accetta nel cautelare un giudizio di *mera verosimiglianza*, ovvero lo stretto collegamento tra *non dichiaratività* dell'accertamento intorno al diritto posto a fondamento (o, se si vuole, *sullo sfondo*) del processo cautelare ed esclusione della necessità di un'istruzione probatoria volta a corroborare le ipotesi sul fatto prospettate dalle parti: se è vero che un conto sono *gli effetti* del provvedimento e loro idoneità a dettare una disciplina stabile del rapporto, ed altro sono i mezzi predisposti perché si accertino le condizioni per l'emissione della misura approntata dalla legge, non si vede perché il primo aspetto debba continuare ad influenzare il secondo.

Per concludere sul punto, ci sembra andare nella giusta direzione chi ha sostenuto che "la discrezionalità tra l'espletamento di un'attività istruttoria o meno è ... ispirata agli stessi presupposti che portano il giudice di merito a rimettere la causa al Collegio senza l'espletamento di una fase istruttoria ex art. 187 c.p.c.: il giudice non procederà alle

sommario informazioni se risultano già acquisiti agli atti prove o argomenti già sufficienti a fondare il giudizio sul *fumus boni iuris* oppure sul *periculum in mora*¹³⁵.

Con gli adattamenti dovuti al tempo trascorso dal momento in cui venivano scritte queste parole (oggi la legge non parla più di *sommario informazioni*, modello invece riservato al procedimento a contraddittorio posticipato, bensì di *atti di istruzione indispensabili*) ci pare che il senso di esse sia ancora condivisibile: la necessità di una (*ulteriore*) istruttoria è data dalla maturità o meno della “causa” cautelare in relazione a quanto già offerto dalle parti, sia dal punto di vista di produzione documentale sia da quello delle richieste di prove *costituende*; infatti, anche quando la decisione fosse fondata solo su prove *precostituite*, perché il giudice le ha considerate sufficienti ai fini della erogazione della misura, si avrebbe in ogni caso una sia pur limitata attività istruttoria consistente nella *valutazione* del documento e prima ancora nella attivazione del contraddittorio sulla necessità stessa della valutazione della prova¹³⁶.

Problema diverso, ma connesso all’esame dell’istruttoria da compiere intorno al *fumus*, è quello relativo alla possibilità che l’oggetto del giudizio di merito richieda una istruzione tanto *profonda* da impedire che di esso possa conoscere il giudice della cautela, seppur in termini di *probabile fondatezza* delle ragioni dell’istante.

¹³⁵ CECHELLA, *Cognizione ordinaria e cognizione sommaria in relazione al principio di tipicità delle prove ed alla regola finale di giudizio*, in Riv. dir. civ. 1986, 225.

¹³⁶ Secondo CECHELLA, cit., 225, non sarebbe dunque giustificata l’esistenza della alternativa tra i due modelli di istruzione (verosimiglianza - decisione fondata su prove) e di accertamento approntati per la medesima tutela giurisdizionale (cautelare), poiché l’estensione dell’istruzione potrà variare in base al materiale probatorio già acquisito, sino all’ipotesi estrema in cui il giudice si lasci convincere solamente da prove precostituite, ma questo convincimento dovrà partire da un apprezzamento di mezzi di prova e non da un ipotetico giudizio fondato sulle sole allegazioni. Seguendo un’altra ipotesi ricostruttiva si potrebbe sostenere che se è vero che le cd. prove *atipiche* sono *probatio inferior* non nel senso della loro inidoneità a provare da sole i fatti controversi ma solo nel senso della loro inidoneità a giustificare il giudizio di superfluità ex art. 209 c.p.c. a fronte di richieste di prove contrarie (PROTO PISANI, *Usi e abusi della procedura camerale*, cit., 413, nota 37) allora nel processo cautelare questo genere di prove sarebbero invece da sole sufficienti a fondare il detto giudizio di superfluità.

Sul punto, non si condivide quella giurisprudenza di merito secondo la quale vi sarebbe una innata “incompatibilità” del procedimento cautelare con un certo tipo di accertamenti¹³⁷ che “implichino lo svolgimento di una istruttoria complessa ed articolata”; in altre parole, si sostiene che il tipo di istruttoria *necessaria* al fine di emettere un certo provvedimento, dovendo essere modulata in base all'*oggetto* della lite e non alla *funzione* ed alle caratteristiche del procedimento in cui essa s'inserisce, inciderebbe sulla stessa tutelabilità in via cautelare di determinate posizioni soggettive.

Ci pare che tale tesi comprima in maniera eccessiva il diritto alla cautela senza avere l'appoggio di sicuri dati normativi: infatti, non fa cenno al requisito del tipo di *oggetto* del futuro processo di merito, ovvero al fatto che il tipo di istruttoria *necessaria* in relazione ad un certo diritto sostanziale impedisca *ex se* di concedere il provvedimento cautelare, l'art. 669 *quaterdecies* c.p.c., che delinea l'ambito di applicabilità dei procedimenti cautelari; *a contrario*, si noti che quando il Legislatore ha inteso condizionare l'esperibilità di un certo procedimento in ragione della *quantità* di istruttoria da espletare l'ha fatto dichiaratamente, com'è avvenuto nel caso del nuovo art. 702 *ter*, 3° co., c.p.c., ovvero in quello dell'abrogato art. 19, 3° co., d. lgs. n. 5 del 2003.

Anche quanto alla cognizione intorno al *periculum* il primo dubbio da superare è se debba essere svolto un mero giudizio di *verosimiglianza* ovvero *probabilistico*, dubbio peraltro alimentato dal fatto che per alcune misure non è richiesto la ricorrenza di tale requisito (es. in materia di violazione di brevetti); inoltre, ammesso che il giudice possa accontentarsi di un giudizio di mera *verosimiglianza* sul *fumus*, si potrebbe ritenere che possa svolgersi un giudizio analogo anche sul *periculum*?

¹³⁷ Nella specie, Tribunale di Bari 21.11..2005 Soc. I. G. c. A.V., in Corr. Mer. 2006, 2, 165, si trattava di accertamenti relativi a condotte datoriali integranti la fattispecie del “mobbing”.

Innanzitutto, abbiamo ricordato l'opinione di chi ritiene che sul pericolo non ci si possa accontentare della mera *ipoteticità* del pregiudizio, ma sia necessario raggiungere un certo grado di *convinzione*, pur sempre *probabilistica*¹³⁸.

Vi sono dunque differenze di rilievo rispetto alla tipologia di accertamento del *fumus*, poiché se è vero che il *pericolo* è dato dal rapporto fra eventi di cui il primo è costituito da un fatto già accaduto e l'altro invece è *futuro*¹³⁹, ed in ogni caso generalmente entrambi sono di tipo naturalistico- materiale (anche se non possono escludersi lesioni di beni immateriali, come l'onore o la reputazione), ci sembra che il giudice

¹³⁸ DINI, *I provvedimenti d'urgenza*, Milano 1973, 53 s., secondo il quale il giudizio intorno al *periculum* deve essere "certo, sicuro, approfondito"; CECHELLA, *Il processo cautelare – Commentario*, Torino 1997, 64, parla di *cognizione piena* (e non sommaria) in relazione ai presupposti di rito e in particolare quello del *periculum* ("il giudice dovrà acquisire una piena consapevolezza sulla gravità e irreparabilità del danno per il tempo occorrente ai fini di una tutela nel merito, in ordine al tipo di situazione e provvedimento giurisdizionale invocati dalla parte"), anche se poi pronostica per questo tipo di giudizio una scarsa necessità di istruttoria, trattandosi di una cognizione "di diritto"; CONSOLO, in *Commentario alla riforma del processo civile*, a cura di Consolo-Luiso- Sassani, Milano 1996, 621, sostiene che con l'indagine sul *periculum* il giudice debba ricercare probatoriamente di raggiungere subito una convinzione pur sempre ed inevitabilmente probabilistica, ma "tutt'altro che superficiale o nudamente ipotetica". *Contra* LOMBARDO, *Natura e caratteri dell'istruzione probatoria cautelare*, cit., 496 ss., per il quale non solo non c'è traccia della distinzione nel dato positivo né nella teorica del giudizio sul fatto, ma anche perché dalla diversità degli effetti dei due accertamenti (l'uno, sul *fumus*, provvisorio, l'altro, sul *periculum*, definitivo) non può farsi derivare una diversità della *qualità* del loro accertamento; pertanto, entrambi i presupposti di fatto della cautela andrebbero pienamente accertati in base a mezzi di istruzione probatoria idonei: l'errore in cui si cade quando si dice che l'accertamento preteso dal Legislatore nel cautelare sarebbe *meno pieno* rispetto all'ordinario consiste nel giudicare la *qualità* della cognizione del cautelare avendo di mira non il *thema probandum* proprio di questo processo, che un tema di *probabilità*, ma quello del successivo giudizio di merito ed il fatto che i presupposti della cautela siano costituiti da un *thema* di probabilità non vuol dire che il *convincimento* del giudice in merito ad essi sia minore di quello proprio del giudizio ordinario.

¹³⁹ RECCHIONI, cit., 190 ss. Perciò, solo nel giudizio sul *periculum* viene in rilievo una questione di *prognosi in senso stretto*, mentre il giudizio sul *fumus* è sempre *post-gnosi*, dovendosi verificare una ipotesi relativa ad un fenomeno passato, mentre è vera *prognosi* quella valutazione che guarda alla probabile fondatezza e quindi accoglimento, della futura domanda di merito; tuttavia, anche in questo secondo aspetto, secondo l'A., la *prognosi* è basata sempre su una *diagnosi* relativa all'esistenza o meno del diritto cautelando, e quindi pur sempre con una indagine rivolta al passato, ovvero alla probabile verifica passata di circostanze che possano aver fatto sorgere il diritto dell'istante.

debba convincersi della esistenza del primo non in termini di *probabilità*, come deve invece convincersi dei fatti posti a fondamento del *fumus*¹⁴⁰, bensì in termini di *certezza* (ovviamente intesa in senso *processuale*)¹⁴¹: è proprio la *specialità* dell'indagine sul *periculum*, ovvero il fatto che essa non viene ripetuta né è ripetibile all'interno del giudizio di merito, ad imporre che gli elementi *già accaduti* della relazione di pericolo siano indagati avendo di mira *certezza* di risultati e non la *probabilità* di essi.

Non pare allora convincere nemmeno la autorevole tesi di chi non crede astrattamente possibile una valutazione di *certezza* intorno al *periculum*¹⁴², dovendo l'indagine riguardare fatti non ancora avvenuti: ciò, infatti, può essere vero solo per il secondo dei termini della relazione che forma il *periculum*, ovvero la *predizione* o *prognosi* vera e propria, ma non per l'evento- *shock*, il quale invece può e deve essere apprezzato in termini di *certezza*, in quanto già verificatosi.

Vi è da dire però che prova troppo la linea seguita dalla giurisprudenza quando afferma che il *periculum* deve essere oggetto di *piena e specifica prova* da parte dell'istante: così, da un lato, dimostra di concentrarsi solo sul primo dei termini della relazione, poiché è chiaro che del secondo non potrebbe mai darsi *piena* prova, trattandosi di un evento futuro, dall'altro sembrerebbe ripudiare non solo il giudizio di

¹⁴⁰ *Contra* RECCHIONI, *I procedimenti sommari*, 193. Secondo l'A. ciò sarebbe anche confermato dalla stessa possibilità di emettere la misura senza istruttoria di sorta, ex art. 669 *sexies*, 2° co., c.p.c.

¹⁴¹ Secondo TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 156 ss., nell'ottica *relativistica*, la verità assoluta non è che un punto di riferimento teorico, ovvero un valore tendenziale, che serve a determinare i diversi "gradi" di accertamento tendenzialmente rivolti ad esso. Pertanto, esistono gradi diversi di corrispondenza del giudizio sul fatto alla realtà empirica: questo discorso rapportato alla verità processuale consente di affermare che la realtà concreta, punto di riferimento tendenziale, diventa criterio per valutare l'*adeguatezza dell'accertamento giudiziale*, in funzione della sua approssimazione al valore teorico della corrispondenza assoluta alla realtà. Quest'ultimo è dunque un valore *esterno* al processo, destinato a prevalere sui criteri *interni* (es. l'impiego di prove legali). Così, si supera la tesi per la quale è *vero* solo ciò che è il prodotto di un certo modello processuale (ritenuto preferibile), in quanto è *relativamente vero* tutto ciò che si approssima il più possibile al valore tendenziale rappresentato dalla realtà empirica, e quindi sarà giusto o utile un processo che adotta modalità e tecniche per realizzare la migliore *verità relativa*.

¹⁴² LIEBMAN, *Unità del procedimento cautelare*, cit., 252.

verosimiglianza ma anche quello *probabilistico*, pretendendo un grado di conferma pressoché identico a quello necessario per il processo ordinario, snaturando così l'essenza della cognizione cautelare¹⁴³.

A questo punto può osservarsi che se si accetta la tesi per la quale sull'evento- *shock* (ovvero il primo dei termini della relazione di pericolo), che fa sorgere il ragionevole timore della verificazione di un evento futuro dannoso, il giudice non si possa limitare ad un accertamento *probabilistico*, dovendo invece portare a termine una cognizione piena, il fatto che tale accertamento debba avvenire, per espressa previsione di legge, secondo il modello di istruttoria *deformalizzata* previsto dall'art. 669 *sexies* c.p.c. fa vacillare l'idea per la quale sarebbe conosciuto con cognizione *piena* solo quel fatto accertato a mezzo di un'attività istruttoria predeterminata dalla legge quanto a forme e termini: in questo caso, infatti, la conferma dell'ipotesi sul fatto, idonea ad ingenerare nel giudicante una *convinzione* in senso tecnico, avviene utilizzando un'attività istruttoria (necessaria ma) *deformalizzata* rispetto ai crismi del modello disegnato dagli artt. 202 ss. c.p.c.

Molto efficacemente è stato recentemente sostenuto che solo per la cognizione relativa al *fumus* può parlarsi di sommarietà *quanto all'oggetto*, mentre circa il *periculum* "probabilità" non vuol dire minor grado di convincimento, ma la peculiare natura dell'indagine volta a prevedere uno sviluppo non solo *futuro*, ma anche *eventuale*: questa peculiarità, dunque, comporta anche che l'indagine prognostica da

¹⁴³ RECCHIONI, *I procedimenti sommari*, cit., 196. Emblematica in questo senso è l'ordinanza del Tribunale di Torino del 16.8.96, in *Dir. consumi* 1997,177 (ma anche in *Foro It.* 1997, I, 288 con nota di ARMONE): "Il pregiudizio derivante dall'applicazione di clausole abusive deve essere ancorato a situazioni e rapporti determinati, cioè a specifici contratti con riferimento ai quali, successivamente alla loro conclusione le clausole abusive siano state fatte valere o, quantomeno, siano maturati i presupposti (mancata consegna dell'autovettura nel termine contrattuale stabilito, revoca ingiustificata dell'ordinanza o ritardo nel pagamento del prezzo da parte del compratore, modifica del prodotto ordinato unilateralmente decisa dal costruttore, e così via) per la loro applicazione. Una *mera potenzialità dannosa* delle clausole abusive contenute nelle condizioni generali, e non un pregiudizio concreto non giustifica l'emissione di un provvedimento inibitorio ex art. 1469 *sexies* c.c." (corsivi nostri); v. anche Tribunale di Roma 26.1.2000, in *D.L. Riv. critica dir. lav.* 2000, 400.

compiersi sui fatti darà luogo ad una cognizione *non sommaria quanto all'oggetto*, ma piena, in quanto sostanziandosi il giudizio in una *predizione* il giudice non si può accontentare di vagliare solo taluni elementi di cognizione e lasciarne fuori altri, altrimenti la predizione non sarà sufficientemente precisa, rigorosa; “a poter ritenere diversamente, proprio la cognizione del presupposto più incerto, lungi dal far leva su più solide basi, finirebbe per fondarsi su una *verosimiglianza della probabilità*, e cioè su una doppia eventualità (del fatto di allarme, a monte, della previsione di danno, a valle), che raddoppierebbe l'insicurezza già insita in quel requisito”¹⁴⁴ e l'assenza di controlli successivi nella fase di merito (a differenza di quanto avviene per il controllo sul *fumus*) della sussistenza di tale requisito renderebbe ancor più inaccettabile questo risultato.

Quanto, invece, al secondo termine della relazione di pericolo, è evidente che qui siamo in presenza di un giudizio puramente *prognostico* la cui struttura si fonda sull'identificazione dell'evento che si vuole

¹⁴⁴ DELLA PIETRA, *Il procedimento possessorio*, cit., 231.

prevenire¹⁴⁵ e sulla valutazione intorno alla fondatezza della previsione effettuata.

Ricostruito il pericolo come *relazione fra eventi*, residua il problema più importante e cioè quello relativo al *come* individuare criteri operativi per fissare la soglia di pericolo *minima*, sufficiente per la concessione del provvedimento.

Secondo una prima tesi giurisprudenziale il pericolo andrebbe apprezzato in termini di semplice *possibilità* di verificazione dell'evento¹⁴⁶, ovvero anche di *opportunità* di custodia del bene (in caso di sequestro)¹⁴⁷.

Secondo attenta dottrina, invece, il pericolo deve rilevare in termini di *probabilità*, secondo la teoria della cd. *probabilità prevalente*, nel

¹⁴⁵ Tale indagine rileva soprattutto nei casi di richiesta di misure *atipiche*, in quanto il Legislatore non può prevedere l'evento da evitare, dovendo il giudice dare concretezza in questi casi alle formulazioni, spesso vaghe, contenute nella legge, prospettando, nella individuazione dell'evento temuto, anche diversi "scenari possibili", cioè diverse conseguenze possibili che possono discendere da una certa situazione di fatto: in senso epistemologico, saremmo in presenza di un ragionamento cd. "abduittivo" (TARUFFO, *Il giudizio prognostico del giudice tra scienza privata e prova scientifica, in Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna 2002, 329). Tuttavia, *l'abduzione*, cd. "profezia retrospettiva", implica un'indagine in merito al rapporto causa- effetto di un fenomeno procedendo a ritroso, cercando di *abdurre* da ciò che si ha ciò che può averlo determinato (è quindi un sillogismo in cui la premessa maggiore è *certa*, ma essendo la minore solo *probabile*, la conclusione ha una probabilità pari a quella della premessa minore), pertanto tale tipo di ragionamento, almeno quanto al *periculum*, esula dalla predizione/prognosi dell'evento futuro che la parte vuole impedire: qui infatti non si va alla ricerca della causa dell'evento noto, cioè lo *shock*, ma lo si considera come evento-premessa e causa di un probabile ulteriore sviluppo fenomenico, e dunque qui l'inferenza è di tipo *deduttivo* o *probabilistico*. Sul piano processuale, quindi, attenta dottrina (RECCHIONI, *I procedimenti sommari*, cit., 201) ha espresso preoccupazione per il possibile contributo del giudice alla prospettazione dei "diversi possibili scenari della causa", dovendo rimanere fermo il principio di allegazione per opera delle parti: in concreto, il giudice non potrebbe accogliere la domanda in base ad uno scenario lesivo che non è stato prospettato dalla parte istante, ciò nel pieno rispetto dell'art. 112 c.p.c.

¹⁴⁶ Pretura di Lecce 4.2.1998, in Riv. dir. farmaceutico, 1998, 437: "I requisiti previsti per l'esercizio della tutela cautelare di cui all'art. 700 c.p.c., sono sussistenti in quanto il pericolo nel ritardo è insito nello stato di necessità terapeutica dell'ammalato in pericolo di vita ed il *fumus boni iuris* è basato sull'esistenza di seri ed apprezzabili elementi sui quali ancorare un giudizio di probabile o possibile valenza terapeutica dei farmaci impiegati nel protocollo Di Bella".

¹⁴⁷ Tribunale di Monza 17.4.2001, in Gius. 2001, 2292: "In tema di sequestro giudiziario, il c.d. *periculum in mora* si restringe alla valutazione dell'opportunità di custodire il bene".

sensu che l'evento dannoso deve essere *più probabile che non*¹⁴⁸, non potendo la *prognosi* sul pericolo cautelare risolversi in un mero giudizio di *possibilità*.

Ad ogni modo, premesso che anche per il *periculum* non è possibile individuare un solo comune grado di probabile verificazione dell'evento temuto, l'indicazione pratica che deriva dalla stessa tipizzazione operata dal Legislatore per alcuni *pericula* cautelari (che in alcune ipotesi sono modellate proprio in base all'*id quod plerumque accidit*) può condurre ad affermare che in tale materia rilevi la probabilità cd. *statistico-frequenziale*, che pare l'unica in grado di fornire risposte dotate di un certo grado di scientificità¹⁴⁹.

L'analisi condotta rende palese che dalla diversa struttura dell'indagine probatoria sui due "poli" della tutela discende anche una diversità di mezzi probatori concretamente utilizzabili nell'istruttoria cautelare: quando infatti l'indagine è rivolta ad accertare la probabile verificazione del fatto futuro temuto (ovvero del secondo elemento della relazione del *periculum*), non si potranno impiegare tutti gli strumenti istruttori che presuppongono che i fatti da dimostrare siano *già accaduti* (come ad es. la testimonianza), che invece si ammetteranno per provare i fatti che rilevano ai fini della probabile esistenza del *fumus*, nonché per provare il fatto (o i fatti) generatori dell'*allarme* nella relazione di pericolo.

§ 3. – *L'istruttoria nel procedimento cautelare tra "atti d'istruzione" e "sommarie informazioni"*.

Venendo nello specifico all'esame del modello disegnato dall'art. 669 *sexies* c.p.c. emerge come il procedimento sia rimesso alla

¹⁴⁸ TARUFFO, *Il giudizio prognostico del giudice tra scienza privata e prova scientifica*, in *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna 2002, 337.

¹⁴⁹ RECCHIONI, *I procedimenti sommari*, cit., 209. Dunque, l'argomentazione probabilistica che sorregge la decisione si fonderà sulla concezione cd. *assiomatica* della probabilità, secondo la quale la probabilità non è altro che uno stato oggettivo non ancora reale ma possibile, cioè la misura delle potenziali possibilità.

determinazione discrezionale del giudice, che dovrà salvaguardare il principio del contraddittorio ex art. 101 c.p.c., nella fase iniziale così come in ogni aspetto della lite.

Sappiamo che se il processo ordinario è la sede in cui s'indagano tutti i fatti costitutivi allegati dall'attore e tutti quelli modificativi, impeditivi e estintivi dedotti dal convenuto, è sommaria *quanto all'oggetto* la cognizione che si discosta da questi requisiti, o perché il giudice può accogliere la domanda in virtù di una cognizione piena solo sui fatti costitutivi (o di questi e solo di alcuni di quelli impeditivi, modificativi ed estintivi) – ed allora si parla di sommarietà *per parzialità* - oppure perché il giudice, pur estendendo l'indagine a tutti i fatti allegati, può accogliere la domanda accontentandosi di un grado inferiore di convincimento circa il loro accadimento, grado generalmente individuato nella cd. “probabilità prevalente” – ed allora si avrà sommarietà *per superficialità*; l'altro tipo di sommarietà conosciuta è quella *relativa allo svolgimento*, la quale prescinde dalla *quantità* dei fatti indagati e dalla *qualità* della cognizione del giudice, per focalizzare l'attenzione sul *modo di svolgimento* del processo, che viene qualificato appunto come *sommario* in quanto si mantiene come punto di riferimento il principio in base al quale la tutela giurisdizionale dei diritti esige un procedimento *nella massima parte* predeterminato dal Legislatore nello svolgimento delle varie fasi, in punto di termini, repliche ed in generale di poteri dei protagonisti del processo.

Accogliendo queste categorie, possiamo convenire sul fatto che il processo cautelare sia sommario *quanto allo svolgimento*¹⁵⁰, essendo tale direttiva imposta dalla funzione stessa della tutela cautelare, ovvero quella di arrivare *prima* che si produca il pregiudizio che l'istante rappresenta come minaccioso sul proprio diritto.

¹⁵⁰ DELLA PIETRA, *Il procedimento possessorio*, cit., 235 ss.

Una delle prime problematiche che vengono in luce è se il “nuovo” art. 669 *sexies* c.p.c. possa aver contribuito alla risoluzione dell’annoso problema relativo alla possibilità o meno di ammettere nel processo cautelare un giudizio di *mera verosimiglianza*.

Infatti, secondo parte della dottrina, la formula dell’art. 669 *sexies* c.p.c. avrebbe avuto “portata risolutiva”¹⁵¹ della detta questione, valorizzando la contrapposizione che il Legislatore ha istituito tra primo e secondo comma della disposizione in discorso. La locuzione “atti di istruzione”, per la lettera ed in rapporto con le “sommarie informazioni”, previste come modello del procedimento *inaudita altera parte*, comporta due conseguenze: da un lato, al giudice della cautela non può bastare la *mera credibilità* dei fatti rilevanti; dall’altro, la cognizione cautelare deve svolgersi con modi ampi e soddisfacenti, avendo le parti diritto ad un *ventaglio di risorse istruttorie* non diverso rispetto a quello a disposizione in sede di cognizione piena¹⁵².

Quindi, se è possibile effettuare un graduazione tra *sommarie informazioni* e atti di istruzione in sede ordinaria, non è possibile fare altrettanto fra questi ultimi e gli *atti di istruzione* in sede cautelare¹⁵³ così

¹⁵¹ DELLA PIETRA, *Il procedimento possessorio*, cit., 237.

¹⁵² OLIVIERI, *I provvedimenti cautelari nel nuovo processo civile*, cit., 703; MERLIN, *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, cit., 403, nella cui voce l’Autrice mette in luce la contrapposizione tra 1° e 2° co. dell’art. 669 *sexies* c.p.c., sostenendo che le *sommarie informazioni*, proprio in quanto assunte in assenza di contraddittorio, non possono assurgere al rango di vero e proprio atto di istruzione, nemmeno quando di fatto sia stato ricalcato lo schema procedimentale (es. audizione del testimone con verbalizzazione della deposizione); d’altro canto, il fatto che nel procedimento a contraddittorio instaurato si parli di veri e propri “atti di istruzione”, sebbene *deformalizzati*, induce a ritenere che la prova debba comunque assumere come modello sostanziale i mezzi istruttori tipici del processo di cognizione; sul tema AULETTA, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di Vaccarella e Verde, IV, Torino 1997, sub art. 669 *sexies*, 298 ss.

¹⁵³ Di qui la preoccupazione di FRAU, in *La riforma del processo cautelare, finalità politiche e fonti reali*, in Giur. it. 1992, fasc. 11, IV, 481, il quale denunciava il carattere completo dell’istruzione cautelare, racchiuso nell’espressione “atti di istruzione” che sembrava andare al di là delle mere *s. i.* utili per giungere ad una valutazione di *verosimiglianza* della pretesa dell’istante; preoccupazione fatta propria anche da SALVANESCHI, in *La domanda ed il procedimento*, in *Il nuovo processo cautelare*, a cura di Tarzia, Padova 1993, 264 ss., in quanto tali estese possibilità istruttorie comporterebbero il rischio di uno snaturamento dell’indagine sul *fumus* ed il *periculum*, esposti ad indagini più estese e penetranti rispetto al passato.

che le parti possono utilizzare tutti i mezzi *tipici* loro offerti dal giudizio ordinario per provare la sussistenza dei presupposti della cautela.

Tuttavia, questa conclusione poggia su un dato che viene messo in discussione da altra parte della dottrina, ovvero sulla circostanza che tra il primo ed il secondo comma della norma allo studio vi sia un rapporto tra regola ed eccezione: tale tesi spinge invece per una lettura riequilibratrice tra le due ipotesi, ponendole in un rapporto di *alternativa*, in quanto la fruttuosità del provvedimento cautelare è spesso legata al cd. *fattore- sorpresa* per il destinatario della misura. Dal punto di vista normativo, poi, tale lettura non sarebbe in contrasto con quanto stabilito a tutela del contraddittorio dalla legge (art. 101, 1° co., c.p.c.), che in alcuni casi espressamente previsti consente che il contraddittorio venga posticipato, e dalla Costituzione (art. 24), che impone che in tali casi siano comunque apprestate una serie di garanzie e strumenti, come l'immediato controllo sulla misura ed il potere di modifica e revoca del provvedimento in capo al giudice; diversamente opinando si rischierebbe di "spuntare le armi" alla tutela cautelare¹⁵⁴.

La tesi tradizionale pare però conservare la sua validità laddove si osservi innanzitutto che la legge n. 353 del 1990 ha voluto fortemente porre al centro del procedimento in generale e dell'istruzione in particolare proprio il principio del contraddittorio¹⁵⁵, che si manifesta

¹⁵⁴ RECCHIONI, *I procedimenti sommari*, cit., 419 ss.

¹⁵⁵ CONSOLO, in *Commentario al codice di procedura civile*, cit., a cura di Consolo-Luiso-Sassani, 615. Il riferimento agli "atti di istruzione" in luogo delle "sommarie informazioni" precedentemente previste dagli abrogati artt. 672, 4° co. e 689 1° co., ci sembra sia uno dei segnali di questa volontà. In sede di primi commenti alla riforma del 1990 era stato però anche osservato che l'innovazione contenuta nell'utilizzo dell'espressione *atti di istruzione*, insieme alla scomparsa della indicazione analitica delle attività istruttorie ammissibili contenuta nel 3° e 4° co. dell'art. 689 c.p.c. vecchia formulazione, era in realtà solo apparente, in quanto già prima dell'emanazione della l. 353/90 era concesso al giudice il potere di utilizzare tutti i mezzi istruttori contemplati dal codice. Ed allora, l'espressione *atti di istruzione* avrebbe avuto il compito di porre sullo stesso piano *qualitativo* l'attività di ammissione e assunzione delle prove svolta nel cautelare rispetto a quella espletata nel giudizio a cognizione piena e soprattutto di ribadire che nella fase destinata all'adozione di misure urgenti è possibile dare ingresso alle sole prove cd. *tipiche*. *Contra* quest'ultima deduzione PROTO PISANI, *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale*, cit., 67, che invece aveva ravvisato

anche attraverso un modello istruttorio *deformalizzato*, ma allo stesso tempo rispettoso dei diritti processuali e delle antagoniste posizioni delle parti: in quest'ottica generale, il primo comma rappresenta la regola, così come il contraddittorio è la regola in ogni processo.

In secondo luogo, non convince la lettura *sbilanciata* a favore dell'*effettività* perché essa sembra presupporre l'idea che generalmente il principio del contraddittorio sia un ostacolo alla realizzazione di una tutela realmente *effettiva*; in realtà, premesso in generale che non sono le garanzie ad essere d'ostacolo all'*effettività* della tutela, bensì la patologica dilatazione dei tempi del processo, ci pare di poter dire che il procedimento di cui al primo comma sia sufficientemente "attrezzato" per arrivare dove la funzione della cautela vuole che arrivi, senza sacrificare le esigenze del contraddittorio che la stessa legge di riforma del 1990 ha voluto evidentemente valorizzare.

Analizzando più da vicino il primo comma ci si avvede che esso predica sia per l'attuazione del contraddittorio sia per gli atti di istruzione in senso stretto la libertà delle forme, nel senso che la scelta dei modi e dei tempi dell'attività di trattazione e di istruzione in senso stretto è determinata dal giudice: la norma delinea dunque un modello processuale che si definisce innanzitutto *in negativo*, ossia per la diversità rispetto al modello ordinario¹⁵⁶.

nella disposizione una "piena apertura alle prove atipiche, nel senso di piena possibilità di acquisire al processo dichiarazioni di scienza delle parti e di terzi ed ispezioni senza il rispetto delle modalità e dei limiti previsti dal codice civile o di procedura civile".

¹⁵⁶ Infatti, sebbene anche per il processo ordinario sia prevista una norma, quella di cui all'art. 121 c.p.c., per la quale gli atti del processo per i quali la legge non richiede forme determinate possono essere compiuti nella forma più idonea al raggiungimento dello scopo, esprimendo così il *principio di libertà delle forme*, in realtà è noto che di solito la legge, espressamente o per implicito, fissa la forma che devono rivestire gli atti (di solito quella scritta, ed anche quando ne sia possibile un'altra di essa se ne conserva traccia in un processo *verbale*). Così, il *principio di libertà delle forme* ha scarse possibilità di essere applicato se non in relazione a ipotesi in cui non si tratta di individuare la forma ma il contenuto-forma (così VERDE, *Diritto processuale civile*, I, Bologna 2010, 263).

Sotto questo aspetto, la disposizione presuppone anche che nel processo ordinario il contraddittorio sia disciplinato tra forme *essenziali* e forme *non essenziali*: l'interprete dovrebbe quindi dapprima riferirsi a strumenti probatori *tipici*¹⁵⁷, per poi *deformalizzare* i relativi procedimenti ed adattarli alle esigenze della cautela, ovvero sostituire alle forme *tipiche* previste nel rito ordinario altre forme scelte discrezionalmente dal giudice, ma sempre in vista del raggiungimento dello *scopo* dell'atto.

Dunque, *libertà* di forme, ma non *carezza tout court*.

Il problema sorge però proprio dall'individuazione all'interno delle *forme*, che sono strumento di garanzia del processo, di alcune *formalità* che siano eliminabili o sopprimibili¹⁵⁸: ammesso che esistano formalità *non essenziali*, quali di esse possono e devono essere eliminate nel processo cautelare perché questo possa svolgere correttamente la propria funzione?

Attenta dottrina ha suggerito in proposito che nella prospettiva del rito ordinario non è possibile discorrere di “forme vuote” e “forme utili”, in quanto per operare il distinguo bisognerebbe far riferimento ad un criterio *esterno* al processo, rimesso alla percezione dell'interprete e non ricavabile dalle legge, e perciò arbitrario; calati nel procedimento cautelare uniforme, invece, i mezzi *tipici* soggiacciono sì ad un criterio *esterno*, in ragione del modello da cui provengono e a cui si riferiscono (cioè al rito ordinario), ma anche *interno*, fissato dal Legislatore con specifico riguardo al processo in cui sono destinati a funzionare: tale criterio è rappresentato dal fatto che le tecniche adoperate siano o meno *essenziali al contraddittorio*. Solo così, il generale criterio di

¹⁵⁷ Uno dei temi più dibattuti è proprio la compatibilità di alcuni mezzi di prova tipici del processo ordinario in quello cautelare: v. *infra* le problematiche poste dall'interrogatorio formale e dal giuramento.

¹⁵⁸ In proposito si ricordi la critica nei confronti delle espressioni utilizzate dal Legislatore del 1990 di MONTELEONE, in *Diritto Processuale civile*, Padova 2002, 1159, nota 16, in cui si scaglia contro il “pressappochismo parolai del legislatore del 1990”, secondo il quale il rito ordinario dovrebbe vedere fiorire “formalità non essenziali”.

semplificazione permette di distinguere tra forme insopprimibili e formalità eliminabili in sede sommaria¹⁵⁹.

Pertanto, l'espressione vuol significare il potere – dovere del giudice di assumere i mezzi *tipici* con tecniche semplificate rispetto al rito ordinario, eccetto che per quelle forme volte a tutelare il contraddittorio: “Ciò che conta...non è il rispetto assoluto di tutte le forme...nel processo di ordinaria cognizione, ma soltanto di quelle che consentano di attuare il principio del contraddittorio e le sottostanti garanzie di difesa soprattutto del soggetto passivo”¹⁶⁰.

Tuttavia, premesso che la *discrezionalità* del giudice (con la quale s'intende un margine di libertà di azione e decisione) va oltre l'*istruzione in senso stretto*, ma concerne anche l'organizzazione e la direzione del processo, è stato anche osservato che mentre per il rispetto del principio del contraddittorio all'interno del procedimento cautelare in genere il giudice è sempre vincolato al rispetto di forme minime essenziali, potendo omettere solo le forme ritenute *superflue*, per l'istruttoria esisterebbe un vero e proprio potere *di sostituzione* delle forme tipiche con altre scelte discrezionalmente: ciò è fatto palese dalla lettera norma che nel primo caso (trattazione e procedimento in genere) parla di possibile eliminazione di forme “non essenziali”, nel secondo di modalità ritenute “opportune” dal giudice. Così, se è vero che le regole vigenti per il principio del contraddittorio da un lato, e per la *istruzione in senso stretto* dall'altro, hanno ambiti applicativi diversi, la loro operatività può sovrapporsi, potendo coincidere l'*oggetto* della disciplina: infatti, delle applicazioni concrete del principio del contraddittorio fa parte anche la prova, nel duplice aspetto di garanzia del relativo diritto e della metodologia di acquisizione al processo; tuttavia, il Legislatore ha posto

¹⁵⁹ DELLA PIETRA, cit., 246. Ad es. il giudice può ammettere una prova orale articolata dalla parte senza dover formulare le domande in articoli separati, in deroga al 244 c.p.c.; mentre sembra ineliminabile la necessità che il c.t.u. depositi una relazione scritta e non riferisca oralmente in udienza, non potendosi derogare all'art. 195, 2° co., c.p.c.

¹⁶⁰ MONTESANO - ARIETA, *Il nuovo processo civile. Legge 353/1990*, Napoli 1991, 130 s.

la disciplina relativa alle acquisizioni probatorie nella seconda parte del primo comma dell'art. 669 *sexies*, ovvero in quella parte che prevede la *vera* scelta della libertà di forme¹⁶¹.

E' stato anche sottolineato come l'espressione "nel modo che ritiene più opportuno" sia stata oggetto di una duplice lettura¹⁶²: innanzitutto, come estensione all'istruttoria in senso stretto dell'esigenza di snellimento già prescritta per la trattazione, nel senso che si conferma che l'articolazione, l'ammissione e soprattutto l'assunzione delle prove deve seguire tecniche rimesse all'inventiva del giudice, così da renderle *essenziali*, cioè in quanto, ridotte al minimo le fasi di trattazione e decisione, è la fase istruttoria a frapporre il maggior intervallo temporale tra istanza e provvedimento cautelare e pertanto è particolarmente in tal punto che deve autorizzarsi il distacco dai modi ordinari se si vuole un provvedimento efficace ed immediato; in un secondo senso, come apertura in sede cautelare alle cd. *prove atipiche*, ma di questo aspetto ci occuperemo diffusamente nel corso del presente studio¹⁶³.

Fermo restando il riferimento agli *atti istruttori* tipici del processo ordinario, ai quali il procedimento cautelare guarda come riferimento per poi operare la *deformalizzazione*, occorre a questo punto interrogarsi su quali siano concretamente i mezzi di prova impiegabili.

Secondo una partecipata tesi liberale sarebbe consentito il ricorso a tutti i mezzi *tipici* del processo di cognizione¹⁶⁴ e quindi produzione documentale, prova testimoniale, richiesta di informazioni alla p. a. o a terzi, ispezione, consulenza tecnica.

Qualche osservazione s'impone in merito alla escussione testimoniale. Secondo una costante interpretazione della Suprema Corte, infatti, "Le dichiarazioni assunte dal giudice nel procedimento cautelare

¹⁶¹ RECCHIONI, *I procedimenti sommari*, cit., 425.

¹⁶² DELLA PIETRA, *Il procedimento possessorio*, cit., 245.

¹⁶³ Nel capitolo 3, paragrafo 3.

¹⁶⁴ SATTA - PUNZI, *Diritto processuale civile*, cit., 788; SALVANESCHI, *Il processo cautelare*, cit., 397, con l'esclusione del giuramento decisorio e suppletorio; ATTARDI *Le nuove disposizioni sul processo civile*, cit., 237; MERLIN *Procedimenti cautelari*, cit., 403.

civile, ai sensi dell'art. 669 *sexies* c.p.c., hanno natura di testimonianza e, pertanto, la loro eventuale falsità integra gli estremi del reato di falsa testimonianza previsto dall'art. 372 c.p., *pur quando non siano state osservate le formalità dettate dagli artt. 244, 251 e 252 c.p.c.* per l'assunzione della prova testimoniale, con riguardo, rispettivamente, alla deduzione di detta prova, al giuramento ed alla compiuta identificazione del testimone” (corsivi nostri)¹⁶⁵. Dunque, secondo questo insegnamento

¹⁶⁵ Cass. Pen., sez. fer., 7.9.2001 n. 42898, in Cass. Pen. 2002, 3090 (s.m.); nello stesso senso Cass. Pen. 2.3.2000 n. 6118, in Cass. pen. 2003, 136 (s.m.). L’interesse per queste pronunce si giustifica in quanto a tale conclusione la Corte giunge attraverso un lungo ragionamento che conduce alla distinzione tra l’ipotesi prevista dal 1° comma dell’art. 669 *sexies* c.p.c. rispetto a quella di cui al 2° comma della medesima disposizione, laddove solo nel primo caso, essendosi realizzato immediatamente il pieno contraddittorio “innanzi all’Autorità Giudiziaria” (come previsto per la configurazione del reato dall’art. 372 c.p.), le dichiarazioni rese dall’*informatore* sarebbero assimilabili a quelle rese dal *testimone* nell’ordinario processo di cognizione ed in quanto tali idonee a completare la fattispecie delittuosa della *falsa testimonianza*. Precisa poi la Corte che sarebbe proprio la disposizione di cui al 1° comma dell’articolo in esame a confermare esplicitamente la correttezza della qualifica di testimone in capo al soggetto dichiarante, laddove si utilizza la locuzione “atti di istruzione” tra i quali rientrano le testimonianze “posto che il capo secondo del libro secondo del codice di rito civile è appunto intitolato all’ *istruzione della causa* e l’art. 188 c.p.c. disciplina l’attività *istruttoria* del giudice ricomprendendovi l’assunzione dei mezzi di prova e quindi anche l’assunzione delle testimonianze”. Conf. Cass. Pen. 13.4.2010 n. 16733, in CED Cass. pen. 2010, rv 247038. La tesi ha però radici profonde nel tempo. Infatti, in merito all’applicazione dell’art. 689 c.p.c., abrogato, la Suprema Corte aveva evidenziato più volte che le *informazioni* hanno un valore minore rispetto alle prove tipiche e che non sono *prove* in senso tecnico, sicché le deposizioni dei testi rese senza giuramento e capitolazione avrebbero valore di mero *indizio*: si vedano in tal senso Cass. Civ. 29.10.1974 n. 3286 in Rep. Giuffrè 1974, voce *Procedimento possessorio*, n. 24 (“Le sommarie informazioni che il pretore può assumere nella prima fase del giudizio possessorio non sono prove in senso tecnico, né sono assimilabili alle testimonianze ritualmente capitolate ed ammesse, ma sono idonee a fornire indizi che il giudice valuta liberamente e che possono concorrere alla formazione del suo convincimento quando siano gravi, precise e concordanti”) viceversa, se il giudice, ai sensi del terzo comma dell’art. 689, avesse sentito sotto il vincolo del giuramento i testi indicati dalle parti e sulle circostanze indicate nel ricorso, sarebbe rimasto precluso al giudice dell’appello la possibilità di ulteriore prova testimoniale sui medesimi fatti (in tal senso vedi Cass. Civ. 17.2.1981 n. 962, in Giust. civ. mass. 1981, 2: “Nei procedimenti possessori le s. i. di cui al comma 1 dell’art. 689 c.p.c. ivi comprese eventuali indicazioni date informalmente dai testi presentati dalle parti o trovati sul posto non sono preclusive, dato il loro valore indiziario, della ammissione in grado di appello della prova per testi sulle successive circostanze. Detta preclusione di verifica, invece, quando il pretore, ai sensi del comma 3 dell’articolo citato, abbia sentito *sotto il vincolo del giuramento* i testimoni indicati dalle parti sulle circostanze dettate nel ricorso”; nello stesso senso Cass. 29.3.1982 n. 1955, in Giust. civ. mass. 1982, 3: “Le dichiarazioni assunte dal pretore nella prima fase del procedimento possessorio come semplici *informazioni* e senza l’osservanza delle forme di cui agli artt. 244 ss. c.p.c. non possono essere

la contrapposizione tra primo e secondo comma dell'art. 669 *sexies* c.p.c. sarebbe tale da influire sulla stessa *natura* della deposizione resa nell'un caso ovvero nell'altro, così che solo nella fase a contraddittorio instaurato si assumerebbero vere e proprie *prove*, non potendosi confondere “la natura sommaria del procedimento con una asserita valenza solo indiziaria del mezzo di prova assunto in questa fase perché la valenza probatoria di queste dichiarazioni va posta in relazione alla loro utilizzazione nel procedimento nel quale vengono rese e non in relazione a quella che verrà resa nella (eventuale) fase di merito...”, ed a nulla valendo “la mancanza del giuramento o delle ammonizioni e la mancata capitolazione delle circostanze”¹⁶⁶.

Così, la differenza tra le due ipotesi previste dalla norma sarebbe data proprio dall'*attualità* del contraddittorio, riscontrabile solo in quella di cui al primo comma, e sarebbe radicale al punto da incidere sulla configurabilità del reato di falsa testimonianza, mentre nel caso del dichiarante sentito in sede di “sommarie informazioni” nel procedimento *inaudita altera parte* la fattispecie delittuosa non si completerebbe, rimanendo confinate le dichiarazioni rese nell'area dell'*indizio*.

La tesi pare condivisibile sotto certi aspetti, meno sotto altri. Da un lato, infatti, si conferma la equiparazione quanto alla sostanziale efficacia

considerate, per il loro carattere di sommarietà ed informalità, prove testimoniali vere e proprie e, pertanto, non sono preclusive dell'ammissione nella fase di *cognitio plena*, anche in grado di appello, di una prova testimoniale sulle stesse circostanze”; idem Cass. 9.6.1986 n. 3820 in Giust. civ. mass. 1986, 6: “Le dichiarazioni dei testimoni raccolte nella fase preliminare del procedimento possessorio con le forme previste dagli artt. 241 ss. c.p.c. sotto il vincolo del giuramento, hanno valore di vere e proprie deposizioni testimoniali e non di semplici informazioni.”). Anche nel vigore del nuovo codice, dopo la riforma del 1990, si veda Cass. Civ. 21.11.2006 n. 24705, in Giust. civ. mass. 2006, 11: “Nel procedimento possessorio, le deposizioni rese nella fase sommaria del giudizio, ove siano state assunte in contraddittorio tra le parti, sotto il vincolo del giuramento e sulla base delle indicazioni fornite dalle parti nei rispettivi atti introduttivi, sono da considerare come *provenienti da veri e propri testimoni*, mentre devono essere qualificati come *informatori* - le cui dichiarazioni sono comunque utilizzabili ai fini della decisione anche quali *indizi* liberamente valutabili - coloro che abbiano reso *sommarie informazioni* ai sensi dell'art. 669 *sexies*, comma 2, c.p.c., ai fini dell'eventuale adozione del decreto *inaudita altera parte*”.

¹⁶⁶ Cass. Pen. 7.9.2001 n. 42898, cit.

probatoria degli *atti istruttori* compiuti nel procedimento cautelare a contraddittorio instaurato con quelli compiuti in sede ordinaria: siccome i primi, pur se *deformalizzati*, sono modellati su quelli di cui agli artt. 202 ss. c.p.c., la falsa dichiarazione è idonea ad incidere negativamente sul “normale svolgimento dell’attività giudiziaria”, che è il bene giuridico protetto dalla fattispecie delittuosa delineata dall’art. 372 c. p.¹⁶⁷ Dall’altro, però, non convince il fatto che sia l’assenza di contraddittorio prevista dal 2° comma dell’art. 669 *sexies* ad impedire la qualifica di *testimonianza* per quella dichiarazione resa dal terzo sentito in sede di “sommarie informazioni”: a prescindere dal fatto che anche nel caso di dichiarazioni rese dall’*informatore* in sede di procedimento *inaudita altera parte* l’effetto prodotto dalla mendace dichiarazione è ugualmente lo sviamento dell’attività giudiziaria, che sarà portata ad emettere un provvedimento sulla base di narrazioni in fatto rivelatesi false; in secondo luogo, come meglio si chiarirà più innanzi, quando il Legislatore utilizza per il procedimento *inaudita altera parte* la locuzione “sommarie informazioni”, in realtà prescrive il compimento di un’istruttoria altamente *deformalizzata*, caratterizzata secondo alcuni anche dalla presenza di estesi poteri istruttori d’ufficio, ma non sembra predisporre un’attività completamente diversa rispetto a quella che si svolge nel procedimento a contraddittorio instaurato, al punto da modificare la natura dello stesso mezzo istruttorio di riferimento (nella specie, della testimonianza)¹⁶⁸.

S’impone però qualche ulteriore considerazione.

Si può notare come nel passaggio tra il precedente regime (l’art. 689 c.p.c. abrogato elencava gli atti *tipici esperibili*) e la nuova

¹⁶⁷ Cass. Pen. 21.3.1996, n. 1260, in Cass. pen. 1997, 2049 (s.m.); Cass. Pen. 18.2.1997 n. 690, in Giust. pen. 1998, II, 47 (s.m.).

¹⁶⁸ A conferma di ciò pare utile richiamare l’affermazione di chi (VERDE, *Codice di procedura civile*, a cura di Verde - Di Nanni Torino 1993, sub art. 669 *bis/quaterdecies*, 463) ha visto nel procedimento cautelare uniforme un disegno unitario, sia pure creato in relazione alle esigenze del singolo procedimento (v. anche PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, cit., 340 ss.).

formulazione dell'art. 669 *sexies* c.p.c. (dove non si ritrova più l'indicazione analitica dei mezzi esperibili in sede cautelare) la giurisprudenza si sia mantenuta costante nel valutare in maniera diversa la deposizione resa dal terzo nel procedimento a contraddittorio instaurato rispetto all'ipotesi di cui al secondo comma. Infatti, secondo la giurisprudenza formatasi sotto la previgente disposizione il *discrimen* tra la *testimonianza* vera e propria e la semplice *informazione* resa dal terzo, era la circostanza che il dichiarante fosse o meno stato sottoposto al giuramento di rito e fosse stato sentito sui capitoli preventivamente articolati dalle parti¹⁶⁹; la giurisprudenza più recente, invece, tende a sminuire l'importanza delle dette formalità, attribuendo maggior importanza alla presenza della controparte al momento delle dichiarazioni e quindi alla *attualità* del contraddittorio¹⁷⁰. Questa conclusione, però, pare difficilmente compatibile con l'asserzione, la cui tenuta analizzeremo meglio di qui a poco, in base alla quale i due procedimenti descritti nella norma allo studio non si differenzerebbero se non per una maggiore *informalità* dell'istruttoria prevista da quello di cui al secondo comma dell'art. 669 *sexies* rispetto al primo; se così fosse, non dovrebbe predicarsi una diversa *natura* del mezzo esperito, in quanto sarebbe esclusivamente un dato *quantitativo* a distinguere le due ipotesi.

¹⁶⁹ V. giurisprudenza richiamata in nota 165 a p. 83.

¹⁷⁰ Cass. Pen., sez. fer., 7.9.2001 n. 42898, in Cass. pen. 2002, 3090 (s.m.), già citata in nota 152, ma soprattutto la più recente Cass. Pen. 13.4.2010 n. 16733 ivi pure citata, la quale precisa che l'inosservanza della disposizione di cui all'art. 251 c.p.c. sarebbe una mera "irregolarità formale, avendo carattere meramente ordinatorio le norme che le disciplinano", mentre l'inosservanza delle disposizioni di cui all'art. 244 c.p.c. in relazione alla preventiva capitolazione del mezzo di prova sulla quale il teste deve rendere l'interrogatorio sarebbe una nullità relativa che, se non tempestivamente eccepita, resta sanata ex art. 157 c.p.c. Tuttavia, se si accetta questa prospettiva, residua davvero poco spazio per la concreta *deformalizzazione* del mezzo istruttorio tipico all'interno del procedimento cautelare, laddove le omissioni delle formalità riferite (mancata prestazione del giuramento, interrogazione del testimone senza la preventiva capitolazione) invece che rientrare nell'ottica della *lecita* (si potrebbe dire: *dovuta* in relazione al contesto) *deformalizzazione* finisce con l'essere qualificata o come irregolarità formale o addirittura come nullità, con l'applicazione conseguente del meccanismo ex art. 157 c.p.c.

Pertanto, è probabile che la differenza tra le due ipotesi non stia solo nel maggiore o minore tasso di *informalità*, ma risieda in qualcosa di diverso.

In relazione alla consulenza tecnica d'ufficio si è discusso della compatibilità del detto strumento con l'urgenza, in quanto secondo una interpretazione della giurisprudenza di merito dovrebbe negarsi "competenza istruttoria" in merito a questo tipo di indagine laddove il particolare oggetto della stessa non può essere affidato ad una "sommaria indagine tecnica"¹⁷¹.

¹⁷¹ Tribunale di Verona 9.3.1998, Bertoli e altro c. Soc. Cadidavid Cartiera, in Giur. mer. 1998, 618. Tale tesi pare essere confermata da una pronuncia Corte Costituzionale del 2.4.1999 n. 121, in Foro it. 1999, I, 1369 ed in Cons. Stato 1999, II, 504: l'occasione della pronuncia del Giudice delle leggi era data dalla denuncia di un conflitto di attribuzione lamentato dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri contro l'allora Pretore di Lecce, sezione distaccata di Maglie, che aveva disposto in sede cautelare una consulenza tecnica d'ufficio, ordinando al Ministero della Sanità di trasmettere gli elenchi di coloro i quali erano stati ammessi alla sperimentazione del cd. "metodo Di Bella" per la cura del cancro; secondo la tesi della Consulta, tale richiesta prefigurava "un accertamento finalizzato alla rivalutazione dei giudizi resi dagli organi tecnico-scientifici che hanno coordinato la sperimentazione" e pertanto invadeva illegittimamente la sfera di potere dell'esecutivo. Quel che più interessa ai nostri fini è quanto si afferma circa l' "abnormità" del potere giurisdizionale così come esercitato dall'allora Pretore di Maglie, che secondo la Consulta sarebbe stata testimoniata anche dalle "anomalie" riscontrabili sul piano procedurale: "Perché dinanzi a una domanda cautelare, volta a ottenere una prestazione di *facere* dalla pubblica amministrazione, il Pretore ha ritenuto di avviare una consulenza che *per dimensioni, materiale da esaminare, pertinenza di esso al processo, trascende l'ambito del giudizio*, per porsi quale momento di *verifica e controllo dell'intera sperimentazione effettuata in base al decreto-legge n. 23 del 1998*, se non addirittura quale sperimentazione alternativa (il che esula, ovviamente, dalla sfera delle sue attribuzioni). E, infatti, nella vicenda in esame *non si riscontra quel necessario rapporto di congruenza fra gli accertamenti peritali e i casi concreti rimessi alla cognizione del giudice che è limite naturale della funzione giurisdizionale*, pure con riguardo ai procedimenti civili in corso (nella specie, l'art. 669-*sexies* del codice di procedura civile parla di "atti di istruzione indispensabili in relazione ai presupposti e ai fini del provvedimento richiesto)" (corsivi nostri). Se può condividersi l'enunciato di cui al primo dei periodi riportati testualmente, in quanto quell'attività compiuta in sede cautelare, per le stesse motivazioni addotte dalla Consulta, avrebbero generato un conflitto di attribuzioni anche se fossero state disposte all'interno di un giudizio ordinario di cognizione, la limitazione posta dal secondo periodo, in base alla quale l'accertamento peritale disposto in sede d'urgenza dovrebbe rispondere ad un criterio di congruità in relazione all'*oggetto* dell'indagine, potrebbe determinare una significativa limitazione della tutela giurisdizionale cautelare in quei casi in cui la conferma dell'ipotesi sul fatto non potrebbe che giungere all'esito di un'indagine tecnica, anche se compiuta senza le formalità previste dal rito ordinario.

Premesso che l'ammissibilità in generale dello strumento di indagine tecnica è inevitabile a fronte della eventualità che si renda necessaria l'acquisizione anche nel processo cautelare di dati non apprezzabili o valutabili dall'uomo medio, sia pur con la dovuta *deformalizzazione* del mezzo ammesso¹⁷², non convince l'idea in base alla quale possa essere l'*oggetto* dell'istruttoria, anche quando essa si risolva in apprezzamenti tecnici, ad impedire la *tutelabilità* di un diritto in via cautelare, soprattutto laddove l'accertamento necessario al fine di provvedere non possa essere effettuato se non attraverso tale mezzo: in tal caso, negare l'ammissibilità del mezzo in sede d'urgenza significherebbe, *ipso facto*, negare la possibilità di ottenere tutela cautelare¹⁷³.

Dubbi sorgono in merito a interrogatorio formale ed al giuramento, data la natura *non dichiarativa* del procedimento cautelare.

Quanto all'ammissibilità del primo sono necessarie alcune premesse.

La necessaria connessione tra interrogatorio formale e confessione è stata posta in discussione da quella parte della dottrina che ha sostenuto che tale relazione è in realtà riduttiva, poiché non sempre l'interrogatorio mira a provocare la confessione, essendo allora più consono configurare

¹⁷² RECCHIONI, *Il procedimento sommario*, cit., 479.

¹⁷³ Peraltro, che la generale complessità della lite, intesa anche come complessità degli accertamenti in fatto da compiere, sia di per sé motivo sufficiente per escludere indagini condotte mediante moduli *informali* pare essere smentita da quanto di recente attenta dottrina ha affermato in tema di istruzione probatoria nelle cd. azioni di classe, laddove l'informalità del procedimento prevista dal nuovo art. 140 *bis* del nuovo Codice del consumo (introdotto sull'impianto del d. lgs. n. 206 del 6.9.2005 dall'art. 2 comma 446 della l. n. 244 del 24.12.2007 e poi modificato dall'art. 49, 1° co., l. n. 99 del 23.7.2009) si afferma essere funzionale proprio alla "complessità che, non di rado, connoterà la lite", per cui "appare scarsamente opportuna la previsione in via generale e astratta delle modalità di svolgimento del procedimento" (MENCHINI – MOTTO, *Art. 140 bis*, in www.judicium.it, par. 14); più avanti l'Autore precisa anche che "nell'ambito in esame, contrariamente a quanto consuetamente si osserva con riferimento a modelli procedurali a basso tasso formale – si pensi, a tacer d'altro, al nuovo processo sommario di cognizione di cui agli artt. 702 *bis* ss. c.p.c. – l'ampliamento dei poteri dell'ufficio nella gestione del processo è da porre in relazione non già con la semplicità della causa, bensì con il suo carattere complesso" (corsivi nostri).

il primo come mezzo con cui una parte *costringe l'avversario a pronunciarsi su fatti allegati*, con dichiarazioni comunque utilizzabili dal giudice con funzione di *chiarificazione* della vicenda portata all'attenzione del giudice e quindi indipendentemente dall'efficacia vincolante di tali dichiarazioni ai fini della decisione della lite¹⁷⁴; per questa via, si è sostenuta l'ammissibilità del mezzo in discorso nel processo cautelare in quanto innanzitutto non si può escludere che nel richiedere la tutela il ricorrente possa articolare capitoli su cui interrogare il resistente al fine di stimolare la confessione *sui presupposti della tutela*, la quale rileverà ai soli fini della concessione del provvedimento; inoltre, l'interrogatorio formale deve ritenersi *a fortiori* ammissibile laddove lo si consideri idoneo a produrre *altri esiti probatori* rispetto alla confessione, esiti che saranno comunque utilizzabili dal giudice¹⁷⁵.

In realtà, a chi ha criticato l'esistenza della *relazione esclusiva* tra interrogatorio e confessione è stato efficacemente opposto che sostenere che l'interrogatorio formale *mira a* provocare la confessione, ravvisandosi in tale connessione la *funzione* propria dell'istituto, non vuol dire che necessariamente la confessione debba essere l'esito naturale dell'esperimento del primo: infatti, “la finalizzazione di uno strumento verso uno scopo riguarda la funzionalità dello strumento e l'intenzione con cui esso viene impiegato”¹⁷⁶. Allo stesso modo, che la parte si presenti all'interrogatorio ed ammetta fatti a sé sfavorevoli e favorevoli all'altra, ma faccia poi anche dichiarazioni di circostanze tendenti a “infirmare il fatto confessato ovvero a modificarne estinguerne gli effetti” (art. 2734 c.c., cd. confessione *complessa* o *qualificata*), non incide sulla detta *relazione esclusiva*, in quanto il fatto che la confessione *complessa* non possa essere utilizzata come prova legale (a meno che l'altra parte non contesti la veridicità delle dichiarazioni *aggiunte*) non

¹⁷⁴ VACCARELLA, voce *Interrogatorio delle parti*, in Enc. dir. XXII, Milano 1972, 353 ss.

¹⁷⁵ RECCHIONI, *I procedimenti sommari*, cit. 480.

¹⁷⁶ TARUFFO, *Interrogatorio*, in Dig. disc. priv., X, Torino 2006, 58.

vuol dire che essa non possa essere utilizzata come prova liberamente valutabile¹⁷⁷, senza che tale *deminutio* possa incidere sulla natura del mezzo in discorso, così come non vi incide la presenza di altre ipotesi di confessione soggetta alla valutazione discrezionale del giudice (es. l'art. 2733, 2° e 3° co., c.c. e l'art. 2735 c.c.).

In quest'ottica, allora, l'ammissibilità dell'interrogatorio formale all'interno di un procedimento cautelare non passa per la *rescissione* del nesso tra tale mezzo e la confessione, ma più semplicemente attraverso l'affermazione dell'idoneità dell'istituto a provocare una dichiarazione confessoria sulla verità di fatti, rilevanti ai fini dell'esistenza dei presupposti della tutela (*fumus* e *evento-shock* della relazione di pericolo), sfavorevoli al confitente e favorevoli all'altra parte, senza che tale dichiarazione abbia necessariamente efficacia vincolante per il giudice, ma nemmeno che sia considerata quale *mero indizio* o *argomento di prova*. Tutto ciò non toglie che nel processo cautelare, come avviene nel rito a cognizione piena, l'interrogatorio formale possa servire *anche* come strumento di *chiarificazione* della posizione delle parti.

D'altra parte, se il risultato della dichiarazione effettuata in sede di i. f. fosse da valutare, anche all'interno del processo cautelare, come un *argomento di prova*, o comunque come un *quid minus* rispetto al valore di prova diretta del fatto rilevante ai fini della concessione della misura, sarebbe difficile trovare una collocazione nell'ambito della catalogazione tradizionale dei mezzi di prova, laddove si aderisse all'orientamento giurisprudenziale che, valorizzando l'inciso contenuto nell'art. 232 c.p.c. che impone al giudice che ritenga di fondare il proprio convincimento sui fatti oggetto del capitolato di valutare preliminarmente “ogni altro elemento di prova”, considera tale esito come un elemento *indiziario* e non come una prova liberamente valutabile, da sola sufficiente a fondare

¹⁷⁷ TARUFFO, cit., 59.

il convincimento¹⁷⁸. Così ragionando, infatti, la mancata risposta in sede di i. f. deferito all'interno di un procedimento cautelare dovrebbe essere valutata come *minus quam* anche rispetto all'*argomento di prova*, categoria alla quale già apparterebbe la risposta fornita in tale sede.

Più contrastata è stata l'ammissibilità del giuramento decisorio; infatti, contro di essa si è avanzato un argomento di tipo testuale, laddove l'art. 2376 c.c. prevede che il giuramento decisorio sia deferibile per la *decisione del merito della causa*: non essendovi, quindi, nel processo cautelare una *decisione di merito*, tale mezzo non potrebbe trovarvi spazio¹⁷⁹.

¹⁷⁸ L'argomento è spinoso e non è possibile esaudirlo in tale sede. Nel senso predicato nel testo pare andare Cass. Civ. 28.9.2009 n. 20740, in Giust. civ. mass. 2009, 9, 1363: "La sentenza nella quale il giudice ometta di prendere in considerazione la mancata risposta all'interrogatorio formale non è affetta da vizio di motivazione, atteso che l'art. 232 c.p.c., a differenza dell'effetto automatico di *facta confessio* ricollegato a tale vicenda dall'abrogato art. 218 del precedente codice di rito, riconnette a tale comportamento della parte soltanto una *presunzione semplice* che consente di desumere *elementi indiziari* a favore della avversa tesi processuale (prevedendo che il giudice possa ritenere come ammessi i fatti dedotti nell'interrogatorio «valutato ogni altro elemento di prova»)..." Vedasi pure Cass. 13.3.2009 n. 6181, in Giust. civ. mass. 2009, 3, 449, che pone espressamente sullo stesso piano "Ai fini del raggiungimento della prova per presunzioni, le soglie minime di gravità, precisione e concordanza richieste dall'art. 2729 c.c. e la possibilità di ritenere come ammessi, ai sensi dell'art. 232 c.p.c., i fatti dedotti nell'interrogatorio formale, cui il convenuto non abbia ingiustificatamente risposto..." (corsivi nostri). *Contra* parte della dottrina (TARUFFO, voce *Interrogatorio*, cit., 62 s.), che sostiene la non equiparabilità della mancata prestazione dell'interrogatorio o della mancata risposta agli altri comportamenti processuali di cui all'art. 116, 2° co., c.p.c., poiché trattasi "di un comportamento specificamente previsto dalla legge al fine di regolarne in modo espresso le conseguenze... Ciò significa che il giudice può anche fondarsi soltanto sulla mancata presentazione o sul rifiuto di rispondere, al fine di ritenere provati quei fatti. Il riferimento agli altri elementi di prova, presente nell'art. 232, vale a rimarcare la discrezionalità della valutazione del giudice (in contrasto con l'automatismo previsto dalla norma anteriore), e a sottolineare che essa non può prescindere da tutti gli elementi di giudizio disponibili...". L'autorevolezza dell'opinione non impedisce però che ci si chieda il motivo per il quale il Legislatore avrebbe avvertito il bisogno di "rimarcare" qualcosa che è già insito nell'utilizzo del verbo "potere", segno evidente di discrezionalità, non convincendo la pur ingombrante presenza della previgente formulazione di cui all'art. 218 del codice del 1865. Nel senso della impossibilità di fondare la decisione esclusivamente sulla mancata prestazione dell'i. f. ovvero sulla mancata risposta sull'oggetto del capitolato pare anche VERDE, in *Diritto processuale civile*, 2. *Processo di cognizione*, cit., 67, laddove l'A. sostiene che i fatti ammessi, tra i quali rientrano anche quelli di cui all'art. 232 c.p.c., "sono tra quelli *bisognosi di prova*..."

¹⁷⁹ LOMBARDO, *Natura e caratteri dell'istruzione probatoria cautelare*, cit., 491; SALVANESCHI, *Il processo cautelare*, cit., 397.

A tale conclusione si è obiettato innanzitutto che l'argomento testuale escluderebbe del tutto dal concetto di *causa* il processo cautelare; in secondo luogo, non vi sarebbe incompatibilità ontologico- funzionale del mezzo istruttorio in discorso rispetto al processo cautelare perché la pur infelice formulazione dell'art. 2376 c.c. non può sviare dalla funzione dell'istituto che è quella *di fissazione del fatto controverso*, attenendo la *decisorietà* non al giuramento bensì al *fatto* che ne è oggetto¹⁸⁰; così, la decisione sul giudizio cautelare fondata sul giuramento potrà essere ricompresa nel concetto di decisione *parziale* della causa¹⁸¹.

Da ciò consegue che il giuramento, per essere *decisivo* nel senso voluto dall'art. 2736 c.c., non necessariamente deve riguardare tutti i fatti rilevanti per l'esistenza del diritto vantato (nel nostro caso, non deve necessariamente riguardare tutti i fatti idonei a fornire *la esistenza delle condizioni per emettere la cautela*), in quanto nulla esclude ch'esso "si integri,..., con le altre prove precedentemente acquisite al processo"¹⁸² e quindi riguardi soltanto *taluno* dei fatti che rilevano ai fini della decisione cautelare, laddove altri fatti rilevanti siano o già provati *aliunde* ovvero pacifici tra le parti, emergendo per questa via quella funzione di contributo alla formazione del grado di convincimento necessario fornito dall'istruzione necessaria i fini della concessione della misura.

Un'ultima notazione: se è vero che il giuramento decisorio non può essere utilizzato per provare *meri elementi presuntivi*, ovvero fatti che *non rilevano direttamente* per la decisione della causa¹⁸³, allora risulta difficile sostenere l'ammissibilità del mezzo in questione nel processo cautelare se si vuole al contempo predicare la mancanza in esso di qualsivoglia accertamento in senso tecnico: l'affermare infatti che l'istruzione cautelare dovrebbe avere ad oggetto, quanto al *fumus*, solo i fatti "noti" da porre poi alla base del ragionamento presuntivo dovrebbe

¹⁸⁰ BALENA, voce *Giuramento*, Dig. disc. priv., IX, Torino 2006, 107.

¹⁸¹ RECCHIONI, *I procedimenti sommari*, cit., 482.

¹⁸² BALENA, cit., 110.

¹⁸³ BALENA, cit., 110.

comportare *ipso facto* l'inammissibilità del giuramento decisorio, in quanto tutto ciò che non rileva direttamente ai fini della concessione della misura non potrebbe essere *oggetto* del detto mezzo istruttorio.

Sebbene il discorso effettuato intorno all'ammissibilità del giuramento decisorio sia stato considerato ripetibile tal quale per il giuramento suppletorio, riteniamo opportuno fare qui alcune osservazioni.

Il problema in questo caso sta innanzitutto nel presupposto per l'ammissibilità del giuramento suppletorio che, come è noto, è la cd. *semiplena probatio* della domanda dell'istante ovvero dell'eccezione (art. 2736 n° 2 c.c.). Secondo la tradizionale interpretazione dottrinale tale requisito consisterebbe in una situazione di incertezza del giudice cui corrisponde il mancato assolvimento dell'onere della prova in ordine al fatto sul quale la domanda o l'eccezione si fonda.

Ciò ci induce ad almeno due considerazioni: da un lato, così come delineato il presupposto per l'ammissibilità del mezzo sembra non differire troppo dalla *probabile fondatezza del diritto dell'istante* che è uno dei requisiti per la concessione della cautela; tale grado di convincimento, sebbene rappresenti qualcosa di più della semplice asserzione della parte, rimane cosa diversa rispetto al grado di convincimento e di certezza processuale della quale il giudice ha bisogno per decidere la causa nel merito: pare allora che una volta raggiunto lo stadio di convincimento sufficiente perché il giudice possa deferire il giuramento suppletorio proprio questo mezzo rischia di non essere più *utile*, considerato che quello stesso grado di convincimento già potrebbe essere *sufficiente* al fine di emettere la misura cautelare.

Ad ogni modo, ammesso che il mezzo istruttorio in discorso possa trovare spazio all'interno dell'istruttoria cautelare, la sua ammissibilità passerebbe comunque per l'esperimento di una qualche attività di istruzione in senso stretto, in quanto il suo esperimento "presuppone

l'esaurimento dei mezzi istruttori richiesti dalle parti (nonché, probabilmente, degli altri eventualmente disponibili d'ufficio)¹⁸⁴: così, pare che residui ancor meno spazio per l'operatività di un giudizio di *mera verosimiglianza* all'interno del procedimento cautelare.

Non vi sono, infine, ragionevoli dubbi per sostenere l'inammissibilità nell'istruttoria cautelare dell'ordine di esibizione e dell'ispezione di cose e luoghi.

Quanto all'ammissibilità delle *prove legali*, nell'ottica della loro idoneità a “semplificare l'iter della verità controversa”¹⁸⁵, anche se al solo scopo di sorreggere il convincimento probabilistico, sono state considerate non solo *ammissibili*, ma *preferibili* in sede cautelare¹⁸⁶. Si è però precisato che dal loro esperimento non deriva il vincolo contenutistico che obbliga il giudice a considerare come *vera* la rappresentazione del *factum probandum*, fornita dalla prova legale di tipo storico, sino all'esperimento fruttuoso delle speciali procedure di contestazione previste per il rito ordinario; ciò perché la impossibilità di innestare in sede cautelare i giudizi tesi a caducare l'efficacia delle *prove legali* non può condurre ad escludere *a priori* il dubbio del giudice sulla falsità della prova stessa.

Il problema è dunque strettamente connesso proprio con la valutazione in termini di *verosimiglianza* o di *probabilità* della fondatezza degli speciali procedimenti di disconoscimento della scrittura privata e della querela di falso.

Mentre la giurisprudenza di merito si è pronunciata in maniera discordante¹⁸⁷, la dottrina si è mostrata favorevole sulla base della

¹⁸⁴ BALENA, *Giuramento*, cit., 115.

¹⁸⁵ COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 62.

¹⁸⁶ RECCHIONI, cit., 189.

¹⁸⁷ Per l'utilizzo degli “atti di istruzione indispensabili” al fine di valutare *incidenter tantum* la probabile fondatezza del disconoscimento v. Tribunale di Milano 24.4.02, Fantini c. Soc. Jolly, in *Giur. it.* 2002, 2101: “Pur in presenza di una scrittura disconosciuta, il giudice cautelare conserva il potere di valutare *incidenter tantum* la verosimiglianza della pretesa avanzata, potendo peraltro avvalersi nel modo più opportuno degli atti di istruzione indispensabili”; Tribunale di Firenze ord. 19 settembre

considerazione per la quale non si può negare che il giudice possa valutare *in via probabilistica* anche la fondatezza dell'incidente successivo al disconoscimento¹⁸⁸. Si è precisato inoltre che se è vero che è da escludere che la querela possa proporsi *a verbale* nel corso dell'udienza del procedimento cautelare in quanto l'intero sistema è orientato verso la collocazione del mezzo nel processo di merito a cognizione piena¹⁸⁹, non di meno il magistrato investito dell'affare cautelare, intervenuto il disconoscimento dell'autenticità del documento, può svolgere attività, nei modi ritenuti *opportuni ex art. 669 sexies*, 1° co., tesa all'acquisizione di elementi di valutazione intorno alla falsità e quindi alla decisione sulla *verosimiglianza* o *probabilità* della domanda del ricorrente: ciò sulla base di un principio generale per il quale la

1985, in Foro it. 1986, I, 543 ss.: “la necessità della querela di falso attiene alla fase probatoria propriamente detta del giudizio di cognizione, ma non anche alla fase di sommaria deliberazione del provvedimento di urgenza, cosicché bene [si è ritenuto] di poter valutare, in deliberazione sommaria, elementi induttivi contrari [all'atto pubblico]”. *Contra* Tribunale di Genova 28.12.1994, Mikalfa Establishment c. Banque Bruxelles Lambert e altro, in Giust. civ., 1996, I, 550, con nota contraria di AULETTA, *Querela di falso e giudizio cautelare*.

¹⁸⁸ RECCHIONI, cit., 485.

¹⁸⁹ CIPRIANI, *Il regolamento di giurisdizione*, Napoli 1988, rist., 257, nota 54; AULETTA, *Querela di falso e giudizio cautelare*, nota a Trib. Genova 28.12.2004, cit. Vari sono gli argomenti a sostegno dell'indirizzo: a) innanzitutto, dal punto di vista letterale, i termini “causa” e “giudizio”, di cui all'art. 221 c.p.c. sono costantemente impiegati nel lessico legislativo quali equipollenti delle locuzioni “causa di merito” e “giudizio di merito” (artt. 669-ter, *quater*, *septies*, *octies*, *novies*, *decies*, *duodecies*, *terdecies*, 693, 698, 699 c.p.c.), rinvenibili laddove la specificazione si fa necessaria, e mai si trovano invece affiancati all'aggettivo “cautelare”; b) in secondo luogo, il puntuale e ripetuto riferimento al “giudice istruttore” che si trova nelle norme destinate alla disciplina della querela in tema di *interpello* della parte che ha prodotto il documento, di processo verbale relativo al deposito di questa, di sequestro del documento e di decisione sulla querela (artt. 222, 223, 224 e 225 c.p.c.), conferma che gli incumbenti descritti non possono che gravare su colui il quale è “investito di tutta l'istruzione della causa” (art. 174 c.p.c.) e non anche sull'organo monocratico individuato dall'art. 669-ter, 4° co., c.p.c. quale “magistrato cui è affidata la trattazione del procedimento”; c) infine, non sembra logicamente coerente dare ingresso nella fase urgente della controversia, caratterizzata da particolare concisione degli atti, ad uno strumento quale la querela di falso che ne importa la sospensione fino al passaggio in giudicato della sentenza che pronuncia al riguardo (cfr. art. 225, 313, 355 c.p.c.). Pertanto, di fronte alla proposizione della querela come incidente del procedimento cautelare *ante causam* il giudice deve dichiarare la inammissibilità della questione avanzata nei modi dell'art. 221 c.p.c.

scrittura privata non si sottrae, per il solo evento del disconoscimento, al prudente apprezzamento del giudice.

Diversamente opinando, sarebbe anche pregiudicata l'effettività della tutela giurisdizionale, in quanto l'arma del *disconoscimento* potrebbe essere impropriamente usata come "veto" nei confronti del giudice adito per la pronuncia della misura cautelare. Perciò, il giudice del cautelare conserva la facoltà di liberamente valutare gli elementi desumibili dalla scrittura, anche se questa è stata oggetto di querela avanzata magari in via principale, potendo anche concedere il provvedimento avendo formulato una *prognosi* sull'esito del giudizio di falso¹⁹⁰.

Per quanto riguarda la *motivazione* del provvedimento istruttorio in merito a tutte le inferenze probatorie instaurate ed ai criteri utilizzati, ovvero delle enunciazioni che giustificano la preferenza accordata alle diverse prospettazioni fattuali enunciate dalle parti, essa è da considerarsi non necessaria se non in forma succinta e compressa.

Necessaria è invece la *verbalizzazione* dell'attività istruttoria *deformalizzata*, pena la nullità dell'attività compiuta¹⁹¹; si è invece dubitato della necessaria verbalizzazione delle *sommario informazioni*¹⁹², sottolineando in questa una possibile differenza con le *informazioni* camerali di cui all'art. 738, ult. co., c.p.c., che invece vengono raccolte sempre nel contraddittorio delle parti. Tuttavia, tale interpretazione rischia di comprimere il diritto di difesa del destinatario della misura emessa *inaudita altera parte* in quanto, una volta instaurato il contraddittorio dopo l'emanazione del decreto ex art. 669 *sexies*, 2° co., c.p.c., costui deve essere messo in condizione di conoscere e controllare in cosa si sia concretizzata l'attività di *sommario informazioni* sulla base

¹⁹⁰ AULETTA, *Querela di falso e giudizio cautelare*, cit.

¹⁹¹ G. F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., 486.

¹⁹² REDENTI, *Diritto processuale civile*, III, Milano 1997, 62.

della quale è stata emesso il provvedimento, cosa che è possibile solo ove di tale istruzione sia rimasta una qualche traccia documentale.

Continuando nell'analisi del modello istruttorio cautelare, la norma prescrive che gli atti istruttori da compiersi siano quelli “*indispensabili* in relazione ai presupposti ed ai fini del provvedimento richiesto”, facendo ricorso ad una infelice espressione che ha già creato notevoli difficoltà interpretative in relazione ad altre norme del codice (artt. 345, 3° co., e 437, 2° co., c.p.c. in particolare).

Tuttavia, è stato preliminarmente osservato che i risultati raggiunti in relazione a questo tema non possono tornare utili ai nostri fini, in quanto in fase di gravame l'*indispensabilità* si giova del confronto con le prove raccolte in primo grado e del rapporto con la sentenza impugnata: è quindi una nozione *retrospettiva*, che guarda al passato, mentre nell'ambito dell'istruttoria cautelare essa ha una proiezione completamente futura, svincolata da raffronti con elementi già acquisiti¹⁹³.

Nel tentativo allora di dare concretezza all'espressione, la dottrina ha elaborato diverse tesi.

Secondo una prima interpretazione, la norma significherebbe che dovrebbero essere dichiarate inammissibili le richieste volte a dimostrare fatti pertinenti al solo processo di merito¹⁹⁴; si è però obiettato che almeno quanto al *fumus* è difficile distinguere fatti che siano rilevanti solo per l'uno e non per l'altro processo¹⁹⁵.

Secondo altra lettura¹⁹⁶, il significato dell'espressione è nell'affermare che il tema di prova nel processo cautelare non è l'*esistenza* del fatto ma solo la sua *probabile esistenza*.

Secondo altra tesi l'indagine istruttoria dovrebbe riguardare non solo la sussistenza probabile del *fumus* e del *periculum*, ma anche lo

¹⁹³ DELLA PIETRA, *Il procedimento possessorio*, cit., 249.

¹⁹⁴ OLIVIERI, *I provvedimenti cautelari nel nuovo processo civile*, cit., 703.

¹⁹⁵ RECCHIONI, cit., 464 s.

¹⁹⁶ PROTO PISANI, *L'istruzione nei procedimenti sommari*, cit., par. 2.6

scopo della misura richiesta, di modo che il giudice dovrebbe valutare caso per caso l'effettivo “significato tattico del ricorso”, con riferimento al tipo di cautela che il ricorrente vuole conseguire¹⁹⁷.

Critico nei confronti della norma s'è mostrato chi ne ha sottolineato la “ovvietà” in quanto è chiaro che il giudice non deve che avere come obiettivo la verifica dei presupposti della misura e su tale obiettivo modulare l'attività istruttoria; dunque, ad essa non potrebbe attribuirsi altro significato che quello per cui il giudice deve consentire l'acquisizione di tutti gli elementi utili e rilevanti ai fini della prova dell'esistenza dei *facta probanda*, e la specificità rispetto alla nozione di *rilevanza* starebbe nel limite all'acquisizione solo di quei mezzi dei quali non può fare a meno per accertare i fatti del *thema probandum*, cioè di quelli che non siano *superflui o ridondanti* rispetto alle acquisizioni probatorie già compiute¹⁹⁸.

V'è stato infine chi ha visto nell'espressione conferma della possibilità di una decisione fondata sulla mera *verosimiglianza* delle allegazioni in fatto, in quanto è come se la norma dicesse che “solo ove sia veramente indispensabile” (ovvero *eccezionale*) procedere agli atti istruttori il giudice dovrebbe regolarsi in tal senso, essendo invece la regola la possibile decisione anche sulla mera *credibilità* della domanda¹⁹⁹.

Ci pare però cogliere nel segno l'opinione di chi ha osservato innanzitutto che la nozione non implica un restringimento di quella di *rilevanza*, poiché essa attiene *ai mezzi di prova* impiegabili e non *ai fatti*

¹⁹⁷ CONSOLO, *La riforma*, cit., 466 ss.

¹⁹⁸ LOMBARDO, in *Natura e caratteri dell'istruzione probatoria*, cit., 494, la definisce perciò “infelice ed ingannevole”. Ciò, peraltro, confermerebbe secondo l'Autore che la cognizione del giudice della cautela non si attegga diversamente da quello del giudizio ordinario sotto l'aspetto della rilevanza delle prove, in quanto anche la prospettata distinzione tra indispensabilità e rilevanza sarebbe applicazione del principio di “rilevanza concreta” della prova, per il quale il giudice può rimettere ex art. 187 c.p.c. la causa in decisione ogni volta che ritenga la causa matura per la decisione, e quindi la prima si risolverebbe, in ultima analisi, sempre nella seconda.

¹⁹⁹ RECCHIONI, cit., 484.

oggetto d'indagine; la rilevanza, inoltre, non è un concetto suscettibile di graduazione e non si può sostenere che un fatto indispensabile è *più rilevante* di un altro che è semplicemente *rilevante*²⁰⁰.

Così, secondo questa tesi l'espressione non andrebbe enfatizzata, in quanto capita spesso di rinvenire nel codice disposizioni che esprimono la direttiva per il giudice di non dedicarsi ad indagini inutili (la legge parla spesso di mezzi *rilevanti* – artt.184, 222, 429, 702 *ter*, 5° co., c.p.c. -, mezzi *utili* – artt. 230, 253 c.p.c. -, *necessari* – artt. 61, 210, 213, 736 *bis* c.p.c. -, *indispensabili* – 118): in relazione ad essi non pare possibile stilare una *graduatoria per intensità*, anche se è possibile leggere nella sequenza degli stessi un generico *crescendo* culminante proprio nell'aggettivo “indispensabile”, in presenza del quale il giudizio di congruità delle prove deve svolgersi secondo criteri *più selettivi* che in altri casi. Si può dire allora che il giudizio di indispensabilità postula quello di rilevanza (che invece verte *sul fatto* e non *sul mezzo*)²⁰¹, dovendo il giudice prima chiedersi se *il fatto*, ove dimostrato, sarà utile alla concessione o al diniego della misura e solo dopo chiedersi se *quel mezzo*, ove raccolto, tornerà utile a provare quel fatto. Ciò consente anche di mantenere la nozione tutta all'interno dei mezzi di prova e di cogliere il significato del termine nel rapporto con gli altri mezzi di prova potenzialmente acquisibili.

E' stato di recente anche proposto che l'*indispensabilità* degli atti istruttori sia intercettata in relazione allo specifico *petitum* individuato di volta in volta dal Legislatore²⁰²: in alcuni casi, infatti, il tipo di

²⁰⁰ DELLA PIETRA, *Il procedimento possessorio*, cit., 250-251.

²⁰¹ VERDE, *Prova. Teoria generale e diritto processuale civile*, cit., 619, secondo il quale il termine “rilevanza” viene adoperato in un'accezione atecnica quando è riferito alla prova, in quanto con esso si è soliti designare l'attitudine del fatto ad essere rapportato ad una norma, dal che “fatto rilevante” è divenuta espressione avente lo stesso significato di “fatto giuridico”: ne consegue che “la rilevanza, ..., è un attributo del fatto più che del mezzo di prova, il quale a sua volta può profilarsi come utile, idoneo, necessario, indispensabile”. V. pure LOMBARDO, *La prova giudiziale*, Milano 1999, 372 ss.

²⁰² BARLETTA, *La riproposizione della domanda cautelare*, cit., 164 ss.

cognizione richiesto emerge dalla disciplina dei presupposti delle misure *tipiche*, come ad es. accade per il sequestro giudiziario (art. 670, n. 1, c.p.c.) laddove l'indagine deve verificare la sussistenza della lite sulla proprietà o il possesso e quindi la sussistenza di una domanda plausibilmente fondata²⁰³.

D'altra parte, la necessità di avere riscontri probatori oggettivi si affaccia soprattutto con l'affermarsi di un'applicazione sempre più estesa delle misure d'urgenza a effetti *anticipatori*, con la conseguente possibilità che provvedimenti siffatti producano effetti sostanzialmente irreversibili²⁰⁴.

Ed allora, quando l'anticipazione di effetti (soprattutto laddove questi siano irreversibili) si rende necessaria si richiede anche che l'istruttoria cautelare riduca il margine di incertezza della veridicità delle

²⁰³ Dall'esclusivo riferimento alla sussistenza della "controversia" parte della dottrina ha ritenuto non necessario neppure accertare l'esistenza di un vero e proprio *fumus* (così SATTÀ, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, cit., 160; GUARNIERI, *Il sequestro giudiziario e il sequestro liberatorio*, in *Il processo cautelare*, a cura di Tarzia, Padova 2004, 73 ss.). In senso contrario si registra l'opinione maggioritaria della dottrina (CARNELUTTI, *Controversia sulla proprietà e sequestro giudiziario*, in Riv. dir. proc. 1953, II, 184 ss.; CAPONI, *Il sequestro giudiziario di beni nel processo civile*, Milano 2000, 44 ss.; CORSINI, *Il sequestro giudiziario di beni*, in *I procedimenti sommari e speciali. II. Procedimenti cautelari*, 2, a cura di Chiarloni- Consolo, Torino 2005, 867 ss.). In tali casi, allora, il giudice procederà ad una attività istruttoria che non si spinge al di là della *plausibilità* delle allegazioni, alle produzioni documentali ed alle deduzioni istruttorie delle parti rispetto alle conclusioni che verranno proposte nel merito, giustificandosi la limitata istruttoria dal fatto che le conseguenze prodotte nella sfera del destinatario della misura cautelare sono limitate allo spossessamento e quindi alla compressione di un bene giuridico di pari grado a quelli tutelati. Lo stesso si afferma quanto al sequestro conservativo, per il quale la giurisprudenza sembra descrivere il compito del giudice come diretto a verificare la congruenza delle allegazioni svolte dall'istante rispetto alle conclusioni nel merito (così Tribunale Torino 28.5.1997, in Giur. it., 1997, I, 2, 625). Emblematiche in proposito le parole del CARNELUTTI, *Controversia sulla proprietà e sequestro giudiziario*, cit., 184 ss.: "il sequestro deve essere ordinato quando tra il confronto tra le ragioni proposte da chi lo domanda e quelle opposte dall'avversario risulta una netta prevalenza delle prime. Il giudice, per poterlo concedere, deve poter dire, senza esitazione: costui che lo chiede, per quello che dice, ragiona bene, e l'altro, che vi resiste, per quello che dice, ragiona male. Viceversa per doverlo negare, non occorre che possa dire il contrario; basta che il confronto non gli mostri nettamente il prevalere dell'attore sul convenuto".

²⁰⁴ Anche se è stato giustamente osservato anche che non può escludersi che tali effetti si abbiano anche nel caso di provvedimenti conservativi, come nel caso di sequestro conservativo di un credito di un'impresa verso una banca ed alla crisi di liquidità ed al rischio di insolvenza che può creare l'indisponibilità delle somme ivi depositate (così BARLETTA, *La riproposizione*, cit., 167, nota 73).

allegazioni fattuali, palesandosi come *indispensabile* il compimento di atti istruttori per consentire la formazione di un convincimento documentato ed una *prognosi* più precisa sul futuro esito di questo, e che tali atti siano compiuti secondo le forme ordinarie di cui agli artt. 202 ss. c.p.c.²⁰⁵

L'*indispensabilità* va valutata “in relazione ai *presupposti* e ai *fini* del provvedimento richiesto”.

Quanto al *fumus*, questo vuol dire che il giudice deve dare ingresso a prove volte a rappresentare *anche solo* la *verosimiglianza* dell'accadimento di un fatto, così che nel concorso tra prove, il giudice deve preferire quella *più liquida* volta a somministrare non la certezza del fatto ma la sua *verosimiglianza*. Da ciò però non discende affatto un obbligo per il giudice di evitare l'assunzione di quei mezzi volti a somministrare un convincimento *pieno* intorno al *factum probandum*, perché “se la *prova di verità* impegna pari tempo ed egual sforzo di quella *di verosimiglianza*, non si vede perché il giudice non debba preferire quella a questa”. In riferimento ad entrambi i presupposti della cautela, può dirsi che nel concorso tra prove idonee a rappresentare i medesimi fatti, il giudice deve ammettere quelle che meglio soddisfano le esigenze di celerità dell'istanza cautelare (es. alla prova indiretta si preferirà quella diretta, alla prova orale l'ordine di esibizione, alla consulenza l'ispezione)²⁰⁶.

Discorrendo del grado di istruttoria minima sufficiente ai fini dell'accertamento sul *fumus* cautelare, abbiamo fatto cenno all'opinione

²⁰⁵ BARLETTA, *La riproposizione*, cit., 167 ss. Tuttavia, proseguendo nel suo ragionamento l'Autore sostiene che anche nel caso in cui il provvedimento cautelare sia il frutto di una istruzione più approfondita non muta sul piano funzionale il carattere *ipotetico* del giudizio cautelare.

²⁰⁶ DELLA PIETRA, *Il procedimento possessorio*, cit., 253. E' ovvio che tale tesi, però, è accettabile solo nell'ottica, considerata superata da parte della dottrina, del necessario *convincimento* del giudice; se invece si esclude l'esigenza di certezza, allora cade la distinzione tra *piena prova* e *prova di sola verosimiglianza*, perché entrambe servono nel cautelare a fondare la valutazione presuntiva circa l'esistenza del diritto.

di un Illustre Autore²⁰⁷ espressa in proposito di *prove atipiche*, e cioè al fatto che se le cd. prove *atipiche*, all'interno del procedimento ordinario di cognizione, sono *probatio inferior* non nel senso della loro inidoneità a provare da sole i fatti controversi ma solo nel senso della loro inidoneità a giustificare il giudizio di *superfluità* ex art. 209 c.p.c. a fronte di richieste di prove contrarie, allora avrebbe potuto sostenersi che nel processo cautelare questo genere di prove sarebbero invece da sole sufficienti a fondare il detto giudizio di *superfluità*.

A questo punto, il discorso pare maturo per riprendere questa idea in precedenza solo accennata e provare a svilupparla.

Non è nuova in dottrina l'idea secondo la quale la chiave di volta per individuare il grado di sufficienza minimo di istruttoria nel processo cautelare stia nella corretta interpretazione dell'aggettivo "indispensabili" riferito appunto agli atti di istruzione.

In proposito, v'è stato chi ha suggerito di leggere l'espressione contenuta nell'art. 669 *sexies* c.p.c. come indice di un potenziamento della regola di cui all'art. 209 c.p.c.: in altri termini, considerato che nel processo ordinario l'istruttoria (costituenda) viene dichiarata chiusa o quando siano stati assunti *tutti* i mezzi ammessi, ovvero quando il giudice ne ritenga superflua la prosecuzione in virtù dei risultati probatori raggiunti, allora *la sommarietà* della cognizione cautelare potrebbe intendersi come "potere-dovere di chiudere la relativa istruttoria in un momento anteriore a quello così determinato e dunque prima che siano esaurite tutte le ordinarie possibilità cognitive (la regola che confina l'istruzione cautelare ai soli atti indispensabili depone proprio in questo senso)"²⁰⁸.

²⁰⁷ PROTO PISANI, *Usi e abusi della procedura camerale*, cit., 413, nota 37.

²⁰⁸ A. A. ROMANO, *La tutela cautelare della prova*, cit., 197. In nota 103 l'A. confronta questa soluzione con la regola stabilita dall'art. 187 c.p.c., sostenendo che dal punto di vista della valutazione compiuta dal giudicante questo caso sia per molti versi assimilabile a quello contemplato nell'art. 187 c.p.c., 1° co., secondo il quale il giudice istruttore trattiene la causa in decisione quando, fissato il *thema decidendum*, non ravvisi la necessità di assumere alcun mezzo di prova e ritenga quindi la causa matura

Ciò, ci pare, potrebbe rappresentare un criterio concreto da tener presente al fine di *parametrare* l'istruttoria cautelare ai *presupposti* e soprattutto alla *funzione* del procedimento cautelare nel suo complesso, ma non toglie che attraverso l'istruzione il giudice della cautela, pur adoperando correttamente tale direttiva, possa raggiungere risultati che vanno al di là di quelli che avrebbe potuto raggiungere utilizzando le forme ordinarie o comunque avvicinarsi in maniera significativa al grado di conoscenza sufficiente al fine di pronunciarsi definitivamente sul merito della causa, senza che tale evenienza debba determinare il ripudio dal sistema di una vera e propria istruzione nel procedimento cautelare.

Tale argomento ci consente di raccordarci al discorso in merito ai “fini” del provvedimento richiesto, secondo criterio al quale rapportare l'istruzione cautelare *necessaria*.

Non pare corretto in proposito indagare le finalità *extraprocessuali* di chi invoca la misura, pena un inaccettabile *processo alle intenzioni* del ricorrente²⁰⁹: il giudice deve allora valutare il fine non *in sé* ma come parametro di valutazione dell'*indispensabilità* degli atti istruttori, avendo presente che i “fini” di cui discorre la norma sono gli *scopi obiettivi della misura* e dunque *gli effetti che la cautela è destinata a produrre nella sfera del destinatario passivo*.

In quest'ottica, può essere valorizzata l'opinione di chi²¹⁰ ha giustamente suggerito di modulare l'indagine sul *fumus* in relazione alle

per la pronuncia. Si ricordi, allora, l'opinione di CECHELLA, *Cognizione ordinaria e cognizione sommaria in relazione al principio di tipicità delle prove ed alla regola finale di giudizio*, cit., 225, secondo il quale “la discrezionalità tra l'espletamento di un'attività istruttoria o meno è ... ispirata agli stessi presupposti che portano il giudice di merito a rimettere la causa al Collegio senza l'espletamento di una fase istruttoria ex art. 187 c.p.c.”

²⁰⁹ DELLA PIETRA, cit., 254.

²¹⁰ CONSOLO, *Il processo cautelare: profili generali*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1996, 348, nota 7; Id., *Processo cautelare: problemi aperti e linee di tendenza*, in Giur. it., 1998, 614 ss.; v. anche PROTO PISANI, voce *Procedimenti cautelari*, in Enc. giur. XXIV, Roma 1991, 12, il quale suggerisce che quando si prospetta grave il pregiudizio sofferto dal destinatario della misura nel proprio patrimonio è opportuna una riduzione della sommarietà in punto di *fumus*, per limitare la possibilità di un “ribaltamento” del giudizio nel processo a cognizione piena.

conseguenze più o meno *dirompenti* nella sfera del destinatario passivo della misura cautelare: all'aumentare del tasso di invasività nella sfera altrui cresce il novero dei mezzi *indispensabili*, che sarà molto ampio in ipotesi di tutela anticipatoria di effetti *non reversibili*, minimo nel caso di istruzione preventiva ed in genere delle cautele a contenuto *conservativo*; ciò comporta che una medesima prova potrebbe risultare ammissibile in vista di una certa misura e inammissibile ai fini di un'altra, sollecitata per una vicenda diversa²¹¹.

Pertanto, dalla premessa che il criterio dei “fini” serve solo a vagliare l'indispensabilità *del mezzo istruttorio prescelto* e non incide sui caratteri della cognizione cautelare si può concludere che la cognizione intorno al *periculum* è cognizione piena *quanto all'oggetto* e dunque non potrà che essere tale anche *quanto all'istruzione*²¹²; dalla pienezza quanto all'oggetto della cognizione cautelare sul *periculum* discende che la *selezione* imposta dai “fini” del provvedimento finisce per incidere unicamente in relazione alla prova del *fumus*²¹³.

Perciò, per quanto sia elevato il novero dei mezzi ammissibili (e quindi elevato il tasso di invasività dell'accertamento compiuto in sede cautelare) non si avrà snaturamento del requisito del *fumus*, dovendosi il giudice convincere della sola *probabilità* o *verosimiglianza* dell'ipotesi ricostruttiva in fatto.

²¹¹ DELLA PIETRA, cit., 255. In quest'ottica, l'A. considera non casuale che nel corpo del l'art. 669 *sexies* il requisito dei “fini” *segua* quello dei “presupposti”, perché il giudice dovrà tener conto anzitutto dei requisiti strutturali di *periculum* e *fumus* e solo dopo dei limiti connessi agli *scopi* del provvedimento richiesto.

²¹² Poiché, abbiamo visto, l'eventuale limitazione del ventaglio istruttorio porta con sé la sommarietà *quanto all'oggetto*, non avendo la possibilità le parti di provare tutto quello che nel processo potrebbe essere provato.

²¹³ Ed è in relazione a tale presupposto che la valutazione che dovrà compiere il giudice si risolverà in un giudizio di *superfluità* dei mezzi concretamente impiegabili. Prova troppo, pertanto, l'opinione di chi sostiene che l'anticipazione di effetti irreversibili prodotti da una misura cautelare sarà possibile solo se possa venire acquisita prova persuasiva del *buon diritto* del ricorrente, ben al di là quindi di un riscontro di semplice probabilità o di *fumus*, con conseguente abbandono della teoria della diversità dell'oggetto cautelare (CONSOLO in *Processo cautelare: problemi aperti e linee di tendenza*, cit., 615).

In ultima analisi, non esistono prove che siano *pregiudizialmente incompatibili* con il rito cautelare in ragione della ampiezza o profondità dell'indagine ch'esse comporterebbero²¹⁴.

E' noto che il modello istruttorio prescelto dal secondo comma dell'art. 669 *sexies* c.p.c. per il procedimento a contraddittorio posticipato è quello delle *sommari informazioni*.

Secondo la lettura tradizionalmente fornita al dato normativo, il presupposto di tale particolare procedimento sarebbe il cd. pericolo da ritardo "al quadrato"²¹⁵, laddove la stessa convocazione della controparte pregiudicherebbe la *fruttuosità / effettività* della misura cautelare.

Secondo una rigorosa lettura del requisito in questione, pur essendovi una certa discrezionalità in merito alla valutazione di questo *periculum da infruttuosità* della misura, il giudice dovrebbe muoversi

²¹⁴ DELLA PIETRA, cit., 256. Efficacemente l'A., riprendendo il discorso fatto sulle tre diverse possibili nozioni di sommarietà (quanto allo svolgimento, all'oggetto e all'istruzione), sostiene che l'art. 669 *sexies* sarebbe il "veicolo" di tre specie diverse di cognizione. Infatti, se il rito ordinario è caratterizzato da una pienezza di tutti e tre i riferimenti, i procedimenti contenziosi che richiamano l'istruttoria camerale di cui all'art. 738 c.p.c. possono essere *sommari quanto allo svolgimento, pieni quanto all'oggetto e pieni quanto all'istruzione*, laddove si ritenga che le *informazioni* che il giudice può assumere in tale sede si riferiscano a tutti i mezzi tipici che la parte può richiedere; se, invece, si ritiene che il richiamo al 738 valga ad introdurre un'istruzione non solo *deformalizzata* ma anche *limitata* nelle risorse istruttorie, allora dovrà parlarsi di una *sommarietà* in relazione a tutti e tre i riferimenti. Il giudice della cautela, invece, è chiamato sempre ad una cognizione *sommara quanto allo svolgimento*, ma che può essere *piena quanto all'oggetto ed all'istruzione*, ovvero *sommara quanto a tutti i riferimenti* o, infine, *sommara quanto allo svolgimento ed all'oggetto*, ma *piena quanto all'istruzione*. Infatti, che lo *svolgimento* sia sempre sommario è già stato ampiamente provato, mentre la pienezza o la sommarietà quanto all'oggetto dipenderà dall'oggetto dell'indagine: se si guarda alla cognizione propria del *periculum*, essa sarà piena, se al *fumus* sarà in genere sommaria a meno che non si tratti di misure ad effetti irreversibili. Tutte e tre le variabili proposte per il cautelare, infine, sono *piene quanto all'istruzione* perché, come detto, in punto di risorse istruttorie da un lato le parti possono articolare tutti i mezzi di prova ammissibili, tra i quali il giudice deve ammettere quelli "indispensabili..."; dall'altro lato, il giudice può d'ufficio disporre l'esperimento di qualunque mezzo, sempre che il fatto da provare faccia già parte del materiale di causa perché *notorio* o perché dedotto dalle parti. Discorso parzialmente diverso, sempre in riferimento *all'istruzione*, deve farsi per le misure *ad effetti reversibili*, in quanto qui esercitano forza condizionante i "fini" del provvedimento richiesto come parametro per effettuare il giudizio di indispensabilità delle prove: non ogni mezzo istruttorio è dunque a disposizione delle parti e del giudice, ma solo quelli di impegno e durata *compatibili* con la ridotta incidenza della misura nella sfera del resistente.

²¹⁵ CONSOLO, *sub art. 74 (669 sexies)*, cit., 468 ss.

all'interno di tale delimitato presupposto, la cui sussistenza dovrà poi emergere dalla motivazione del provvedimento²¹⁶.

E' stato però anche osservato che così letteralmente interpretata la norma si presterebbe ad essere riferita solo a quelle situazioni in cui il ritardo può avere un peso decisivo sull'attuazione della misura, e quindi solo per quei provvedimenti a carattere *conservativo*, rispetto ai quali l'attuazione del provvedimento si pone quale passaggio imprescindibile per l'*effettività* della tutela; tuttavia, la tipologia del rito cautelare uniforme non si esaurisce in tale specie di provvedimento, ma comprende evidentemente anche le misure *anticipatorie*, rispetto alle quali l'esigenza di provvedere *inaudita altera parte* deriva da un mero pericolo da tardività, ovvero da esigenze di *tempestività* della pronuncia²¹⁷. Per tali ragioni, si propende in genere per una lettura ampia della norma che abbracci anche questa eventualità e che quindi ammetta la pronuncia *i. a. p.* anche nelle ipotesi che in generale non ammettono alcuna dilazione.

Secondo una partecipata opinione, il diverso *modus* dell'istruzione si colloca all'interno di un procedimento la cui cognizione è *sommatoria quanto all'oggetto*, in quanto la *parzialità* del contraddittorio che si instaura si riflette sull'ampiezza di esso, conoscendo il giudice solo i fatti allegati dal ricorrente; inoltre, la *parte* dei fatti allegati presa in considerazione è accertata anche in modo *superficiale*, perché la

²¹⁶ Così il Tribunale di Bari 15.10.2004, Soc. P.A. c. Soc. N.T.A. ("L'imminente avvio delle operazioni di riconsegna di un'agenzia di assicurazioni, costituisce un pregiudizio grave ed irreparabile idoneo a legittimare il ricorso alla tutela cautelare d'urgenza con decreto "inaudita altera parte" ai sensi dell'art. 669 *sexies* c.p.c.") in Corr. mer. 2005, 31 con nota di AMENDOLAGINE. V. ancora per un'interpretazione giurisprudenziale rigorosa Tribunale di Torino, 19 marzo 2002, SILTE c. Soc. Telecom Italia e altro, in Giur. it. 2002, 2302, ("La pronuncia del provvedimento cautelare mediante decreto "inaudita altera parte" non è consentita quando il pregiudizio all'attuazione del provvedimento derivante dalla convocazione della controparte sia connesso al mero decorso del tempo necessario all'instaurazione del contraddittorio: ciò vale, in particolar modo, allorché tale pregiudizio sia imputabile allo stesso ricorrente il quale, potendo agire in via cautelare già in precedenza, abbia atteso l'imminenza del fattore pregiudicante") con nota di RONCO; v. infine Tribunale di Roma 27.3.2003, in Redazione Giuffrè 2005 (s.m.).

²¹⁷ SALVANESCHI, *Il processo cautelare*, cit., 402.

parzialità del contraddittorio fa venir meno il *contributo probatorio* del convenuto nell'accertamento del fatto, limitando le fonti di prova utilizzabili ai fini dell'accertamento del fatto e quindi incidendo di fatto sulla *profondità* di tale accertamento²¹⁸.

In cosa consistono concretamente le “sommarie informazioni”?

Due sono le tesi in dottrina prospettate in merito: secondo una prima si tratterebbe di null'altro che dell'attività di *audizione delle parti o degli interessati*²¹⁹; secondo un'altra tesi, invece, si tratta di una particolare modalità di accertamento del fatto che si definisce soprattutto *in negativo*, cioè nella sua diversità dal modello ordinario di acquisizione delle prove, essendo le *informazioni sommarie* acquisite senza l'osservanza delle norme che riguardano l'ammissione e l'assunzione delle prove nel rito ordinario, nonché dal fatto che l'iniziativa di assunzione delle stesse proviene *dal giudice*, sia nel senso che è costui che ne decide la necessità, sia nel senso che è il giudice che procede alla loro acquisizione, decidendone modalità e oggetto²²⁰.

Per chi ritiene ammissibile il giudizio di *pura verosimiglianza* all'interno del processo cautelare, le *s. i.* diventano il “massimo grado dell'attività istruttoria *consentita* al giudice cautelare” laddove questi ritenga di poter emettere la misura senza instaurare il contraddittorio, così che in tal caso l'attività di informazione sommaria sarà volta alla verifica, non tanto del *fumus*, ma del *pericolo* e del *pregiudizio nell'attuazione* che giustifica la compressione momentanea del contraddittorio: si tratterà allora della *massima intensità di dubbio consentita* nel caso di concessione di misura *inaudita altera parte*²²¹.

Se poi, come vedremo in maniera più approfondita nel terzo capitolo del presente studio, si accettasse l'idea che le cd. *prove atipiche*

²¹⁸ LOMBARDO, *Natura e caratteri*, cit., 505 ss.

²¹⁹ PROTETTI', *Le azioni possessorie, La responsabilità ed il procedimento in materia possessoria*, VIII ed., Milano 1995, 568.

²²⁰ TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 464.

²²¹ RECCHIONI, cit., 472.

quanto alla fonte siano ammissibili nel processo ordinario così come in quello cautelare, si dovrà allora escludere che con tale espressione il Legislatore abbia inteso consentire l'accesso alle *prove atipiche* nel procedimento *inaudita altera parte*, per la semplice ragione che esse sarebbero da considerarsi ammesse dall'intero sistema probatorio.

Vi è anche però chi²²² non vede nelle *sommario informazioni* un vero e proprio *atto di istruzione*, in quanto vengono assunte in assenza di contraddittorio, nemmeno quando di fatto venga ricalcato lo schema procedimentale dell'atto istruttorio tipico assunto come modello; così, mentre nel procedimento a contraddittorio gli *atti di istruzione*, sebbene *deformalizzati*, devono comunque avere come schema sostanziale di riferimento quello dettato per i mezzi istruttori tipici del processo di cognizione, le *s. i.* potrebbero invece essere raccolte anche mediante audizione telefonica di addetti ad uffici pubblici o privati.

Fin qui, però, le definizioni si caratterizzano soprattutto *in negativo*, nel senso che valorizzano quello che certamente le *s. i. non sono*.

Da queste prime battute emerge comunque come tale modulo istruttorio sia solito esser distinto rispetto alle ordinarie modalità di accertamento del fatto per almeno due fattori: innanzitutto le *sommario informazioni* vengono acquisite senza l'impiego di procedimenti che normalmente riguardano l'ammissione e assunzione delle prove (ed in ciò in poco o nulla si distinguono dagli atti di istruzione *deformalizzati* di cui al primo comma dell'art. 669 *sexies*); inoltre *l'impulso* al loro impiego, l'oggetto e le modalità procedimentali spettano alla determinazione del giudice.

Lasciando per un momento da parte il primo dei due aspetti, già esaminato per il procedimento a contraddittorio instaurato e sul quale

²²² MERLIN, *Procedimento cautelare*, cit., 403 s.

torneremo, è opportuno accennare al tema della discrezionalità relativamente *all'impulso a procedere* alle *s. i.*

Infatti, vi sarebbe piena discrezionalità del giudice nel decidere *se informarsi*, nonché di scegliere il *quid* dell'indagine da compiere (ovvero decidere quali profili indagare del *fumus*, del *periculum* e del cd. “bilanciamento degli interessi”), infine di stabilire il *quomodo* dell'*informazione* (ovvero con quali strumenti ottenere le notizie necessarie a provvedere).

Questa conclusione introduce l'ampio dibattito in tema di *poteri istruttori officiosi* del giudice in sede cautelare, ed in particolare all'interno del procedimento *inaudita altera parte*, del quale daremo conto all'inizio del prossimo capitolo. Basti per ora anticipare che se continuano a permanere divisioni in dottrina tra coloro che ritengono che tali *poteri officiosi* siano prerogativa del giudice della cautela in generale e coloro che invece ritengono ch'essi siano rinvenibili solo nel procedimento di cui al secondo comma dell'art. 669 *sexies* c.p.c., in quanto l'impulso istruttorio continuerebbe ad essere un monopolio delle parti esclusivamente nel procedimento a contraddittorio instaurato, pochi dubbi sembrano invece residuare sul fatto che le *sommario informazioni* siano in ogni caso la sede privilegiata per l'esercizio di essi.

Qualcosa in più è da dirsi circa la *qualità dell'accertamento* che può derivare dall'esperimento delle *sommario informazioni*.

Infatti, se come abbiamo detto per il procedimento cautelare a contraddittorio instaurato il concetto di *sommarietà* attiene alle *modalità* (allo *svolgimento*) con cui vengono acquisiti gli elementi di prova del fatto, ma non alla *qualità* del prodotto decisorio, nel caso di procedimento *i. a. p.*, la presenza di allegazioni provenienti esclusivamente dalla parte richiedente la misura porta con sé la sommarietà *quanto all'oggetto*, con le conseguenze immaginabili in tema di *qualità* dell'accertamento.

Mentre, infatti, la *sommarietà* del modello previsto dal primo comma dell'art. 669 *sexies* c.p.c. consente che l'attività istruttoria, anche se *deformalizzata*, abbracci tutte le allegazioni in fatto dedotte da entrambe le parti, e quindi si può dire che il mancato ossequio alle forme ordinarie consente di accedere ad un accertamento dalle notevoli potenzialità cognitive, pari o addirittura superiori a quelle del rito ordinario, nel caso del procedimento *i. a. p.* la limitatezza delle allegazioni delle quali deve essere poi cercata conferma attraverso il modulo istruttorio delle *sommario informazioni* non può che incidere anche sulla *qualità complessiva* dell'accertamento compiuto in questa sede, determinandone di fatto una fisiologica inferiorità rispetto a quella raggiungibile col procedimento di cui al primo comma.

Ciò a meno di voler considerare le *sommario informazioni* come veicolo per introdurre nel procedimento *i. a. p.* non solo la facoltà per il giudice di esercitare *poteri officiosi*, e dunque di ammettere prove non dedotte dalla parte su fatti che però siano stati allegati o che comunque *facciano parte* del processo, ma *poteri inquisitori in senso stretto*, e dunque consentire al giudice di andare alla ricerca del fatto da provare²²³, in palese deroga al divieto di scienza privata: solo così facendo, infatti, si allargherebbe l'ambito della cognizione ed i fatti su cui indagare non sarebbero solo quelli dedotti dalla parte, o comunque acquisiti in virtù dell'impulso di parte, ma anche quelli apportati dalla conoscenza del giudice.

Le modalità di acquisizione delle *sommario informazioni* possono essere le più varie: è possibile per il giudice acquisirle personalmente, via telefono, per il tramite di ausiliari tecnici, o a mezzo della polizia giudiziaria.

²²³ Potere che la dottrina moderna tende giustamente a circoscrivere notevolmente per il processo civile (sul punto vedi ampiamente E. FABIANI, *I poteri istruttori del giudice civile. Contributo al chiarimento di un dibattito*, Salerno 2008) e la cui estraneità anche al procedimento cautelare s'impone perché impedisce a questo di trasformarsi da procedimento inquisitorio a procedimento "di inquisizione" (così LOMBARDO, *Natura e caratteri*, cit., 514).

Per tentare di comprendere meglio il significato *positivo* della disposizione vediamo allora se possono tornare utili i risultati degli studi che la dottrina ha condotto in merito alle altre disposizioni nelle quali compare il modulo istruttorio in parola ed alle quali abbiamo fatto cenno nel primo capitolo del presente studio.

Innanzitutto viene alla mente la previsione di cui all'ultimo comma dell'art. 38 c.p.c., secondo cui la questione sulla competenza deve essere decisa “in base a quello che risulta dagli atti e, quando sia reso necessario dall'eccezione del convenuto o dal rilievo del giudice, *assunte sommarie informazioni*”, nonché quella di cui all'art. 695 c.p.c., che prevede che in caso di istanza di ammissione preventiva della prova testimoniale ovvero di accertamento tecnico preventivo o di ispezione giudiziale, il Presidente del Tribunale vi provvede “assunte, quando occorra, *sommarie informazioni*”.

Abbiamo ricordato, nel primo capitolo di questo studio, come la giurisprudenza limiti significativamente le potenzialità dell'istruzione sommaria prevista per la questione sulla competenza con l'affermazione che la decisione deve essere assunta solo sulla base di prove *precostituite*, e che la possibilità di assumere *sommarie informazioni* può valere solo a fornire *elementi chiarificatori* del contenuto delle prove precostituite o comunque ad accertare circostanze agevolmente rilevabili o documentabili²²⁴; abbiamo anche ricordato, però, che la dottrina distingue opportunamente tra criteri cd. *estrinseci* e criteri *intrinseci* di determinazione della competenza, affermando che per i primi il modulo istruttorio sommario avrebbe dovuto trovare pieno spazio a sèguito della contestazione del convenuto circa i fatti cui si collega la competenza, mentre per gli ultimi l'opinione dominante è nel senso che essi non possono essere oggetto di una vera e propria verifica istruttorio, in quanto

²²⁴ Cass. Civ. 27.11.2002 n. 16842 in Foro it. 2003, I, 803; conf. Cass. Civ. 17.4.2003 n. 6218, in Giust. civ. mass. 2003, 4; Cass. Civ. 20.10.2006 n. 22524, in Giust. civ. mass. 2006, 10.

per essi vale il principio per il quale la competenza si determina esclusivamente “dalla domanda”.

Ci sembra, però, che questi risultati non siano in alcun modo di aiuto alla nostra causa, laddove solo si osservi la particolare funzione cui è deputato un accertamento siffatto, che deve fornire la base per una decisione su una questione che ostacola il cammino del processo verso l’esito naturale, laddove la funzione dell’istruttoria cautelare nel procedimento a contraddittorio posticipato è quella di fornire la base per approdare ad un provvedimento claudicante sì, ma immediatamente efficace ed incisivo per le posizioni delle parti coinvolte.

Più vicina per collocazione all’interno del codice di procedura e per funzione al modello di cui ci stiamo occupando pare invece la previsione contenuta nell’art. 695 c.p.c. in tema di tutela cautelare della prova. Avevamo infatti ricordato come anche tale procedimento fosse fondato su una cognizione *sommatoria* di tipo *superficiale*, in quanto da un lato la relativa disciplina è inserita nel Titolo I del Libro IV del codice di procedura, che tratta appunto “dei procedimenti sommari”, dall’altro colui contro il quale la misura è richiesta può resistere alla sua emanazione, argomentando e provando l’inesistenza dei requisiti del provvedimento. Non solo, perché altro chiaro indice di *sommarietà* del procedimento viene individuato nel fatto che la decisione si fonda su un’istruttoria in cui vi è piena discrezionalità del giudice nell’assunzione delle prove, che può avvenire senza il rispetto delle formalità previste per il rito ordinario, nonché nella possibilità di assunzione di un numero inferiore di mezzi rispetto a quelli teoricamente disponibili e, infine, apertura all’utilizzo delle prove cd. *atipiche*²²⁵.

Tuttavia, avevamo pure notato che la sovrapposizione del discorso tra tutela cautelare *tout court* e tutela cautelare della prova lasciasse alcune aree scoperte, in quanto le problematiche poste dal concetto di

²²⁵ L’opinione è di A. A. ROMANO, *La tutela cautelare della prova nel processo civile*, cit., 191 ss.

deformalizzazione dell'istruttoria in ambito della cautela *tout court* rivestono nell'ambito della seconda un'importanza minore; ciò in quanto mentre per l'accoglimento di una domanda a cautela di un diritto soggettivo è necessario vagliare la *probabile fondatezza* della pretesa di merito, e quindi in genere si avverte la necessità di esperire attività istruttoria, per la valutazione dell'accoglibilità dell'istanza di tutela cautelare istruttoria è sufficiente la mera conoscenza del *thema decidendum*; perciò, la *sommarietà* che caratterizza la tutela cautelare della prova riveste un ruolo secondario rispetto a quello giocato nel caratterizzare la tutela cautelare del diritto soggettivo, poiché solo nel primo caso si affidano al giudice decisioni che in genere non postulano la necessità di indagini di fatto.

Pertanto, nonostante la vicinanza (anche *fisica*) delle norme in discorso, pare che nemmeno l'indagine compiuta sull'istruttoria sommaria prevista per la tutela preventiva della prova sia utile ai nostri fini, dovendo le *sommario informazioni* di cui all'art. 669 *sexies*, 2° co., c.p.c., calarsi in una realtà processuale che necessita di un sia pur sommario accertamento dell'ipotesi sul fatto prospettata come vera dall'istante.

Ed allora, proseguendo nel tentativo di dare consistenza alla locuzione in discorso, possiamo dire che una delle peculiarità del modulo istruttorio del procedimento cautelare *i. a. p.* rispetto al sistema descritto nel primo comma si coglie sotto l'aspetto dell'incidenza del principio del contraddittorio tra le parti sulla *libertà di forme*: se è vero che sia gli *atti di istruzione* sia le *sommario informazioni* altro non sarebbero che l'assunzione di mezzi di prova *tipici* senza l'osservanza delle modalità e dei tempi di assunzione ordinari, mentre nel procedimento a contraddittorio instaurato il giudice è tenuto ad osservare ogni formalità *essenziale al contraddittorio*, ciò non varrebbe in quello *i. a. p.*, dove il giudice ha piena libertà di raccogliere *informazioni* nel modo che ritiene

più opportuno, senza il vincolo dell'ancora non instaurato contraddittorio²²⁶. Pertanto, le *s. i.* consistono in un mezzo di prova *deformalizzato* col quale il giudice può acquisire d'ufficio, dai terzi o per mezzo di terzi, elementi di conoscenza in ordine al *thema probandum* (audizione di terzi informatori, ordine di esibizione di documenti, ispezione di luoghi, acquisizione di notizie da organi di polizia o della pubblica amministrazione), ma se *deformalizzazione* nel procedimento a contraddittorio instaurato vuol dire sia *eliminazione* di forme superflue sia *deviazione* dalle forme non superflue, nel procedimento *i. a. p.* al giudice è consentito anche di non rispettare le forme *essenziali*, considerata l'assenza "istituzionale" del contraddittorio.

Ad ogni modo, quanto si dirà in merito alla presenza nel processo cautelare di *poteri officiosi* nel campo istruttorio servirà probabilmente a chiarire i termini di questo discorso; non solo, ma da quel chiarimento discenderanno alcune conseguenze anche in merito all'altro tema, spesso dibattuto, relativo alla possibilità per il giudice del procedimento a contraddittorio instaurato di accertare l'esistenza delle ipotesi sul fatto non solo sulla base di *atti di istruzione* ma anche utilizzando il modulo delle *sommario informazioni*.

Infatti, è stato osservato che la circostanza che le *s. i.* siano previste proprio per il procedimento che si svolge in assenza (momentanea) di contraddittorio non vuol dire che l'assenza di contraddittorio sia *requisito necessario* per poter fare ricorso ad esse²²⁷; coerentemente, secondo questa tesi, anche nel procedimento ex art. 669 *sexies*, 2° co.,

²²⁶ Così LOMBARDO, *Natura e caratteri*, cit., 511. Però l'Autore nel proporre un esempio pare confondere i poteri istruttori che il giudice potrebbe esercitare *d'ufficio* con il principio *inquisitorio* in senso tecnico: infatti, egli sostiene che se nella testimonianza assunta nel procedimento a contraddittorio instaurato il giudice, pur non essendo vincolato dalle forme di cui agli artt. 244 ss. c.p.c., è tenuto a disporre la prova sull'oggetto indicato dalle parti, in quello *inaudita altera parte* egli stesso potrebbe decidere autonomamente l'oggetto di prova. L'A. quindi conclude che il procedimento di cui al primo comma dell'art. 669 *sexies* sarebbe *a cognizione piena*, anche se *sommario circa le forme*, mentre quello *i. a. p.* è *sommario* sia *quanto al modus* sia *quanto alla cognizione*.

²²⁷ RECCHIONI, cit., 473; SALVANESCHI, *Il processo cautelare*, cit., 397.

laddove dovesse permanere il *dubbio* sulla opportunità della misura, sarà necessario il compimento di *atti istruttori indispensabili* omettendo sempre le formalità *superflue*: così, se da un lato gli atti istruttori possono essere *deformalizzati* e, dall'altro, le *s. i.* non sono che uno schema procedimentale altamente *deformalizzato*, vi sarebbe la possibilità per il giudice del procedimento a contraddittorio instaurato di procedere alle *s. i.*, specie dinanzi a carenze istruttorie delle parti²²⁸.

In senso contrario, si è obiettato che non solo la previsione di *atti istruttori indispensabili* implica il ricorso all'acquisizione di vere e proprie *prove* e non di semplici *informazioni*²²⁹, ma anche che la conclusione che vorrebbe dare ingresso alle *s. i.* nel procedimento a contraddittorio instaurato rischia di vanificare del tutto la evidente contrapposizione terminologica tra primo e secondo comma della norma in discorso, dalla quale si evince che il Legislatore ha pensato a cose completamente diverse²³⁰.

²²⁸ Sull'impossibilità di distinguere le modalità di accertamento dei fatti nel procedimento in contraddittorio rispetto a quello *inaudita altera parte* anche VERDE, *Codice di procedura civile*, a cura di Verde – Di Nanni, cit., 463; anche in CONSOLO – LUISO - SASSANI in *La riforma del processo civile. Commentario*, I, Milano 1991, 467, si afferma: “nel procedimento di trattazione in contraddittorio dovrebbero potersi assumere nei casi più semplici, o per effettuare una ricognizione preliminare della fattispecie, le sommarie informazioni”.

²²⁹ TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 465; nello stesso senso LOMBARDO, *Natura e caratteri*, cit., 512; MERLIN, *Procedimenti cautelari*, cit., 404, nella misura in cui l'Autrice legge il modulo istruttorio di cui al primo comma come tentativo di evitare che il processo cautelare possa divenire l'occasione per raccogliere “informazioni troppo distanti dai modelli istituzionali della prova”.

²³⁰ CARPI, *I provvedimenti cautelari*, cit., 1264.

Capitolo III
Problematiche comuni alle diverse ipotesi di istruttoria
deformalizzata

SOMMARIO

1. Le “informazioni” del procedimento in camera di consiglio e nelle altre ipotesi previste dal codice di procedura civile.
2. “Processo inquisitorio” e “poteri istruttori d’ufficio”.
3. Il problema dell’ammissibilità e dell’efficacia delle prove *atipiche* nell’istruttoria *sommatoria*.
 - 3.a Il problema dell’ammissibilità e dell’efficacia delle prove raccolte nella fase *cautelare* all’interno del giudizio di merito.

§ 1. - Le “informazioni” del procedimento in camera di consiglio e nelle altre ipotesi previste dal codice di procedura civile.

L’osservazione dell’istruzione cautelare modellata sulle *sommatorie informazioni* nella esclusiva visione prospettica del secondo comma dell’art. 669 *sexies* c.p.c. resta inevitabilmente confinata in un’ottica ristretta, limitata ai pochi dati ricavabili dalla detta disposizione e non permette di risolvere gran parte dei problemi posti dalla scarna locuzione utilizzata dal Legislatore.

In una prospettiva di più ampio respiro, allora, è opportuno indagare se alcune delle problematiche sollevate dalla detta espressione possano beneficiare di qualche chiarimento attraverso il richiamo dei risultati raggiunti in tema di analisi del modello istruttorio delle *informazioni* di cui all’art. 738, 3° co., c.p.c.

La predetta disposizione è, se possibile, ancor più scarna rispetto a quella dell'art. 669 *sexies*, 2° co., tanto che si è ritenuto impossibile ridurre tutta la disciplina istruttoria dei procedimenti in camera di consiglio in un'unica norma, predicandosi all'uopo come necessaria un'opera di armonizzazione con la disciplina generale in tema di prova²³¹.

Secondo parte della dottrina, la posizione del terzo comma all'interno della norma in discorso prospetta l'attività istruttoria del giudice come meramente *eventuale*, avendo il Legislatore immaginato il provvedimento in questione pronunciabile "allo stato degli atti" e che quindi lo svolgimento di tale attività sia un'ipotesi marginale²³².

E' noto che il modello conoscitivo delle *informazioni* è sovente utilizzato in varie disposizioni del codice di procedura civile, in particolare dagli artt. 194, 1° co. seconda parte, nel descrivere la facoltà concessa al consulente tecnico di conoscere da terzi circostanze utili ai fini dell'espletamento del mandato, 213, che riguarda la richiesta di *informazioni scritte* che il giudice rivolge d'ufficio alla p. a. in merito ad atti e documenti che è *necessario* acquisire al processo, 262, in merito alla richiesta di *informazioni* da terzi che il giudice abbia trovato sul luogo dell'ispezione, 421, 2° co., e 425 1° e 2° co., relativi rispettivamente al potere del giudice del lavoro di richiedere *informazioni* e osservazioni scritte alle associazioni sindacali indicate dalle parti ed alla facoltà che tali *informazioni* siano rese in giudizio, ad istanza di parte, oralmente o per iscritto dal rappresentante

²³¹ CERINO CANOVA, *Per la chiarezza delle idee in tema di procedimento camerale e di giurisdizione volontaria*, in Riv. dir. civ. 1987, I, 431 ss. ed in Studi in onore di Allorio, Milano 1989, 7; PAGANO, *Contributi allo studio dei procedimenti in camera di consiglio*, Napoli 1996, 10 ss.; CIVININI, *I procedimenti in camera di consiglio*, Torino 1994, 184 ss.; PROTO PISANI, *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. codice di procedura civile*, cit., 393 ss.

²³² ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, Napoli 1964, III ed., IV, 439. Si dice che quando l'accertamento non è *volutamente sommario*, ma completo rispetto alle possibilità del momento, ed è però ritenuto dal Legislatore suscettibile di miglioramento, si ha un provvedimento che solitamente si definisce "allo stato degli atti" o "*rebus sic stantibus*". Sui caratteri del procedimento "allo stato degli atti" v. ampiamente RECCHIONI, cit., 77 ss.

dell'associazione sindacale (potere analogo è altresì previsto anche dall'art. 446 c.p.c. da parte degli istituti di patronato e assistenza sociale legalmente riconosciuti), 714 che, nel descrivere l'*istruzione preliminare* nei procedimenti di interdizione, inabilitazione e nomina di amministratore di sostegno, attribuisce al giudice la facoltà di disporre d'ufficio l'assunzione di *ulteriori* informazioni, 728, 3° co., che attribuisce analogo potere al giudice nel procedimento per la dichiarazione di morte presunta.

In tutte le norme richiamate il termine compare da solo mentre nel modello istruttorio di cui all'art. 669 *sexies*, 2° co., c.p.c. esso è preceduto dall'aggettivo *sommario*, così come abbiamo visto accadere negli artt. 695 e 736 *bis*, 3° co., c.p.c., nel descrivere rispettivamente il modulo istruttorio per i procedimenti d'istruzione preventiva e per quelli finalizzati all'emissione di provvedimenti contro gli abusi in famiglia.

Come si vede agevolmente, nel primo gruppo di norme le *informazioni* s'inseriscono in un'istruttoria più ampia, relativa in genere ad un processo a cognizione piena, quale fonte *aggiuntiva* di elementi utili o all'acquisizione di *prove* vere e proprie (in quest'ottica dovrebbe intendersi la disposizione dell'art. 194, 1° co.²³³ e del 262²³⁴, inserite entrambi all'interno di *subprocedimenti* d'istruzione) o alla formazione del convincimento del giudice²³⁵: di qui l'opinione consolidata in base alla quale gli elementi acquisiti attraverso tale modello avrebbero una

²³³ Secondo PAGANO, *Contributi allo studio dei procedimenti in camera di consiglio*, cit., 12, nota n. 8, dall'art. 194 si evince che il termine sta ad indicare l'acquisizione di elementi *al di fuori di vere e proprie prove*, in quanto il c.t.u. può raccogliere *informazioni* da terzi su fatti tecnici ed a carattere accessorio e non può accertare fatti che devono essere provati dalle parti, in quanto ciò si tradurrebbe in assunzione di prova testimoniale da parte di un soggetto diverso da quello previsto dalla legge, anche se si riconoscono alle dichiarazioni rese dal terzo in tale sede il valore di *indizio*; tuttavia, la giurisprudenza più recente (v. Cass. Civ. 19.1.2006 n. 210, in Giust. civ. mass. 2006, 1; Cass. Civ. 10.5.2001 n. 6502, in Giust. civ. mass. 2001, 952) tende a negare qualsiasi valore probatorio, anche indiziario, agli elementi raccolti in violazione dei limiti posti dal giudice, in quanto il relativo accertamento sarebbe affetto da nullità.

²³⁴ Anche l'art. 262 c.p.c. prevede che nel corso dell'ispezione possano essere sentiti "testimoni per informazioni", ma si ritiene che queste ultime non siano vera e propria prova testimoniale bensì valgano solo a trarre *chiarimenti* su circostanze di fatto connesse con l'oggetto da osservare o per individuare l'oggetto dell'indagine

efficacia probatoria *minore* rispetto alle prove *tipiche*, alle quali si affiancano senza escluderle.

Nel secondo gruppo, invece, l'espressione disegna un modello istruttorio *autonomo*, i cui connotati si sta cercando di ricostruire, del quale il giudice deve servirsi per compiere gli opportuni accertamenti sul fatto: qui il Legislatore, invece che attribuire funzione meramente integrativa, *esaurisce* l'intera attività istruttorio nell'assunzione di *informazioni*, così come accade nell'art. 738, u. c., c.p.c.²³⁶.

Secondo un metodo di indagine collaudato è dunque opportuno che i risultati cui si è pervenuti in riferimento alle norme appartenenti al primo gruppo non siano automaticamente richiamati per fornire chiarimenti ai dubbi che sorgono in relazione alle norme appartenenti al secondo gruppo, ma vadano verificati sulla base degli altri dati positivi.

Che i due gruppi di norme non descrivano attività in tutto diverse tra loro è confermato dall'opinione in base alla quale in merito ai procedimenti *a cognizione sommaria*, la peculiarità delle *informazioni* ivi raccolte andrebbe individuata in ragione della *cognizione* che si svolge all'interno del procedimento: se è vero le *informazioni* sono un mezzo

²³⁵ Gli artt. 213, 421, 425, 446 c.p.c. riguardano ipotesi di *informazioni* richieste a soggetti che non hanno la veste di parti e che sono specificamente individuati dalla legge: si tratta allora della raccolta di dati di convincimento del giudice ai quali viene riconosciuto valore di mero supporto all'attività probatoria in senso stretto. Infatti, quanto alla prima disposizione, è possibile chiedere alla p. a. *informazioni* solo in merito a fatti secondari; quanto alle *informazioni* fornite dalle organizzazioni sindacali, ad esse si è soliti attribuire valore di *presunzione semplice*, di *argomento di prova* o di *massima d'esperienza* a seconda del loro oggetto; alle *informazioni* ex art. 446 c.p.c. si attribuisce infine funzione meramente *integrativa* delle prove già raccolte. Circa l'impulso alla richiesta, mentre l'art. 213 lo riserva al giudice, negli artt. 421 e 425 si ritiene ch'essa possa aver luogo d'ufficio solo se la parte non vi abbia provveduto o se l'associazione non abbia risposto, mentre l'art. 446 sembra postulare l'impulso di parte.

²³⁶ Uno dei primi interrogativi posti dalla dottrina è consistito proprio nel tentare di capire se lo schema istruttorio di cui al terzo comma dell'art. 738 fosse meramente *integrativo* o *completamente sostitutivo* del sistema previsto dagli artt. 202 ss. c.p.c.: la risposta è stata in questo secondo senso, in quanto la semplificazione dell'istruttorio si spiega considerando che il rito della camera di consiglio fu creato per la *giurisdizione volontaria*, che non abbisognava dei complessi metodi di accertamento dei fatti necessari invece per la tutela giurisdizionale piena di diritti soggettivi e *status*; ciò ha comportato il problema di mettere al passo coi canoni della cognizione piena l'istruttorio camerale laddove essa avesse avuto quest'ultimo tipo di oggetto.

informale ed ufficioso per raccogliere elementi di sostegno probatorio, la rapidità di tale istruttoria essendo affidata alla discrezionalità del giudice nel determinare il grado di semplificazione per l'acquisizione del materiale probatorio, allora con l'aggettivo "sommarie" il Legislatore ha voluto indicare che in quei procedimenti il giudice deve *limitarsi a raccogliere solo quei mezzi di prova di facile e rapida acquisizione*, che gli permettano di formulare un giudizio in termini di *verosimiglianza / probabilità*; quindi le *informazioni* sono *sommarie* perché inserite in procedimenti che richiedono un grado di convincimento inferiore rispetto a quello imposto dalla decisione a cognizione piena²³⁷.

Si è anche osservato che una delle caratteristiche principali delle *informazioni* sia la presenza di marcati *poteri officiosi*, poteri che erano riscontrabili nel primo comma dell'abrogato art. 689 c.p.c., che disciplinava un procedimento *inaudita altera parte* con una disposizione che si contrapponeva espressamente a quella prevista nel secondo comma della medesima norma e che individuava invece mezzi di prova *tipici* per il procedimento in contraddittorio: nel creare tale contrapposizione tra moduli istruttori (che oggi viene ripresa dall'art. 669 *sexies* c.p.c., pur essendo fondata su presupposti diversi) la norma sembrava istituire una correlazione tra la *mancaza di contraddittorio* e l'*ufficiosità dell'attività istruttoria*, in quanto l'iniziativa del giudice appariva giustificata dalla mancanza della garanzia data dalla presenza di parti contrapposte; in tal senso, deporrebbe anche la lettura dell'abrogato art. 672 c.p.c. che prevedeva appunto l'assunzione di *informazioni* nel caso di provvedimento di sequestro emesso *i. a. p.*

Tuttavia, è stato anche osservato che l'art. 689 c.p.c. prevedeva tra le prove *tipiche* anche l'ispezione giudiziale che, come è noto, può essere disposta *d'ufficio*; lo stesso poteva dirsi per la prova testimoniale disciplinata nel terzo comma dell'art. 689 c.p.c., che presentava

²³⁷ PAGANO, *Contributi*, cit., 14-15.

un'accentuazione dei poteri ufficiosi rispetto al processo ordinario, potendo il giudice ascoltare i testi anche richiedendoli personalmente quando li avesse trovati sul luogo²³⁸: da ciò si è affermato che nella detta contrapposizione tra primo e secondo comma dell'abrogato art. 689 c.p.c. l'elemento distintivo della partecipazione di una pluralità di parti è da considerarsi connesso con l'assunzione di prove *tipiche* non solo perché la realizzazione del contraddittorio è garanzia di una più completa acquisizione di materiale probatorio (e quindi permette di ridurre proporzionalmente l'iniziativa probatoria del giudice), ma soprattutto perché le prove raccolte nel contraddittorio del processo ordinario sono soggette a precise regole di ammissibilità, modalità di assunzione e valore probatorio, tutte regole alle quali sarebbero sfuggite invece le *informazioni*.

Ciò, peraltro, non ci sembra voglia dire che il risultato interpretativo cui si è giunti per le ipotesi di istruttoria che si svolge in assenza di contraddittorio non possa essere richiamato anche per le ipotesi in cui è prevista l'assunzione di *informazioni* all'interno di un procedimento in cui il contraddittorio sia già instaurato: infatti, la *non attualità* del contraddittorio (di cui all'abrogato art. 689, 1° co., c.p.c.) è un *indice* ma *non una condizione* del carattere *non formale* dell'attività istruttoria consistente nelle *informazioni*.

Che le *informazioni* siano un modello istruttorio *informale* e caratterizzato da più ampi *poteri ufficiosi* non vuol nemmeno significare che sempre esso si presenti come un modello “sommario”, avendo l'attitudine a *dilatarsi* in ragione delle esigenze della fattispecie concreta

²³⁸ PAGANO, *Contributi allo studio dei procedimenti in camera di consiglio*, cit., 16-17; in nota n. 14 l'Autrice sostiene anche che al giudice del procedimento ex art. 689 c.p.c. sarebbe stata affidata la scelta tra il raccogliere informazioni secondo lo schema del primo comma ovvero se assumere vere e proprie *prove e testimonianze*, ma in tale secondo caso avrebbe dovuto necessariamente instaurare il contraddittorio. Ciò conferma che la presenza del contraddittorio non dovrebbe lasciare spazio a *poteri istruttori ufficiosi* diversi rispetto a quelli esercitabili entro i limiti ricavabili dal modello tipico previsto nel processo ordinario di cognizione (es. art. 254 o 281 *ter* c.p.c.)

sottoposta all'esame del giudice²³⁹; diversamente le *sommarie informazioni*, che per espressa volontà del Legislatore devono rimanere circoscritte ad un'indagine *sommatoria* o *superficiale*.

Secondo una tesi tradizionale²⁴⁰ vi sarebbero almeno altre due differenze rilevanti tra le *informazioni* camerali e le *sommarie informazioni*: mentre queste ultime potrebbero anche essere raccolte fuori udienza, non così le prime; inoltre, le *sommarie informazioni* non esigerebbero la verbalizzazione, mentre le *informazioni* sì.

Sotto il primo aspetto, è stato però osservato²⁴¹ che il fatto che in materia cautelare le *sommarie informazioni* possano essere raccolte fuori udienza non ne determina una maggior *informalità*, ma deriva dal fatto che in questo caso esse vengono assunte in assenza di contraddittorio; quanto al secondo aspetto, la legge non dice nulla sul punto ed inoltre, pur ammettendo che ciò sia vero, si tratterebbe solo di una diversa *modalità di documentazione* dell'attività istruttoria, non in un *modo diverso di raccolta* dell'informazione.

Pertanto, si può dire che quando la legge consente di *deviare* dal modello *tipico* con riguardo al metodo di acquisizione al processo degli elementi di prova, tentare di individuare una differenza avendo come parametro di valutazione la maggiore o minore *intensità della deroga* dal detto modello diventa operazione difficile, se non impossibile²⁴²; anche per tale ragione, non convince l'idea in base alla quale tra gli *atti di istruzione* di cui al primo comma dell'art. 669 *sexies* e le *sommarie informazioni* previste dal secondo vi sarebbe solo una differenza relativa al *tasso di informalità*, che sarebbe evidentemente maggiore nel secondo caso, perché se questo può esser vero nel rapporto tra *informazioni* e *sommarie informazioni*, in cui il modello di riferimento è il medesimo e solo le prime sono idonee a dilatarsi in ragione dell'oggetto del

²³⁹ COSÌ PAGANO, cit., 19.

²⁴⁰ REDENTI, *Diritto processuale civile*, III, Milano 1997, 62.

²⁴¹ G. F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., 445.

²⁴² G. F. RICCI, cit., 446.

procedimento e dell'istruttoria necessaria in relazione alla cognizione che ivi si svolge, non sembra così nel rapporto tra queste ultime ed il modello delineato dagli *atti di istruzione*, che invece richiama il modello dell'istruzione ordinaria, con i suoi limiti di ammissibilità e, vedremo, con il suo *variabile equilibrio* tra iniziativa di parte e iniziativa officiosa.

Circa l'efficacia probatoria del prodotto dell'accertamento compiuto attraverso tale modulo, tra chi ha ritenuto che le *informazioni* (sommarie o no) consentono al giudice di pervenire ad un accertamento anche più completo rispetto a quello che segue le regole dell'istruttoria ordinaria²⁴³ e chi ha sottolineato con preoccupazione la pericolosità di un modello la cui informalità rischia di essere difficilmente controllabile dalle parti²⁴⁴, proponendo quindi una notevole cautela circa il loro impiego, v'è stato chi ha provato una mediazione attraverso la limitazione del *risultato* del loro impiego alla mera *verosimiglianza* dell'accadimento dei fatti da esse descritto²⁴⁵. Tuttavia, abbiamo anche visto, nel capitolo precedente, come il concetto di *verosimiglianza* non sia così affidabile, né in sé né nel suo rapporto con la *verità* e con la *probabilità*; inoltre, la *verosimiglianza* o la *probabilità* dei risultati potrebbe essere un approdo conoscitivo sufficiente per quei procedimenti che a tale risultato tendono, laddove il modello delle *informazioni* viene utilizzato anche per descrivere l'attività istruttoria di procedimenti che incidono *su diritti* e che quindi necessitano di risultati probatori meno instabili.

In realtà, il problema del bilanciamento tra la garanzia offerta dalle forme e le potenzialità dell'accertamento condotto secondo una istruttoria *deformalizzata* si presenta, secondo una parte della dottrina²⁴⁶, meno grave riguardo al procedimento cautelare di quanto non lo sia per quello

²⁴³ TARUFFO, *La prova*, cit., 468.

²⁴⁴ COMOGLIO, *Garanzie costituzionali e prove atipiche nel procedimento camerale*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1163.

²⁴⁵ MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino 1994, 292; PAGANO, *Contributi*, cit., 18.

²⁴⁶ G. F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., 448-449.

camerale, giacché nel primo caso l’emanazione del provvedimento non *definisce* la controversia, ma può essere superato dall’istruttoria completa che si avrà nel corso del giudizio di merito; nel caso del procedimento camerale, invece, il provvedimento può essere definitivo ed in grado di dettare una disciplina stabile del rapporto, almeno nell’ipotesi in cui abbia ad oggetto diritti o *status*, ed è per tale ragione che da tempo l’istruttoria camerale *su diritti* è oggetto di un progressivo adeguamento da parte della giurisprudenza costituzionale²⁴⁷, affermandosi che non

²⁴⁷ Solo per citare alcune delle decisioni della Consulta: 1) la n. 74 del 1968 relativa all’art. 2 l. n. 36 del 1904 (che ha ritenuto l’art. 738 non sufficiente a garantire il precetto di cui all’art. 24, 2° co., Cost., non consentendosi all’infermo di seguire o contestare l’attività istruttoria del giudice; in realtà, come osservato da PAGANO, *Contributi*, cit., 21-22, il profilo di incostituzionalità riguardava in questo caso la violazione del contraddittorio, non essendo consentito all’infermo di partecipare nel procedimento a far valere le proprie ragioni, ma non precisamente la idoneità delle *informazioni*, una volta che la partecipazione delle parti del processo fosse stata garantita, a sorreggere una istruttoria rispettosa dei canoni costituzionali); 2) la n. 22 del 1973 sugli artt. 28 ss. l. 794/’42 (in tema di liquidazione onorari avvocato, la Consulta ha negato che le modalità del procedimento potesse limitare il contraddittorio o la cognizione del giudice, ciò perché la normativa in oggetto “ha assunto contenuto non divergente dalle linee fondamentali del processo civile”); 3) la n. 202 del 1975 in relazione all’art. 9 l. 898/’70 (in tema di revisione delle disposizioni concernenti l’affidamento ed il mantenimento dei figli la Consulta ha interpretato in senso fortemente restrittivo la norma in discorso in quanto comprensiva dei soli dati forniti dalla pubblica amministrazione e dalla polizia giudiziaria, così che il termine i. starebbe ad indicare solo l’officiosità dell’iniziativa e non le caratteristiche informali delle prove da acquisire). Più di recente si vedano: 1) la sentenza n. 35 del 2002, in Foro It. 2002, I, 1290 secondo la quale “È manifestamente infondata, in riferimento agli art. 3, 10 e 111 cost., la q.l.c. dell’art. 14, comma 4, d.lg. 25 luglio 1998 n. 286, nella parte in cui, prevedendo che per la convalida del provvedimento di trattenimento presso un centro di permanenza temporanea e di assistenza dello straniero destinatario di un provvedimento di espulsione si applichi la disciplina degli art. 737 ss. c.p.c., precluderebbe al giudice ogni accertamento in ordine alla sussistenza delle condizioni addotte dall’autorità di polizia quale concreto impedimento alla esecuzione immediata dell’accompagnamento alla frontiera e in ordine alla fondatezza delle ragioni allegate dallo straniero circa la ricorrenza di un’ipotesi di divieto di espulsione, in quanto *il potere attribuito al giudice dall’art. 738 c.p.c. di assumere informazioni è assai più ampio di quello previsto dall’art. 213 c.p.c.*, perché non ha esclusivamente come destinatario una p.a., ma può essere *indirizzato nei confronti di qualsiasi soggetto pubblico e privato in grado di fornire elementi affidabili e postula che le risposte possano essere fornite con qualunque mezzo di comunicazione*, compresi quelli tecnologicamente più avanzati, dei quali l’autorità giudiziaria, in procedimenti caratterizzati da speditezza e tuttavia concernenti la libertà personale, deve essere dotata” (corsivi nostri); 2) la sentenza n. 1 del 2002 in Foro it. 2002, I, 3302, con nota di PROTO PISANI, in tema di filiazione e potestà dei genitori: “È inammissibile la q.l.c., in riferimento all’art. 111 cost., degli art. 737, 738 e 739 c.p.c. e dell’art. 336 c.c., che, prevedendo l’applicabilità del rito camerale ai procedimenti aventi ad oggetto l’affidamento dei minori nel caso di conflitto fra genitori non uniti in matrimonio e, più in generale, ai procedimenti limitativi od ablativi della

sarebbe legittimo per il giudice rifiutare l'ingresso nel procedimento ad un mezzo istruttorio *ordinario*, anche se questo tipo di istruttoria può poi combinarsi con il modello delle *informazioni*: in tal caso, però, il valore delle risultanze non potrebbe andare oltre quello dell'*argomento di prova*²⁴⁸.

Approfondendo i caratteri delle *informazioni* camerale, innanzitutto v'è da osservare che uno dei punti sui quali vi è concordia in dottrina sia nel ritenere che il potere del giudice abbia carattere *officioso*²⁴⁹ e *inquisitorio*²⁵⁰, in quanto egli avrebbe non solo il potere di disporre mezzi istruttori d'ufficio ma anche di ricercarli per suo conto.

Minore uniformità di vedute si riscontra intorno al tema dell'operatività della regola *onere della prova*, quanto meno nei casi in cui il procedimento è utilizzato per la tutela di diritti e *status*²⁵¹; inoltre,

potestà dei genitori, violerebbero il principio del giusto processo, per l'assenza in quel rito di una precisa e puntuale disciplina dei poteri del giudice e delle parti, con conseguente possibilità di applicazioni difformi per ogni ufficio giudiziario e impossibilità per il giudice del reclamo di sanzionare la violazione in primo grado di regole di garanzia per la difesa e di stabilire con certezza gli effetti della nullità di singoli atti. Infatti, il giudice rimettente - il quale afferma esplicitamente che la normativa impugnata non è suscettibile di essere interpretata in senso conforme a Costituzione - non motiva adeguatamente le ragioni di tale suo convincimento, tenuto conto del fatto che *eventuali prassi distorsive si risolverebbero in errori ai quali, in sede di reclamo, potrebbe rimediare il controllo dei provvedimenti emessi in prima istanza*, e che il giudice del reclamo, ove ravvisi violazioni, in prima istanza, delle regole del contraddittorio o del diritto di difesa non riconducibili ai casi di rimessione del procedimento al giudice di primo grado, deve adottare una nuova decisione rispettosa di quelle regole”.

²⁴⁸ COSÌ MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino 1994, 228- 229.

²⁴⁹ MICHELI, voce *Camera di Consiglio*, c. it., 990; PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 753; TARUFFO, *La prova*, cit., 464. *Contra* PAGANO, cit., 11, secondo la quale non sarebbe dimostrato il carattere *inquisitorio* del procedimento in questione.

²⁵⁰ Secondo G. F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., 288, le due espressioni del potere del giudice - *assunzione d'ufficio* del mezzo sulla base di fatti presenti nel processo e *potere di ricerca* al di fuori del processo - descrivono situazioni che spesso finiscono per coincidere, ma non sempre, come ad es. nell'art. 257 c.p.c. che consente al giudice di disporre d'ufficio il teste di risulta, in cui v'è *potere istruttorio officioso* ma non *inquisitorio*. Sulla differenza tra poteri istruttori officiosi e potere inquisitorio v. ampiamente E. FABIANI, *I poteri istruttori del giudice civile, I. Contributo al chiarimento di un dibattito*, cit, *passim*.

²⁵¹ COMOGLIO, *Garanzie costituzionali e prove atipiche nel procedimento camerale*, cit., in Riv. trim. dir. proc. civ. 1976, 739, la struttura del procedimento rifiuta l'applicazione meccanica della regola dell'onere probatorio, tenuto conto della ricerca “ufficiale” della

non sarebbe possibile derogare nemmeno alla regola dell'*onere delle allegazioni*, a meno di quei casi cui il procedimento può instaurarsi *ex officio*²⁵².

Profilo rilevante ai nostri fini è il rispetto del principio del contraddittorio nell'acquisizione delle prove: secondo una tesi, infatti, le *informazioni* camerali potrebbero essere raccolte anche senza il rispetto del principio del contraddittorio²⁵³; tuttavia, questa idea deve essere respinta, in quanto pur nell'ampiezza della formula utilizzata, che indubbiamente è idonea a stimolare la creatività dell'interprete, anche nell'istruttoria condotta secondo il modello in discorso vi sono regole e principi da rispettare, tra i quali certamente vi è innanzitutto il contraddittorio, la cui realizzazione può anche avvenire con modalità diverse da quelle ordinarie, ma non può essere del tutto elisa.

A questo punto possiamo tornare al discorso che ci interessa più da vicino, per capire se i risultati raggiunti in merito alle *informazioni* camerali possano essere utili ai fini dell'interpretazione dell'arcana formula utilizzata dall'art. 669 *sexies*, 2° co., c.p.c. La risposta, con le dovute precisazioni che seguiranno, non può che essere positiva.

verità che il giudice deve promuovere anche di sua iniziativa; nello stesso senso BONGIORNO, *I provvedimenti del Tribunale fallimentare*, Milano 1979, 93. Secondo CIVININI, *I procedimenti in camera di consiglio*, I, Torino 1994, 197 ss., se dal fatto che il procedimento abbia ad oggetto diritti soggettivi o *status* deve ricavarci l'onere delle allegazioni non è così per l'onere istruttorio; per la inderogabilità della regola dell'onere della prova LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, Milano 1997, 240.

²⁵² Secondo CIVININI, cit., 184 ss. nei procedimenti ad impulso di parte bi o pluri-laterali il provvedimento finale è vincolato nel suo contenuto alle domande ed alle eccezioni delle parti e l'iniziativa istruttoria officiosa deve rimanere entro le allegazioni delle parti o comunque fondarsi su fatti legittimamente acquisiti al giudizio; *contra* MONTESANO - ARIETA, *Diritto processuale civile*, Torino 1999, III, 322, secondo il quale l'interesse pubblicistico sempre presente nel rito camerale può rendere indispensabile la conoscenza di circostanze fondamentali che, pur non allegate, devono ricercarsi per fondare la valutazione del giudice

²⁵³ MICHELI, voce *Camera di Consiglio*, cit., 991; v. anche COMOGGIO, *Garanzie costituzionali e prove atipiche nel procedimento camerale*, cit., 1162, per il quale l'informalità dell'istruttoria camerale determina la "impossibilità" di assumere le informazioni in contraddittorio tra le parti; *contra* COLESANTI, *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, in Riv. dir. proc. 1975, 577 ss., che afferma che non si può prescindere dal contraddittorio sulla base del fatto che siamo in presenza di un procedimento officioso

Infatti, si è dell'idea che sebbene non vi sia vera *contiguità*, vi sia in ogni caso apprezzabile *vicinanza*, non soltanto terminologica, tra le *sommario informazioni* del procedimento cautelare *i. a. p.* e le *informazioni* del rito camerale, più di quanto non ve ne sia tra le prime e gli *atti di istruzione indispensabili* di cui al primo comma dell'art. 669 *sexies*: questa conclusione ci pare sostenibile se si osserva che se è vero che l'assenza di contraddittorio di cui al secondo comma della norma che disciplina il procedimento cautelare non è una *condizione* per ammettere l'esistenza di poteri officiosi, essa però è certamente un *indice* di tale presenza²⁵⁴ e si tratta di un *indice* particolarmente rilevante, tanto da avvicinare sotto tale aspetto il procedimento in discorso al modello delle *informazioni* camerale, caratterizzato come abbiamo visto da estesi poteri istruttori officiosi, ed allontanarlo proporzionalmente da quello di cui al primo comma, che invece pare soffrire solo quegli stessi *poteri officiosi* che sono ammissibili nel rito ordinario.

Per questa via, potrebbe allora vedersi nei *poteri officiosi* in materia d'istruzione probatoria proprio quel tratto differenziale tra il procedimento a contraddittorio instaurato e procedimento *i. a. p.*, che invece fino ad ora era stato individuato quasi esclusivamente nella maggiore *informalità* che avrebbe caratterizzato il secondo, facendo però così riferimento ad un dato dai caratteri poco sicuri, poiché come detto nell'utilizzo delle diverse espressioni che il Legislatore ha posto per descrivere i modelli di istruttoria *deformalizzati* è difficile, se non impossibile, scorgere differenze *quantitative*, o quanto meno le differenze *quantitative*, ammesso che vi siano, non sono idonee a costituire una solida base sulla quale fondare delle differenziazioni utili da offrire all'interprete ed all'operatore pratico.

Neppure la idoneità delle sole *informazioni* camerale a dilatarsi al punto da essere *autosufficienti* quanto all'attività istruttoria necessaria in

²⁵⁴ PAGANO, *Contributi*, cit., 15.

un procedimento finalizzato all'emissione di un provvedimento decisorio su diritti pare argomento utile a negare l'assonanza in punto di *poteri istruttori officiosi* riscontrabile tra il detto modello e le *s. i.* del procedimento cautelare a contraddittorio posticipato: infatti, tale idoneità riguarda l'*oggetto* del procedimento e gli *effetti* del provvedimento conclusivo, ma non ha conseguenze dirette sui poteri del giudice nella ricostruzione dell'ipotesi sul fatto, in quanto se è vero che i poteri officiosi possono (più agevolmente) convivere con un provvedimento conclusivo che non abbia i caratteri della decisorietà in quanto destinato ad essere assorbito da un'altra statuizione, non è detto che debbano necessariamente ritrovarsi in procedimenti destinati a dettare una disciplina del rapporto oggetto di successiva revisione²⁵⁵.

Se si conviene con quanto detto sopra, allora si può prendere spunto da quanto la dottrina tradizionale sostiene a proposito della *residualità* dell'attività istruttoria compiuta a mezzo del modulo delle *informazioni* camerali²⁵⁶ per ammettere che differentemente dall'ipotesi di procedimento cautelare a contraddittorio instaurato in quello *i. a. p.* è ammissibile anche un giudizio di mera *verosimiglianza*. Depongono in questo senso sia i risultati ottenuti in tema di *informazioni* camerali, dalle quali quelle *sommari* del procedimento cautelare ex art. 669 *sexies*, 2° co., c.p.c., non sembrano discostarsi considerevolmente, sia il dato letterale, che in questo caso, diversamente da quanto prescritto dal primo comma, stabilisce che l'attività istruttoria avvenga solo "ove occorra"²⁵⁷.

²⁵⁵ Secondo TARUFFO, *La prova*, cit., 463 ss., le *s. i.* si collocano in genere nell'ambito dei procedimenti *sommari*, ma non vi è alcuna necessaria corrispondenza al riguardo, né esse implicano alcunché in merito alla natura del procedimento in cui sono inserite: vi sono infatti procedimenti *sommari* in cui l'accertamento dei fatti si fonda su *prove* invece che su *s. i.*, come nel procedimento d'ingiunzione, e quindi la *sommarietà* di questi procedimenti è data dalla presenza di altri fattori, come l'assenza di contraddittorio. Pertanto, la presenza di un'istruttoria fondata sulle *informazioni* non è connessa con la funzione del procedimento né con la natura del provvedimento cui mettono capo.

²⁵⁶ ANDRIOLI, *Commento*, cit., IV, 439.

²⁵⁷ Nel senso della non obbligatorietà delle *sommari informazioni* anche TARUFFO, *La prova*, cit., 464; v. diffusamente sul punto CAPPONI, *Le informazioni del giudice civile (appunti per una ricerca)*, Riv. trim. dir. proc. civ. 1990, 916 ss., il quale parte dalla

Questi caratteri che sono emersi dall'analisi del modulo istruttorio delle *sommario informazioni* lo rendono poco compatibile con il procedimento cautelare a contraddittorio instaurato ex art. 669 *sexies*, 1° co., c.p.c.: non solo la lettera della norma fornisce una indicazione diversa laddove richiede che in questo ultimo caso siano assunti veri e propri *atti di istruzione*, dunque vere e proprie *prove*, senza che ciò significhi l'applicazione dell'intero repertorio di formalismi ordinari, potendo il giudice procedervi "nel modo che ritiene più opportuno"²⁵⁸, ma la presenza di *poteri officiosi estesi* a tutti i mezzi di prova, e non solo nelle ipotesi espressamente previste dalla legge per il procedimento a cognizione piena, nonché la possibilità di emettere il provvedimento sulla base di un giudizio che prescinde da conferme probatorie delle ipotesi sul fatto sono dati che non convivono agevolmente con la valorizzazione del principio del contraddittorio che si è affermato essere uscito rafforzato in tutte le sue estrinsecazioni dalla istituzione del procedimento cautelare uniforme²⁵⁹ e con quello dell'onere della prova che, nonostante i dubbi

considerazione per la quale le *informazioni* non sono il risultato di una valutazione inferiore, frutto di un processo argomentativo tutto interno al giudice, fondato solo su presunzioni e argomenti di prova, ma un preciso modello istruttorio al quale il giudice deve far ricorso per la verifica dei presupposti del provvedimento. Ciò importa secondo l'Autore che *laddove la norma non dia al giudice la facoltà di scelta se servirsi o meno dello strumento* [come avviene nel caso del 669 *sexies*, 2° co., c.p.c.], la parte ha "diritto" a che il provvedimento sia reso solo previa assunzione delle *informazioni* e non sulla sola base dei fatti allegati ovvero sulla base della "verosimiglianza" degli stessi; più avanti, precisando il contenuto *positivo* del modello istruttorio in parola si afferma che esse: a) non sono assimilabili all'audizione delle parti; b) sono un modello che in genere prescinde dalla previa instaurazione del contraddittorio tra le parti; c) la *verosimiglianza*, quale possibile categoria utile per la sistemazione dei risultati cui dà luogo l'esperimento delle informazioni non va confusa con i particolari casi in cui il giudice è autorizzato a decidere senza istruzione, sulla base della semplice allegazione dei fatti giudicati "verosimili". Più recente il contributo di TISCINI, *L'accertamento del fatto nei procedimenti con struttura sommaria*, testo della Relazione tenuta in occasione dell'incontro di studio sul tema "La tutela sommaria" organizzato dal CSM il 12.4.2010 a Roma, ora in www.judicium.it.

²⁵⁸ In questo senso anche TARUFFO, *La prova*, cit., 465, nota 178 laddove l'Autore sostiene la inapplicabilità del modello delle *sommario informazioni* al procedimento a contraddittorio instaurato, in quanto una cosa sono i mezzi di prova *deformalizzati* altra cosa sono invece le *informazioni*. Nello stesso senso anche LOMBARDO, *Natura e caratteri*, cit., 512.

²⁵⁹ Non è però affatto solitaria l'opinione di chi (DELLA PIETRA, *Il procedimento possessorio*, cit., 242 ss.) legge nella lettera della norma un segno della presenza di

manifestati sull'applicabilità in tale contesto, sembra doversi affermare anche in questa sede, a meno di non voler lasciare le parti “nella totale ignoranza della regola di giudizio di cui si farà applicazione”²⁶⁰, e rendere loro invece, da un lato, consapevoli che le rispettive allegazioni dovranno trovare conferma grazie all'utilizzo di tutti gli strumenti di conoscenza e, dall'altro, garantendo un sicuro punto di riferimento circa la valutazione dei risultati acquisiti a mezzo dell'istruttoria *deformalizzata*.

Con questo ovviamente non si va sostenendo che vi sia una *incompatibilità strutturale* tra questi principi e la presenza di poteri officiosi²⁶¹, in quanto tale tesi sarebbe smentita dalle varie ipotesi nelle quali il Legislatore ha attribuito al giudice siffatti poteri pur in presenza di procedimenti governati dal contraddittorio e dal principio dell'onere della prova (primo fra tutti il processo del lavoro), ma più semplicemente che in un sistema in cui la *regola tecnica* che governa l'impulso all'attività istruttoria è quella di cui all'art. 115 c.p.c., le eccezioni a tale regola devono essere quelle espressamente previste dalla legge e se queste eccezioni possono ravvisarsi come connaturate ad un modello

poteri officiosi estesi anche nel procedimento a contraddittorio istaurato: infatti, prescrivendo l'art. 669 *sexies* che il giudice agli atti di istruzione “*procede / nel modo che ritiene più opportuno*” si è visto nell'utilizzo del verbo “procedere” all'indicativo presente un indice del fatto che il processo cautelare si ispira ad un principio *lato sensu* “inquisitorio”, inteso come potere del giudice di disporre prove al di là di quelle proposte dalle parti per indagare fatti già emersi dagli atti del processo o notori, considerato il rilievo *pubblicistico* della tutela cautelare e la pericolosa invasività degli effetti della misura. Tale potere, infatti, non sarebbe estraneo al processo ordinario, ma in sede cautelare acquisterebbe una latitudine più estesa, privo com'è dei limiti e dei presupposti che lo condizionano in altre sedi, primo fra tutti quello delle preclusioni già maturate per le parti. Si precisa però che il potere officioso del giudice *si aggiunge e non si sostituisce* a quello delle parti, potendo contribuire ad arricchire l'indagine, o disponendo mezzi che sono istituzionalmente attribuiti all'ufficio (come la c.t.u., l'ispezione o l'interrogatorio libero) o che, ordinariamente riservati alle parti, per qualsiasi ragione queste abbiano omissis di sollecitare (cd. “doppio binario” dell'istruzione cautelare). Nello stesso senso TARUFFO, *Modelli di prova e di procedimento probatorio*, in Riv. dir. proc. 1990, 435; COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 53.

²⁶⁰ CECHELLA, *Cognizione ordinaria e cognizione sommaria*, cit., 227. Per l'applicazione della regola dell'onere della prova nel processo cautelare anche VERDE, Verde - Di Nanni, *Codice di procedure civile*, Torino 1993, sub art. 669 *bis/quaterdecies*, 463; MONTESANO - ARIETA, *Diritto processuale civile*, III, cit., 198

²⁶¹ FABBRINI, voce *Potere del giudice (dir. proc. civ.)*, in Enc. dir., XXXIV, Milano 1985, 721 ss.

istruttorio come quello delle *informazioni* (siano esse *sommarie* oppure no), non così può dirsi per il modello delineato dal primo comma dell'art. 669 *sexies* c.p.c.

Ciò, peraltro, nemmeno vuol dire mettere in discussione il *disegno unitario* che ha ispirato il Legislatore del 1990 nel disciplinare il procedimento cautelare uniforme, attraverso il quale si è voluto evitare una *frantumazione* dei modi di attuazione delle varie misure, poiché questa unitarietà, infatti, non va confusa con la possibilità di compiere scelte diversificate all'interno dei diversi procedimenti, che ispirano anche un diverso *modus* dell'istruttoria²⁶².

Il rispetto del contraddittorio e la modulazione sull'istruttoria ordinaria sembrano dunque aspetti dominanti dell'indagine cautelare disegnata dal primo comma dell'art. 669 *sexies* c.p.c., che appare informata a quella del rito ordinario, con le deroghe dovute all'esigenza di speditezza del procedimento; la previsione del secondo comma appare invece del tutto eccezionale e per tale motivo può consentire deroghe più incisive alle regole dell'istruttoria ordinaria.

§ 2. “Processo inquisitorio” e “poteri istruttori d'ufficio”.

Quanto ai *poteri officiosi* esercitabili dal giudice nell'ambito delle istruttorie *deformalizzate* pare doverosa a questo punto qualche precisazione.

Il riscontro di un sempre più esteso “ruolo attivo” del giudice, nel rito ordinario, nei procedimenti *speciali* a cognizione piena e soprattutto all'interno dei procedimenti *speciali sommari*²⁶³, che sovente si sostanzia

²⁶² Così G. F. RICCI, cit., 479, nota 24.

²⁶³ Poteri istruttori d'ufficio sono riscontrabili in varie disposizioni regolatrici dell'istruttoria *tipica* del processo ordinario e segnatamente: nell'interrogatorio libero delle parti (art. 117 c.p.c.); nell'ispezione di persone e cose (art. 118 c.p.c.); nell'ordine di esibizione di libri e scritture contabili; nella nomina di un consulente tecnico (artt. 61 e 191 ss. c.p.c.); nella richiesta di informazioni alla p. a. (art. 213 c.p.c.); nel giuramento suppletorio e di estimazione (artt. 240 e 241 c.p.c.); circa la prova testimoniale, nel potere di rivolgere domande per chiarire i fatti (art. 253, 1° co., c.p.c.), nel disporre l'audizione dei testi cd. *di riferimento* (art. 257 c.p.c.) o di quelli ritenuti prima superflui o ai quali vi sia stata rinuncia o che siano già stati sentiti (art. 257, 2° co., c.p.c.), disporre d'ufficio la prova testimoniale quando le parti si siano riferite a persone che

in qualcosa di più della mera estrinsecazione del principio di leale collaborazione tra i protagonisti del processo, ha finito col generare una confusione nell'utilizzo delle espressioni che descrivono il detto fenomeno e più in generale il rapporto che si instaura tra il giudice, la conoscenza dei fatti rilevanti e la prova degli stessi nel processo; non è infrequente leggere, infatti, che il procedimento cautelare, così come quello in camera di consiglio, sarebbero di ispirazione *inquisitoria*, in genere per ragioni legate al rilievo *pubblicistico* che avrebbe sia la tutela cautelare²⁶⁴, sia quella sottesa al procedimento camerale.

appaiano in grado di conoscere la verità (art. 281 *ter*, c.p.c.); nell'esperimento giudiziale (art. 261 c.p.c.); nell'assunzione di *sommari informazioni* ai fini della decisione sulla competenza (art. 38, 5° co., c.p.c.). Ancor più ricco è il quadro che emerge guardando ai procedimenti *speciali* a cognizione *piena*, a cognizione *sommaria* e *camerali*: 1) nel rito del lavoro, ex art. 421 c.p.c. il giudice può disporre in qualsiasi momento l'ammissione di ogni mezzo, la richiesta di *informazioni* ai sindacati, etc.; 2) *idem* nel processo agrario; 3) nel rito locatizio il giudice può disporre l'ispezione della cosa e l'ammissione di ogni mezzo, ad eccezione del giuramento decisorio, nonché la richiesta di *informazioni* ai sindacati; 4) nel procedimento di interdizione, inabilitazione e nomina di amministratore di sostegno (art. 714 c.p.c.) il giudice può disporre l'assunzione di ulteriori *informazioni* esercitando tutti i poteri previsti dall'art. 419 c.c.; 5) nei procedimenti in camera di consiglio può assumere *informazioni* (ex art. 738, 3° co., c.p.c.); 6) nei procedimenti per la dichiarazione di assenza o morte presunta (art. 724 c.p.c.); 7) nel processo di separazione o divorzio (art. 155, 6° co., c.c.); 8) nel processo *minorile*; 9) nel processo fallimentare (art. 15 l. fall. così come modificato dall'art. 2, comma 4, d. lgs. 169 del 2007); 10) nei procedimenti per la repressione della condotta antisindacale (art. 28 St. Lav.); 11) nel procedimento per la repressione delle discriminazioni per motivi razziali ex art. 44 d. lgs. 286/1998; 12) nel procedimento di opposizione a sanzioni amministrative ex art. 23 l. 689/81, in cui il giudice dispone *anche d'ufficio* i mezzi di prova che ritiene necessari e può disporre la citazione dei testimoni anche senza la formulazione dei capitoli. Vanno inoltre citati tutti quei procedimenti che richiamano il rito camerale: ad es. il procedimento disciplinare notarile (art. 158 *bis* legge n. 89/1913), ovvero quello per l'equa ripartizione per il ritardo nelle decisioni giudiziarie (art. 3, l. n. 89/2001).

²⁶⁴ Tradizionalmente il momento cd. *pubblicistico* è stato considerato uno degli aspetti fondamentali della tutela cautelare, pensata come una forma di potestà del giudice civile tesa a garantire il buon funzionamento dell'apparato giudiziario (TOMMASEO, *I procedimenti d'urgenza*, cit., 84; LANCELLOTTI, *Osservazioni critiche intorno all'autonomia processuale della tutela cautelare*, Riv. dir. proc. 1939, I, 268 ss.), ed immaginando per tale via una collocazione della cautela all'interno dei procedimenti di volontaria giurisdizione; ben presto, tuttavia, si è messa in luce la contraddizione di tale impostazione con la asserita *strumentalità* rispetto al diritto sostanziale sottostante, in quanto o la cautela è esercizio di poteri che sono parte dell'attività giurisdizionale o è frutto di potestà distinta da questa; peraltro, la concezione *pubblicistica* della cautela si pone in netto contrasto con principi incompatibili con essa e che hanno pieno vigore nel processo cautelare, come quello della domanda e della corrispondenza tra chiesto e pronunciato (v. sul punto RECCHIONI, *I procedimenti sommari e speciali*, cit., 12 ss.).

E' allora opportuno ricordare che uno dei profili intorno ai quali è stata fatta chiarezza da parte della dottrina in particolare nel corso degli anni '90 è stato quello attinente alla distinzione, nell'ambito del principio dispositivo, tra *costituzione del processo* (ovvero impulso al procedimento), delimitazione e disponibilità *dell'oggetto* del processo ed *iniziative probatorie / istruttorie in senso stretto*²⁶⁵.

²⁶⁵ Invero, già con MONTESANO, *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile*, in Riv. trim. dir. e proc. civ. 1978, 189 ss., si distingueva tra "fonte materiale di prova" e "mezzo istruttorio di quella fonte". In quella occasione l'Autore ricordava che la dottrina aveva acquisito che l'impulso di parte alla tutela giurisdizionale (art. 2907 c.c.) ed il vincolo che deriva al giudice dalla domanda (art. 112 c.p.c.) non comportano l'esclusione del potere del giudice di disporre prove d'ufficio, essendo questo un problema di mera *tecnica processuale*. Dunque, il problema si spostava nell'individuazione delle tecniche interpretative che impedissero che nell'assunzione e nella valutazione di prove *officiose* il giudice si trovasse a dover decidere sull'adeguatezza ed efficienza dei risultati di prove da lui stesso ricercate ed acquisite, circostanza che avrebbe minato alla base il principio della terzietà. Ciò quindi già consentiva di distinguere tra *fonte materiale* di prova, che viene cercata al di fuori del processo ed in questo vi entra per iniziativa di chi l'ha cercata, ed il *mezzo istruttorio* per portare nel processo quella fonte, cioè il procedimento tipizzato dalla legge che viene svolto per assumere la fonte: così, la relazione tra la regola dell'art. 115 c.p.c. e le sue eccezioni non era tra disponibilità *privata* e quella *giudiziaria* della prova, ma tra l'addossare oppure no alla parte l'onere dell'istanza formale di esperimento del mezzo. La conferma di ciò sarebbe stato non l'art. 115 c.p.c., bensì l'art. 2697 c.c., nel quale avrebbero dovuto rinvenirsi due disposizioni, una che deve riferirsi alla regola di giudizio sul fatto incerto, un'altra che riguarda la ricerca e la preparazione *fuori* dal processo delle fonti e la loro immissione nel processo: da ciò avrebbe potuto dedursi la impossibilità del giudice di assumere iniziative volte alla *ricerca delle fonti*, considerato che tale norma non ammette le eccezioni che invece sono ammesse dal 115 c.p.c. Ciò però varrebbe solo per i mezzi istruttori tipizzati nelle disposizioni del c.p.c., per i quali vi sarebbe l'esclusione dei poteri *inquisitori*, cioè di autonoma ricerca delle fonti di prova, mentre non sarebbe possibile disconoscere che in altri settori del processo civile vi siano poteri in tutto "inquisitori", come nel caso delle *sommario informazioni* in materia cautelare, nell'ipotesi dell'art. 28 St. Lav., in quelle delle *informazioni* camerale e del procedimento per interdizione e inabilitazione, nonché nell'istruttoria prefallimentare: in questi casi l'esigenza di imparzialità *psicologica* viene sacrificata per esigenze di urgenza o per la particolare materia che ne oggetto. Secondo FABBRINI (Voce *Potere del giudice (dir. proc. civ.)*, cit., 721 ss.), invece, non esiste incompatibilità tra *poteri officiosi istruttori* e struttura del nostro processo civile, né le posizioni soggettive delle parti escono lese dall'esercizio di tali poteri, il rischio essendo invece la presenza di *poteri officiosi* troppo estesi e poteri delle parti troppo costretti da un sistema di rigide preclusioni. Perciò, l'iniziativa probatoria del giudice non può essere superamento del divieto di scienza privata, bensì un potere *residuale* da esercitare per evitare per quanto possibile l'applicazione dell'art. 2697 c.c. Il sistema di controllo, poi, sarebbe dato dal fatto che egli potrebbe ripetere l'esercizio del potere con piena prospettiva di recupero dell'errore commesso nella fase precedente, sistema praticabile sia nel rapporto tra giudice e collegio sia in quello tra primo e secondo grado.

Infatti, si è osservato che in un primo momento si riteneva che l'operatività del *principio dispositivo*, originariamente riferito al campo del diritto sostanziale come espressione riassuntiva della disponibilità in capo alle parti della loro situazione giuridica soggettiva, si estendesse fino a comprendere la facoltà di *delimitazione dell'oggetto del processo* non solo attraverso *l'allegazione dei fatti* ma anche a mezzo della *scelta dei mezzi* di prova, in modo da costituire il fondamento della rimessione alle parti di tre momenti: *impulso* al processo, delimitazione del *thema decidendum*, *dimostrazione* dell'esistenza dei fatti storici; in seguito, si è iniziato a distinguere i profili attinenti alla tutela giudiziaria nel suo momento iniziale da quanto riguarda invece il modo di esplicazione della tutela stessa, specialmente in riferimento alla *istruzione probatoria* in senso stretto, le cui modalità di svolgimento non sono state più ancorate alla facoltà di disposizione della sottostante situazione sostanziale controversa, distinguendosi così tra *tutela giurisdizionale* e *tecnica del processo*, nonché tra *alligata* e *probata*, e quindi interpretando l'art. 115 c.p.c. nel senso che esso non si riferisse alle *allegazioni* bensì solo alla *prova del fatto allegato*²⁶⁶.

Tuttavia, sta di fatto che alle problematiche legate al principio cd. *inquisitorio* la dottrina non ha dedicato l'interesse che invece l'ha spinta alle sottili distinzioni in tema di principio *dispositivo*, finendo quasi sempre per essere la portata del primo delimitata per lo più in senso *negativo*, ovvero per esclusione rispetto a quello che si è ritenuto essere l'ambito di applicazione del contrapposto principio; anche per tale ragione si è assistito ad un utilizzo non sempre corretto del termine per riferirsi in realtà ai *poteri istruttori officiosi*, tanto che riguardassero il *fatto* e la *fonte* di prova, tanto che riguardassero esclusivamente *la*

²⁶⁶ BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile, Profili sistematici*, Torino 2001, 12 ss.

deduzione del mezzo di prova²⁶⁷: in tal modo, il termine “inquisitorio” è stato utilizzato per designare indifferentemente o un generico potere del giudice di *incidere* sul processo, o un potere riguardante sia la (ricerca e la) allegazione della fonte sia la deduzione del solo mezzo, ovvero un potere che si riferisse anche solo a quest’ultimo segmento di attività.

Più raramente si è assistito alla utilizzazione di una terminologia differente per indicare le ipotesi in cui ci si riferisce solo *al mezzo* ovvero anche *alla fonte*²⁶⁸.

La dottrina tradizionale ha fatto sovente ricorso al binomio principio *dispositivo* / principio *inquisitorio* per descrivere i modelli di istruttoria nel processo civile, evidenziando all’uopo come in realtà nessuno dei due modelli trovi mai attuazione allo stato “puro”, in quanto i modelli processuali delle esperienze contemporanee sono in realtà tutti “misti”²⁶⁹, il favore o lo sfavore nei confronti dell’uno o dell’altro essendo generalmente dettato da ragioni riferibili allo *scopo* del processo; così, discorrendo in generale di *poteri istruttori d’ufficio*, l’argomento più frequente cui si è ricorso al fine di individuarne la *ratio* o l’opportunità

²⁶⁷ CIVININI, in *I procedimenti in camera di consiglio*, I, cit., 183 ss., notava già che l’espressione “principio inquisitorio” stava ad indicare sia l’attribuzione al giudice di *poteri istruttori officiosi* in deroga all’art. 115 c.p.c., sia l’attribuzione del potere di ricercare le fonti materiali di prova, con superamento del divieto di utilizzo del sapere privato del giudice, introducendo nel processo fatti che non emergono dagli atti acquisiti e che non sono “notori”.

²⁶⁸ PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 411, che appunto distingue tra: a) principio *della disponibilità delle prove*, secondo cui le prove sono acquisite solo iniziativa delle parti; b) principio *inquisitorio*, secondo cui le prove sono acquisite anche su iniziativa del giudice, che ha altresì poteri di ricerca autonoma delle *fonti materiali* di prova; c) principio *dei poteri istruttori d’ufficio*, secondo cui le prove sono acquisite anche su iniziativa del giudice ma nel rispetto del divieto di utilizzazione del sapere privato, ciò specie ove al termine dell’istruzione residuino lacune istruttorie tali che il giudice dovrebbe decidere dell’esistenza o inesistenza del fatto sulla base della regola formale dell’onere della prova: in tal caso il potere d’iniziativa potrebbe riguardare solo fatti *secondari notori* oppure fatti emersi *dagli atti del giudizio*. Nello stesso senso anche CIVININI, *I procedimenti in camera di consiglio*, cit., 183 ss., in cui dopo aver discusso dei due possibili significati dell’espressione, sostiene che solo quando ci si riferisce all’effettivo superamento dell’onere delle parti di allegazione dei fatti in giudizio può essere appropriato discorrere di processo *inquisitorio*, mentre negli altri casi è più opportuno parlare di *poteri istruttori officiosi*.

²⁶⁹ COMOGLIO, voce *Istruzione e trattazione nel processo civile*, in Dig. disc. priv., sez. civ., X, Torino 2004., 233.

della scelta del Legislatore in tal senso è stato individuato nella necessità che l'istruttoria processuale sia preordinata alla ricerca della *verità materiale*, e che dunque tale scelta potesse essere opportuna ovvero giustificata in quei procedimenti giurisdizionali che mirano, più di altri, a tale risultato.

Vari però sono stati anche i tentativi di superare la contrapposizione predetta, foriera di equivoci non solo teorici, ma con notevoli ricadute pratiche²⁷⁰.

Partendo allora dal distinguo tra *tutela giurisdizionale e tecnica del processo* (concezione cd. *sceveratrice*), si è ritenuto che da esso discendesse anche una differente natura della scelta di attribuire al giudice poteri di iniziativa solo in ordine ai *probata*, in quanto solo i poteri riferibili ad essi e non anche agli *alligata* atterrebbero al *diritto di disposizione* della parte, avendo la scelta del Legislatore natura meramente *tecnica*: mentre quindi il limite degli *alligata* discenderebbe dal principio della domanda, e quindi dalla disponibilità dei diritti sul piano sostanziale, quello relativo ai *probata* atterrebbe al modo *tecnico* col quale il giudice svolge l'attività decisoria²⁷¹.

²⁷⁰ Uno dei primi Autori che ha provato a superare la detta contrapposizione è stato CAVALLONE (*I poteri di iniziativa istruttoria del giudice civile – Premessa storico-critica*, Padova 1991, 73 ss.) che ha sottolineato che sarebbe più giusto parlare di giudice “formalista”, votato a considerare solo le nozioni di fatto esplicitamente emergenti dagli atti, ed un giudice “antiformalista” autorizzato ad elaborare il materiale introdotto nel processo dalle parti, al fine di convertirlo dallo stato di virtuale elemento di cognizione a quello di attuale “risultanza probatoria”. Più di recente è di rilievo l'opera di FERRARI (*La “prova migliore”. Una ricerca di diritto comparato*, Milano 2004, 287), la quale ha rilevato che pur non essendo sussistente *de iure condito* nel nostro sistema il cd. *best evidence principle*, tracce di esso sarebbero ravvisabili nel potere per il giudice di acquisire al processo la cd. “prova migliore” anche quando questa non sia stata dedotta dalle parti ma se ne rinvenga traccia nel materiale raccolto, soprattutto allorché le prove fino a quel punto raccolte siano incomplete o parziali, ma allo stesso tempo “allusive”, cioè evocative di *qualcos'altro* da acquisire al fine di essere compiutamente comprese.

²⁷¹ MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 106. Molto efficace sul punto la ricostruzione di VERDE, *Dispositivo (principio)*, in Enc. giur. Treccani, XI, Roma 1989, 4 ss., nella parte in cui rileva che il limite ai *probata* è espressione della scelta del Legislatore in merito agli strumenti ritenuti più idonei perché il giudice possa raggiungere una ricostruzione del fatto sul cui grado di approssimazione alla verità i consociati possano fare ragionevole affidamento; il limite degli *alligata* attiene invece al

La riconosciuta natura meramente *tecnica* della scelta di affidare al giudice *poteri istruttori d'ufficio* consente di emanciparsi dalla questione relativa al fondamento ideologico- politico di tale scelta²⁷².

In questo contesto, nemmeno pare sufficiente la constatazione, frequente nella moderna scienza processualistica, di trovarci di fronte a tutti modelli *misti*, che ripartiscono in misura variabile fra parti e giudice i poteri d'iniziativa istruttoria, poiché così in realtà non si effettua una classificazione dei modelli di istruttoria alla quale può uniformarsi il processo civile e si finisce per accontentarsi di qualificare un certo sistema come *prevalentemente* dispositivo o *prevalentemente* inquisitorio, finendo per poggiare la valutazione su un dato solo *quantitativo* e non *qualitativo*²⁷³.

potere di perpetuare nel processo il monopolio che l'ordinamento ha riconosciuto alla parte sul piano sostanziale.

²⁷² CAVALLONE, *Le iniziative probatorie del giudice: limiti e fondamento. Ispezione giudiziale e consulenza tecnica*, in *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova 1991, 180- 181. TARUFFO, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2006, 452 ss., sposa una concezione del processo in cui è connaturata l'attribuzione al giudice di *poteri d'ufficio*, senza che ciò infici la sua terzietà e imparzialità. L'Autore però non relega la natura delle scelte operate dal legislatore in questo campo alla mera *tecnica del processo*, ma sottolinea il fondamento ideologico delle stesse, fondamento che però non riguarda la concezione *politica* di un determinato Stato, ma le ideologie *della funzione del processo e della decisione*; se ci si muove nell'ottica della *qualità* della decisione giudiziaria, che ravvisa proprio nella *ricerca della verità* la condizione in base alla quale si può dire che il processo conduca a decisioni razionalmente e giuridicamente corrette ("l'ideologia secondo la quale il processo deve tendere a concludersi con decisioni giuste appare coerente con un'interpretazione non formalistica e non meramente ripetitiva della clausola costituzionale del *giusto processo*", TARUFFO, cit., 476), si guarda allora con favore all'attribuzione di *poteri istruttori d'ufficio*. Infine, si osserva anche che se fosse vero che i poteri officiosi minassero la terzietà e l'imparzialità del giudice, allora dovrebbero escludersi sempre, anche nei casi in cui è la stessa legge che li prevede. Dunque, il problema si sposta dall'ammissione di poteri istruttori d'ufficio alla ricerca degli strumenti per limitarli e soprattutto controllarli.

²⁷³ E. FABIANI, *I poteri istruttori del giudice civile*, cit., 532 ss. L'Autore osserva pure che anche il principio di *leale collaborazione* tra il giudice e le parti, cui deve in ogni caso riconoscersi il merito di aver gettato le basi per il possibile superamento della contrapposizione in discorso, non consente di approdare ad una classificazione dei possibili modelli di istruttoria del processo civile, ma solo all'individuazione di un modello di processo che si caratterizza appunto per l'obbligo di collaborazione tra i protagonisti del processo.

Ed allora, sebbene sia stata proposta da autorevole dottrina la eliminazione del termine *inquisitorio* dal processo civile²⁷⁴, sembra più opportuno continuare ad utilizzarlo, ma per designare quel processo la cui *instaurazione* può essere effettuata dal giudice in via officiosa e nel quale il giudice sia dotato di poteri di iniziativa estesi alla *ricerca dei fatti* (potere cd. *di investigazione*) e *delle fonti di prova*; quando invece si vuole indicare un tipo di processo nel quale il potere officioso riguardi solo l'attribuzione dell'iniziativa in ordine alla *deduzione del mezzo di prova* su *fatti e/o fonti* di prova comunque acquisiti al processo su iniziativa delle parti, allora si suggerisce l'utilizzo delle locuzioni *metodo istruttorio acquisitivo* ovvero *dei poteri istruttori d'ufficio*²⁷⁵.

Se si accetta questa ricostruzione i poteri di iniziativa officiosa incontrano il limite invalicabile nella impossibilità per il giudice di andare alla ricerca di *fatti e fonti* di prova che non appartengano al materiale di causa²⁷⁶, cioè che siano stati comunque legittimamente

²⁷⁴ TARUFFO, in *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, cit., 452.

²⁷⁵ Così E. FABIANI, cit., 538. Nell'ambito dei cd. *poteri istruttori d'ufficio*, l'Autore propone poi ulteriori classificazioni: 1) poteri di mera *segnalazione* alle parti di insufficienze probatorie (ad es. secondo lo schema dell'abrogato art. 316 c.p.c. che consentiva al conciliatore di indicare alle parti le lacune che ravvisava nell'istruzione); 2) poteri di *suggerimento* alle parti di iniziative istruttorie, che possono venire in rilievo o autonomamente o in rapporto di stretta consequenzialità rispetto ai precedenti poteri (es. art. 429 della LEC spagnola n. 1/2000); 3) poteri di vera e propria *iniziativa probatoria*, che a loro volta possono essere: a) limitati solo a taluni mezzi o estesi a tutti (come accade, per questa seconda ipotesi, nel nostro processo del lavoro); b) esercitabili in riferimento a tutti i fatti e/o le fonti di prova appartenenti al materiale di causa (ad es. ancora nel nostro rito del lavoro) o solo con riferimento a taluni fatti e/o fonti predeterminati dal legislatore (es. si veda l'art. 257 c.p.c.); c) autonomi (es. c.t.u. o ispezione) oppure dipendenti o connessi a quelli richiesti dalle parti (es. art. 281 *ter* in merito alla possibilità di disporre d'ufficio la prova testi); 4) poteri sempre *dipendenti* o *connessi* a quelli richiesti dalle parti, ma aventi ad oggetto le sole *modalità di svolgimento* dell'assunzione del mezzo di prova chiesto dalle parti, se del caso procedendo anche ad un ampliamento o restringimento dello stesso (es. potere di rivolgere domande al teste al fine di chiarire i fatti al di là della capitolazione ammessa ex art. 253, 1° co., c.p.c.; di disporre l'audizione dei testi prima ritenuti superflui o già interrogati ex art. 257, 2° co., c.p.c.; di riduzione delle liste, ex art. 245 c.p.c.; di disporre il confronto dei testi ex art. 254 c.p.c.); 5) poteri esercitabili dal giudice in relazione all'istruttoria nel suo complesso (ad es. potere di dichiarare chiusa l'istruzione ex art. 209 c.p.c.).

²⁷⁶ Pertanto, in questa ricostruzione un ruolo centrale ai fini del distinguo tra processo *inquisitorio* e *poteri istruttori d'ufficio* è svolto proprio dal *divieto di scienza privata del*

acquisiti al processo, o attraverso la “via maestra” dell’allegazione o attraverso gli scritti difensivi, le dichiarazioni rese dalla parte in sede di interrogatorio libero, etc. Così, si coglie anche la importanza della netta distinzione tra processo civile *inquisitorio* e processo civile che adotti un *metodo istruttorio acquisitivo*, almeno sotto due aspetti: innanzitutto, perché consente di superare la tendenza a fare genericamente riferimento ad un “ruolo attivo” del giudice, senza coglierne le rilevanti sfumature; in secondo luogo, stante la tendenza degli ordinamenti processuali moderni ad attribuire al giudice un “ruolo attivo” nell’ambito del processo, e quindi poteri officiosi in punto di prova dei fatti sempre più ampi, si procede ad una individuazione del fenomeno facendo riferimento ad elementi non solo *quantitativi*, in modo da predisporre criteri utili per il controllo di tali poteri ad opera delle parti.

Guardando allora ai poteri di cui gode il giudice nel processo ordinario di cognizione, secondo una condivisibile opinione essi sarebbero tutti espressione di un modello istruttorio “acquisitivo” e non “inquisitorio” in senso tecnico²⁷⁷.

giudice, che è uno dei cardini del nostro sistema processuale. Tale principio trova il suo fondamento normativo a) nel combinato disposto dei due commi dell’art. 115 c.p.c., che da un lato non disciplina soltanto la mera attività formale deduttiva delle prove ma riguarda a monte l’attività di introduzione nel processo dei fatti che poi saranno oggetto della attività di richiesta di prove, dall’altro stabilendo al 1° co. che il giudice deve decidere sulla base delle prove poste dalle parti e dal p.m., salvo il limite del notorio (2° co.), sancisce l’impossibilità per il giudice di prendere in considerazione al medesimo altri fatti dei quali sia venuto a conoscenza fuori del processo; b) nell’art. 97 disp. att. c.p.c., che in ragione della importanza sostanziale secondo molti avrebbe dovuto trovare collocazione nel corpo del codice e non nelle disposizioni di attuazione (ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Napoli 1979, 240); c) indirettamente nell’art. 51, n° 4, c.p.c., nell’imporre al magistrato l’obbligo di astenersi quando abbia conosciuto della causa come giudice in altro grado del processo o come arbitro, che appunto sembra voler salvaguardare l’imparzialità anche sotto l’aspetto dell’impossibilità per il giudice di avvalersi di quanto ha conosciuto in ragione di quel precedente incarico; d) indirettamente anche dall’art. 116 c.p.c. e dal principio del libero convincimento che rigetta il giudizio *secundum conscientiam*. Infine, la consacrazione del principio si troverebbe proprio nel nuovo art. 111 Cost. che, nel sancire il principio di terzietà e imparzialità, conferma il divieto per il giudice di ricorrere alla scienza privata *extraprocessuale*, divieto che di quel principio costituisce la più immediata espressione.

²⁷⁷ E. FABIANI, cit., 569 ss.. Infatti: a) circa il giuramento suppletorio, configurandosi come “rimedio estremo” cui il collegio può ricorrere all’esito dell’esaurimento dei

Il discorso si fa invece più articolato, e più interessante per l'oggetto del presente studio, se si guarda ai procedimenti *speciali, sommari e non*.

Quanto al processo del lavoro, circa le possibili configurazioni dell'istruttoria oggi tra chi ritiene²⁷⁸ che la formula dell'art. 421 c.p.c. non pregiudichi il monopolio della parte non solo in merito *all'allegazione* ma anche *alla indicazione della fonte materiale di prova* (essendo

mezzi istruttori richiesti dalle parti, in presenza di *semiplena probatio*, al fine di eliminare l'incertezza che gli imporrebbe l'applicazione della regola ex art. 2697 c.c., non si tratta quindi di uno strumento *per la ricerca* ma solo di *fissazione dei fatti* (BALENA, voce *Giuramento*, cit., 115 ss.; COMOGLIO, voce *Giuramento (dir. proc. civ.)*, in Enc. giur. XV, Roma 1989, 6 ss.); b) quanto ai poteri previsti per la prova testimoniale ci troviamo di fronte a poteri officiosi ben individuati che confermano il limite invalicabile della scienza privata, in quanto essi non possono andare al di là dei fatti previamente articolati dalle parti ai sensi dell'art. 244, 1° co., c.p.c. (TARUFFO, voce *Prova testimoniale*, in Enc. dir. XXXVII, Milano 1988, 735 ss.) ; c) l'ispezione si presenta come uno degli istituti più problematici in ragione soprattutto della natura di *prova diretta* degli stessi fatti da provare, ma deve escludersi anche qui la natura tecnicamente *inquisitoria* del mezzo poiché essa non può essere disposta a scopo esplorativo, ma solo per accertare i fatti già allegati dalle parti (TRISORIO LIUZZI, *Ispezione nel processo civile*, in Dig. disc. priv., sez. civ., Torino 2006, 189 ss.); d) lo stesso deve affermarsi per la c.t.u. (su cui in generale vedi FRANCHI, *La perizia civile*, Padova 1959; AULETTA, *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, Padova 2002; GIUDICEANDREA, voce *Consulente tecnico (dir. proc. civ.)*, in Enc. dir. IX, Milano 1961, 531 ss.; PETRONE, *La consulenza tecnica come tra mezzo istruttorio e mezzo di prova: aspetti problematici e profili applicativi*, in www.judicium.it), per le medesime ragioni sviluppate quanto all'ispezione; e) lo stesso deve dirsi per gli esperimenti giudiziali ex art. 261 c.p.c. per la natura stessa del mezzo che non può essere esplorativa, potendo al più atteggiarsi in termini di riproduzione di un fatto, allegato dalle parti, per verificare se esso si sia verificato o meno in un certo modo (v. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 637); f) circa la esibizione delle prove d'ufficio (LA CHINA, *L'esibizione delle prove nel processo civile*, Milano 1960; GRAZIOSI, *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, Milano 2003; CAVALLONE, *Esibizione delle prove nel diritto processuale civile*, in Dig. disc. priv., sez. civ., VII, Torino 2006, 664 ss.) i problemi sono invece più delicati (si vedano gli artt. 210 c.p.c., cui è attribuita una funzione *integrativa* di altri mezzi di prova, 218, 1° co., c.p.c. nella parte in cui autorizza il giudice a disporre il deposito in cancelleria delle scritture di comparazione che si trovano presso depositari pubblici o privati, 224 c.p.c. che nella possibilità del sequestro del documento introdurrebbe un'ipotesi di acquisizione coattiva dello stesso, 262 1° co., ultima parte, c.p.c. che attribuisce al giudice nel corso dell'ispezione o dell'esperimento il potere di dare i provvedimenti necessari per l'esibizione della cosa o per accedere alla località), pur tuttavia si ritiene che anche in tutti questi casi siamo di fronte di una maggiore o minore estensione dei poteri istruttori officiosi, laddove anche quella dottrina che si spinge fino al più significativo ampliamento dei poteri d'iniziativa officiosa, accogliendo un'interpretazione estensiva ad es. dell'art. 2711 c.c. in tema di ordine di esibizione delle scritture contabili e della corrispondenza dell'imprenditore – GRAZIOSI, *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, cit., 60 - in ogni caso conferma che tali poteri consentono al giudice di prendere cognizione di un documento

riservata al giudice la possibilità dell'indicazione del solo "mezzo formale" di prova) e chi invece ritiene²⁷⁹ che il giudice possa porre a fondamento dell'esercizio dei poteri istruttori d'ufficio non solo le fonti di prova indicate dalle parti, ma anche *tutte le altre fonti* che abbiano comunque fatto legittimamente ingresso nel processo, sembra prevalere quest'ultima opinione. Quali che siano le ragioni dell'attribuzione al giudice di suddetti *poteri officiosi* (direzione del processo verso l'accertamento della cd. *verità materiale*, opportunità di supplire alle deficienze della difesa tecnica della parte economicamente più debole), la importante precisazione in base alla quale, pur estendendosi il potere del giudice a *tutte le altre fonti* di prova, esse devono essere in ogni caso solo quelle introdotte *dalle parti* nel processo, porta a concludere che il rito del lavoro non possa essere annoverato fra i processi civili *inquisitori* in senso tecnico, rientrando invece nell'ambito di quelli la cui istruttoria è

sempre che la sua esistenza o potenziale idoneità a provare i fatti allegati risulti *dagli atti di causa*; g) quanto alla richiesta di *informazioni* alla p.a. (LUISO, voce *Richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione*, in Enc. dir. XL, Milano 1989, 483 ss.; BARONE, voce *Informazioni presso la pubblica amministrazione (richiesta di)*, in Enc. giur., XVI, Roma 1989, par. 1-4) è pacifico che essa non possa avere ad oggetto lo svolgimento di *indagini* da parte della p. a., bensì notizie per loro natura sconosciute in quanto tecniche, ma in ogni caso *pubbliche* o comunque *conoscibili* dagli interessati; h) l'istituto più problematico sotto l'aspetto dei poteri d'ufficio è però l'interrogatorio libero delle parti (TARUFFO, voce *Interrogatorio*, cit., 63 ss.; PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, I, Torino 2008, 394 ss.), potendo tale strumento essere potenzialmente molto *invasivo* nella ricerca della verità materiale, tenuto conto che le domande alla parte interrogata non sono previamente determinate e possono spaziare su qualunque fatto rilevante per la decisione; è indubbio che l'interrogatorio libero svolga diverse funzioni, tra le quali consentire una chiarificazione delle loro posizioni e desumere *argomenti di prova* dalle risposte date dalle parti: è questa seconda funzione che si presenta più problematica per il tema in discorso, in quanto favorisce l'emersione di *fonti materiali* in ordine a fatti principali e di fatti secondari (PROTO PISANI, *Lezioni*, cit., 96), ma ciò non dovrebbe in ogni caso comportare la qualifica in termini di *inquisitorialità* dello strumento, in quanto da un lato esercitando tale potere il giudice tende a "far scoprire" alla parte stessa quali siano gli elementi di fatto che dovrebbero essere introdotti in giudizio (BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova 1953, 228), dall'altro è lo stesso art. 117 c.p.c. a consentire al giudice di interrogare liberamente le parti (solo) "sui fatti di causa".

²⁷⁸ MONTESANO - VACCARELLA, *Manuale di diritto processuale del lavoro*, III ed., Napoli 1996, 146 ss.

²⁷⁹ TARZIA, *Manuale del processo del lavoro*, IV ed., Milano 1999, 153; LUISO, *Il processo del lavoro*, Torino 1992, 191; FAZZALARI, *I poteri del giudice nel processo del lavoro*, in Riv. dir. proc. 1974, 593; PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, cit., 396.

riconducibile nell'ambito del *modello istruttorio acquisitivo* o *dei poteri officiosi d'ufficio*²⁸⁰.

Quanto al procedimento di interdizione, inabilitazione e nomina di amministratore di sostegno, l'impostazione dottrinale ancora oggi prevalente lo qualifica come *inquisitorio*²⁸¹, anche se non sempre correttamente attribuendo al termine il significato che si è enucleato fino a questo punto, né individuando con esattezza la *ratio* dell'attribuzione dei poteri officiosi²⁸². Ad ogni modo, il dato sul quale si appunta la tesi tradizionale è costituito soprattutto dall'*esame dell'interdicendo*, che è fonte di acquisizione illimitata di fatti storici, tale da consentire al giudice di andare al di là degli *alligata*, giustificandosi per tale via la riconduzione del procedimento *de quo* nell'ambito dei processi cd. *a contenuto oggettivo*²⁸³.

Di notevole importanza si presenta il tema in discorso in rapporto al processo fallimentare²⁸⁴. A fronte delle oscillazioni riscontrate quanto

²⁸⁰ Così E. FABIANI, *I poteri istruttori*, cit.,

²⁸¹ REDENTI, *Natura del processo di interdizione e conseguenze sulle spese*, (nota a Tribunale Torino 9.3.1942 già in Temi del 1946), ora in *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo, I. Intorno al diritto processuale*, Milano, 1962, 593 ss.; POGGESCHI, *Il processo di interdizione e di inabilitazione*, Milano 1958, 47 ss.; VIGNOLO, *Principio inquisitorio e impulso d'ufficio nel procedimento di interdizione*, in Riv. dir. civ. 1975, 337 ss.; MANDRIOLI, *Diritto processuale civile, III. I procedimenti speciali di cognizione e i giudizi arbitrali*, cit., 145.

²⁸² Secondo la dottrina più risalente sarebbe ravvisabile nell'assenza di un vero contraddittorio (CICU, *Il diritto di famiglia*, Roma 1914, 180 ss.); secondo quella più recente, invece, nell'elasticità del concetto di "abituale infermità di mente" ovvero nell'*interesse pubblico* sotteso a particolare tipo di processo (VIGNOLO, *Principio inquisitorio e impulso d'ufficio nel procedimento di interdizione*, cit., 373).

²⁸³ TOMMASEO, *I processi a contenuto oggettivo*, in Riv. dir. civ. 1988, 498 ss. *Contra* E. FABIANI, cit., 635-636, il quale nel procedere ad un'opera di "costituzionalizzazione" dell'istituto, suggerisce che nell'assenza di una norma che autorizzi il giudice a dare officiosamente avvio al procedimento non si possa concludere nei sensi sopra indicati e che dall'esame del complesso normativo che riguarda l'istituto (art. 714 c.p.c., 407, 2° e 3° co., c.c., 419, 2° co., c.c.) emerga come il giudice sia in realtà depositario solo di *poteri istruttori d'ufficio*.

²⁸⁴ Solo per restare ai contributi più recenti citiamo GIORGI, *Poteri del giudice ed attività delle parti nel giudizio di opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento*, in Giur. Comm. 1985, I, 444; Id., *Profili istruttori delle procedure concorsuali*, Milano 1988, 109; CANTAFIO, *La cognizione camerale prefallimentare tra cognizione sommaria e logica inquisitoria*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1998, 1375 ss.; GUGLIEMUCCI, *Lezioni di diritto fallimentare*, Torino 2000, 55; E. F. RICCI, *Lezioni sul fallimento*, II, Milano 1997, 202 ss.; FERRO, *L'istruttoria prefallimentare*, Torino 2001, 266; DE MATTEIS, *Illecita*

all'opportuno utilizzo del termine "inquisitorio" negli altri procedimenti, pare che per definire il procedimento volto alla dichiarazione di fallimento la dottrina tradizionale abbia usato il detto termine nel significato suo proprio, ovvero nel senso di attribuzione al giudice di poteri che si estendono al di là della mera deduzione del mezzo di prova che non sia stato richiesto dalle parti, bensì comprendente anche il potere di andare alla ricerca officiosa *delle fonti* di prova²⁸⁵.

Tuttavia, è noto che tra le novità portate dalle recenti riforme²⁸⁶ che hanno interessato il detto procedimento è da annoverarsi l'abrogazione della possibilità per il giudice di pronunciare *d'ufficio* il fallimento²⁸⁷; partendo da questo dato, insieme al rafforzamento del principio del contraddittorio che costituisce lo spirito stesso della riforma, si è cominciata a far strada l'idea che anche nel procedimento fallimentare il giudice sia in realtà depositario di *poteri officiosi* e non gli sia consentito invece di andare alla ricerca dei *fatti* e delle *fonti* di prova²⁸⁸. Tale lettura si imporrebbe anche alla luce del nuovo art. 111 Cost. che nell'elevare a rango costituzionale il principio di terzietà ed imparzialità del giudice

acquisizione documentale e principio inquisitorio nell'opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento, in *Il Fallimento* 2005, 871 ss.

²⁸⁵ In questo senso MONTESANO, *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1978, 201, il quale a sua volta richiama l'opinione di ANDRIOLI, voce *Fallimento*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano 1967, 330 ss.

²⁸⁶ Intervenute con d.lgs. n. 5 del 2006 e con d.lgs. n. 169 del 2007.

²⁸⁷ Il nuovo art. 6 l. fall., come modificato dall'art. 4 del d.lgs. n. 6 del 2006, ora dispone infatti che: "Il fallimento è dichiarato su ricorso del debitore, di uno o più creditori o su richiesta del pubblico ministero", essendo stata abrogata l'espressione "anche d'ufficio" che prima chiudeva la norma. Sulle modifiche vedi DE SANTIS - JORIO - M. FABIANI, *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna 2006, 318; TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova 2006, 57; M. FABIANI, *L'impulso officioso nella gestione del procedimento fallimentare*, in *Foro it.*, I, 605 ss.; GUGLIELMUCCI, *Diritto Fallimentare*, Torino 2006, 48 ss.

²⁸⁸ In tal senso M. FABIANI, *L'impulso officioso nella gestione del procedimento fallimentare*, cit., 605 ss, il quale valorizza il dato normativo costituito dalla abrogata possibilità per il Tribunale di dichiarare d'ufficio il fallimento: se non è più il giudice che formula la domanda di fallimento, i fatti da indagare saranno solo quelli che le parti hanno introdotto come allegazioni difensive e nell'ambito di quei fatti il giudice potrà utilizzare il proprio potere officioso per colmare le lacune probatorie che dovessero emergere; peraltro, tali poteri si giustificano in quanto idonei ad impedire che "il procedimento possa risolversi in un accordo tra le parti".

comporta anche il divieto per il giudice di ricorrere alla propria *scienza privata*²⁸⁹.

Particolarmente incisivi si presentano i poteri del giudice nei giudizi di scioglimento del matrimonio e di separazione dei coniugi. Quanto al primo, mentre nella vigenza della previsione originaria dell'art. 4 della legge n. 898 del 1970, secondo il quale il giudice poteva "disporre d'ufficio l'assunzione dei mezzi istruttori" si assisteva alla frequente qualificazione di tali poteri ricorrendo all'aggettivo "inquisitori"²⁹⁰, nella vigenza dell'attuale disciplina (come modificata dalla Novella intervenuta con legge n. 74 del 1987, ed oggi ricavabile in particolare dagli artt. 5, 9° co., e 6, 9° co.), che invece ha soppresso questo potere esercitabile in via generale e ne ha previsto uno specifico, da esercitare nel caso in cui sorgano contestazioni in relazione al contenuto delle dichiarazioni dei redditi al cui deposito le parti sono onerate, consistente nel disporre "indagini sui redditi, sui patrimoni e sull'effettivo tenore di vita (dei coniugi), valendosi, se del caso, anche della polizia tributaria"²⁹¹, residuano ancora dubbi sulla persistenza di vera "inquisitorialità" nel procedimento in questione, in particolare osservando i detti poteri officiosi circa l'accertamento dei redditi dei coniugi²⁹².

Analoghi poteri sono previsti poi nel procedimento di separazione dagli artt. 155, 6° co., c.c. in merito alla possibilità di disporre accertamenti da parte della polizia tributaria sui redditi ed i beni oggetto di contestazione, e 155 *sexies*, 1° co., c.c., in forza del quale prima dell'emanazione dei provvedimenti di cui all'art. 155 il giudice "può

²⁸⁹ Così E. FABIANI, *I poteri istruttori del giudice civile*, cit., 640-641.

²⁹⁰ BUCOLO, *Appunti interpretativi sugli aspetti processuali dell'art. 4 della legge sul divorzio*, in *Giur. it.* 1971, IV, 218-219.

²⁹¹ Secondo LEANZA, *Le prove civili*, Torino 2005, 74, tale potere sarebbe peraltro esercitabile anche nel procedimento camerale di revisione delle condizioni economiche della separazione (ex art. 710 c.p.c.) e del divorzio (ex art. 9, Legge n. 898 del 1970).

²⁹² Secondo MANDRIOLI, *Diritto processuale civile, III. I procedimenti speciali di cognizione e i giudizi arbitrali*, cit., 123, è però da escludersi la natura propriamente *inquisitoria* del procedimento in questione, sembrando decisivo il rilievo che il p. m. non ha, a differenza del procedimento di interdizione e inabilitazione, poteri di proposizione della domanda né disponibilità dell'oggetto del processo.

assumere, ad istanza di parte o d'ufficio, mezzi di prova"²⁹³. La novità della disposizione di cui all'art. 155, 6° co., c.c. sta nella possibilità di indagare sui beni oggetto di contestazione "anche se intestati a soggetti diversi", quindi a terzi rispetto ai coniugi: da un lato, quindi, questa peculiarità induce a pensare che tali poteri si atteggiino in termini ancor più incisivi rispetto alla previsione dapprima esaminata di cui all'art. 5, 9° co., della legge sul divorzio, dall'altro si è ritenuto che mentre quest'ultima disposizione ha carattere eccezionale, il potere di cui all'art. 155, 6° co., c.c. è invece un "mezzo istruttorio ordinario e non residuale"²⁹⁴.

Ad ogni modo, se è vero che possono qualificarsi in termini di *poteri istruttori officiosi* quelli relativi al giudizio di separazione, non altrettanto può dirsi per il ruolo svolto dal giudice nel giudizio di divorzio, nel quale sarebbero rinvenibili veri e propri poteri *di investigazione* relativamente ai provvedimenti circa il mantenimento e l'affidamento dei figli, che possono anche essere *diversi* rispetto alle domande delle parti o al loro accordo (art. 6, 9° co., l. divorzio); pertanto, potendo questi ultimi essere pronunciati *ultra petita* difficilmente se ne potrebbe negare l'atteggiarsi degli stessi in termini di poteri propriamente *inquisitori*²⁹⁵.

Possiamo a questo punto riprendere l'analisi relativa ai poteri officiosi nell'ambito del procedimento cautelare uniforme, e provare a trarre alcune conclusioni.

²⁹³ Nel testo come modificato con legge n. 54/2006. In merito ai poteri del giudice in materia probatoria dopo la detta riforma V. BALENA - BOVE, *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari 2006, 417 ss.; DOGLIOTTI, in *Il diritto di famiglia*, Trattato diretto da Bonilini e Cattaneo, I. *Famiglia e matrimonio*, 2, Torino 1999, 573 ss.; SALVANESCHI, in *Aa. Vv.*, *Il processo civile di riforma in riforma*, Milano 2006, 141.

²⁹⁴ FANTICINI, *Accertamento delle potenzialità economiche delle parti, anche a mezzo della polizia tributaria*, in *Fam. rers. succ.*, 11, 2006, 933 ss.

²⁹⁵ E. FABIANI, *I poteri istruttori*, cit., 653 ss. Secondo questa ricostruzione, il potere di disporre indagini sui redditi, comune ad entrambi i procedimenti, sarebbe qualificabile come espressione di *poteri istruttori officiosi* e non *inquisitori* solo avuto riguardo alla circostanza che i fatti oggetto d'indagine hanno natura pubblica e quindi sono idonei a configurare una violazione del divieto di scienza privata.

Abbiamo detto di quanto sia diffusa la tendenza a qualificare quello cautelare come procedimento ispirato al “principio inquisitorio” sia con riferimento al modello ex art. 669 *sexies*, 1° e 2° co., sia con riferimento al reclamo cautelare ex 669 *terdecies*²⁹⁶; tuttavia, anche con riferimento al processo cautelare l’espressione è spesso utilizzata in maniera equivoca²⁹⁷.

Nel tentativo di fornire un quadro di sintesi delle diverse posizioni della dottrina al riguardo possiamo dire che: a) v’è chi esclude l’operare del principio *inquisitorio*, poiché troverebbe piena applicazione l’art. 115 c.p.c., salva l’ipotesi del procedimento *inaudita altera parte*, che invece sarebbe ispirato proprio a tale principio²⁹⁸; b) v’è poi chi, pur accogliendo la distinzione tra *poteri officiosi* e principio *inquisitorio*, sostiene che in ogni caso il giudice non avrebbe poteri *inquisitori* (intesi però anche nel senso di *poteri officiosi*) trovando applicazione l’art. 115 c.p.c.²⁹⁹; c) v’è

²⁹⁶ Riporta l’opinione prevalente LOMBARDO, *Natura e caratteri*, cit., 486 ss., il quale ricorda che secondo questa impostazione una volta fissato il *thema decidendum* il giudice avrebbe il potere di compiere tutti gli atti istruttori che ritiene indispensabili per valutare se e quale misura concedere; anche VALITUTTI, *I procedimenti cautelari e possessori. Inquadramento sistematico della tutela cautelare. Il rito cautelare uniforme*, I, Padova 2004, 254, riporta il diffuso orientamento secondo il quale il rito cautelare si ispirerebbe ad un principio *inquisitorio*, atteso che, diversamente da quanto disposto dall’art. 115 c.p.c. per il processo ordinario, in esso sarebbe possibile disporre d’ufficio i mezzi di prova anche quando il giudicante procede nel contraddittorio delle parti.

²⁹⁷ LOMBARDO, *Natura e caratteri*, cit., 486 ss., nella parte in cui afferma che il procedimento cautelare *i. a. p.* sarebbe affidato al principio *inquisitorio*, precisando però poi che “la necessità che, anche nel processo *inaudita altera parte*, il giudice, nell’esercitare il proprio potere officioso, si serva delle fonti di prova già note al processo, è una regola che affonda le proprie radici nei principi generali del sistema, i quali non trovano deroga a causa della specialità del procedimento. Infatti, mentre la disponibilità dei mezzi di prova è ripartita, dall’art. 115 c.p.c., tra le parti ed il giudice, la disponibilità delle fonti di prova è riservata, invece, dall’art. 2697 c.c., esclusivamente alle parti...Il giudice, dunque, anche nel processo cautelare *inaudita altera parte*, è tenuto ad esercitare il proprio potere officioso di assumere ‘sommarie informazioni’ soltanto *al fine di introdurre nel processo le fonti di prova già note*, o perché emergenti dalle prove documentali prodotte dal ricorrente, o perché comunque da questi indicate” (corsivi nostri).

²⁹⁸ LOMBARDO, cit., 486.

²⁹⁹ VALITUTTI, cit., 254 ss., il quale sostiene che “il procedimento in parola con contiene alcuna norma – come quelle...degli artt. 281 *ter* e 421 c.p.c. – che autorizzi la conclusione dell’attribuzione al giudice, quanto meno nel procedimento in contraddittorio di cui al co. 1° dell’art. 669 *sexies* c.p.c., di poteri officiosi in deroga al principio dispositivo...Né il procedimento cautelare è caratterizzato, diversamente dai procedimenti camerali ad istanza di parte, dalla duplice finalizzazione alla tutela della

chi ha sostenuto la presenza di veri e propri poteri *inquisitori*, potendo il giudice anche andare alla ricerca delle fonti di prova³⁰⁰; d) v'è infine chi ritiene che il giudice goda di *poteri istruttori officiosi*, ma precisa che quello cautelare non deve essere inteso come procedimento *inquisitorio*, potendo il giudice disporre d'ufficio prove a conferma esclusivamente delle circostanze prospettate dalle parti ed esclusa la possibilità di attingere alla realtà *extraprocessuale* facendo uso della scienza privata³⁰¹. Anche secondo una recente opinione non ci sono elementi per ritenere che nel cautelare il giudice possa esplicare poteri *inquisitori* in senso tecnico, sia nel procedimento che si svolge a contraddittorio instaurato, sia in quello che si svolge *i. a. p.*, sia in sede di reclamo: infatti, la genericità dell'espressione *atti di istruzione indispensabili* se autorizza a ritenere che il giudice sia depositario di poteri istruttori officiosi, non autorizza a pensare che egli sia depositario anche di poteri propriamente *inquisitori*³⁰².

Pertanto, pur in presenza di un modulo istruttorio *deformalizzato* non sarebbe sempre consentito al giudice di andare alla ricerca dei fatti da provare, potendo solo giustificarsi la più limitata possibilità di disporre l'assunzione d'ufficio dei mezzi istruttori non richiesti dalle parti, quando siano volti a provare fatti la cui allegazione sia in ogni caso avvenuta per opera delle stesse.

Circa la presenza di *officiosità* di poteri nel reclamo cautelare, se ne è giustamente suggerita una lettura *in sincrono* con l'interpretazione che si vuol dare all'istruttoria di cui all'art. 669 *sexies*, nel senso che se si ritiene che al giudice della prima fase sia attribuito un esteso potere officioso, tanto da consentirgli di individuare ed assumere autonomamente tutte le prove utili per la decisione, allora nello stesso

posizione soggettiva del privato e dell'interesse pubblico posto a base del procedimento: per il che un potere officioso del giudice non potrebbe giustificarsi neppure in base a presunte esigenze di carattere pubblicistico".

³⁰⁰ MONTESANO, *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice*, cit., 201.

³⁰¹ CORSINI, *Il reclamo cautelare*, Torino 2002, 350.

³⁰² E. FABIANI, *I poteri istruttori del giudice civile*, cit., 663- 664.

senso dovrebbe leggersi la previsione dell'istruttoria di cui all'art. 669 *terdecies*; laddove invece della prima norma si desse una lettura *minimalista*, nel senso che al giudice sarebbe demandato solo il compito di stabilire i tempi e le modalità del compimento dell'istruttoria, ma le parti sarebbero sovrane nella scelta delle prove da sottoporgli, si dovrebbe allora fornire una lettura altrettanto *restrittiva* dell'istruttoria esperibile in sede di reclamo³⁰³.

Orbene, se si guarda alle *rationes* ispiratrici dei vari procedimenti fin qui esaminati, in cui sono presenti, nella grande maggioranza di essi *poteri istruttori d'ufficio*, e più raramente poteri propriamente *inquisitori*, può trovarsi conferma dell'idea che è stata sino ad ora predicata, e cioè che se nel procedimento a contraddittorio posticipato l'utilizzo di poteri officiosi si giustifica per l'assenza di contraddittorio, di modo che l'iniziativa del giudice vada a colmare, per quanto possibile, la eccezionale assenza della controparte e quindi la impossibilità per quest'ultima di difendersi provando innanzitutto la non corrispondenza al vero delle asserzioni dell'istante, non altrettanto si può dire per il procedimento cautelare a contraddittorio instaurato, nel quale non si rinviene alcuna delle ragioni che giustificano la presenza di *poteri istruttori d'ufficio* né tantomeno di quelle che rendono in alcuni casi opportuno addirittura il conferimento al giudice di poteri di *investigazione* delle fonti di prova³⁰⁴.

³⁰³ CORSINI, *Il reclamo cautelare*, cit., 349.

³⁰⁴ In questo senso anche G. F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., 476 ss., non tanto per la locuzione in sé usata dal legislatore, quanto per la contrapposizione terminologica tra il primo ed il secondo comma dell'art. 669 *sexies*: l'informalità di cui si discute non si riferisce al tema della ricerca della prova, che deve rimanere improntata al principio dispositivo, essendo il modello di riferimento quello degli artt. 202 ss. c.p.c.; tale richiamo porta con sé la regola base dell'art. 115 c.p.c. che consente deroghe solo in casi eccezionali. Così anche altra parte della dottrina (CARPI, *I procedimenti cautelari e l'esecuzione nel disegno di legge per la riforma urgente del codice di procedura civile: la competenza ed il procedimento*, in Riv. trim. dir. proc. civ. 1990, 1294 ss.) ha sostenuto che l'istruttoria sia regolata diversamente tra il primo ed il secondo comma della disposizione in discorso, in quanto solo nel secondo l'impulso officioso è giustificato dalla doppia urgenza e dall'assenza di contraddittorio. In senso contrario alla diversità tra i procedimenti disciplinati dall'art. 669 *sexies* invece VERDE, in Verde-

Tale conclusione ci sembra anche maggiormente aderente alla concezione più attuale del procedimento cautelare che, persa o comunque notevolmente ridimensionata la sua funzione *pubblicistica* e rafforzata invece quella tipicamente *giurisdizionale*, ha visto anche perdere uno dei motivi che avevano giustificato in passato la opportunità del riconoscimento di *poteri istruttori officiosi*.

A tale approdo giunge per altre vie anche chi ha sottolineato che ragionando diversamente si verrebbe a snaturare l'essenza stessa del processo cautelare in riferimento alla funzione e quindi alla *strumentalità rispetto* al merito: un processo cautelare che sia in grado di approdare ad una misura provvisoria senza però tener conto delle dinamiche proprie della futura decisione di merito (cioè dei metodi di acquisizione degli elementi tesi a giustificare la decisione) è un processo che tradisce la propria natura *strumentale* e quindi la propria funzionalità ed efficienza; di conseguenza, non è possibile applicare in via ordinaria al procedimento cautelare uniforme il modello *inquisitorio* (inteso evidentemente nel significato di *poteri istruttori d'ufficio*), laddove i principi del processo di cognizione ordinario vanno in senso opposto. Non varrebbe, in altre parole, nemmeno sostenere che attraverso l'utilizzo di mezzi istruttori più incisivi il giudice possa condurre il procedimento ad una decisione più aderente alla realtà materiale, se poi tale risultato non può trovare *conferma* nel giudizio di merito³⁰⁵.

Di Nanni, *Codice di procedura civile*, cit., sub art. 669 *bis/quarterdecies*, 463; PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, cit., 340-341, secondo il quale il Legislatore avrebbe elaborato un modello unitario di procedimento cautelare, sia pure creato sul corpo espresso delle esigenze del singolo processo; pertanto, in entrambi i modelli i tratti comuni sarebbero l'iniziativa istruttoria inquisitoria, la soppressione delle regole sull'onere della prova, l'informalità assoluta nell'acquisizione, fermo restando l'onere delle allegazioni; così anche FRUS, *Le riforme del processo civile*, a cura di Chiarloni, Bologna 1992, 664 ss.

³⁰⁵ Così BARLETTA, *La riproposizione della domanda cautelare*, cit., 150 ss. Secondo l'Autore, inoltre, estesi poteri istruttori da parte del giudice avrebbero la conseguenza di *suggerire* la richiesta di mezzi istruttori che invece, nel processo ordinario, sono prerogativa della parte; ciò appare ancor più difficilmente conciliabile se si riflette sul fatto che secondo la Consulta l'Ufficio del giudice della cautela non è incompatibile con la designazione a giudice istruttore o a componente del collegio che decide poi il merito,

La natura *pubblicistica* degli interessi che in genere sono sottesi ai procedimenti che si svolgono secondo il rito camerale ha invece tradizionalmente comportato che dei poteri in essi esercitati dal giudice si sia parlato frequentemente in termini *inquisitorietà*³⁰⁶.

Va ricordata a tal proposito l'opinione di chi pur partendo dalla qualifica di *processo inquisitorio*, ha sottolineato una diversa *efficacia* delle prove raccolte nel procedimento in camera di consiglio, affermando che la decisione finale della domanda non possa mai fondarsi su prove raccolte o senza contraddittorio o in contraddittorio ma con un'assunzione probatoria *atipica*, ovvero senza che le parti abbiano potuto predisporre le proprie difese di fronte a strumenti probatori tipicamente e formalmente loro preannunciati negli aspetti essenziali: da ciò discenderebbe che le *inquisitorie informazioni* potrebbero essere usate per la decisione finale solo come *argomenti di prova*³⁰⁷.

così che il giudice *suggestore* in sede cautelare potrebbe poi assommare su di sé la funzione di giudice istruttore in sede di merito. In questa prospettiva, in sede cautelare il giudice esercita gli stessi poteri officiosi e con gli stessi limiti in punto di ammissibilità di quelli esercitati in sede di merito, secondo il precetto di cui all'art. 115 c.p.c.; pertanto, gli accertamenti in sede sommaria devono effettuarsi rispettando l'apparato difensivo reso fruibile dalle parti e apprezzato dal giudice secondo le regole del processo ordinario.

³⁰⁶ In tal senso MICHELI, voce *Camera di consiglio (dir. proc. civ.)*, cit., 984-985; MONTESANO, "*Dovuto processo*" su diritti incisi da giudizi camerali e sommari, in Riv. dir. proc. 1989, 919; PROTO PISANI, *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. c.p.c.*, cit., 418; ARIETA, voce *Procedimenti in camera di consiglio*, in Dig. disc. priv., sez. civ., XIV, Torino 2006, 457; BALENA, *Elementi di diritto processuale civile, III. I processi speciali e l'esecuzione forzata*, Bari 2007, 317; TARUFFO, *Commentario breve al codice di procedura civile*, Padova 2006, 2063-2064. *Contra* ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, Napoli 1964, 440, secondo il quale "altro è la disponibilità delle prove, altro il principio della domanda, altro i criteri di valutazione delle prove, e altro, infine, la regola di giudizio sulla incertezza, si deve ritenere che ai principi direttivi (relativi, non assoluti), cui s'ispira il processo civile, si apporta esplicita deroga sol nel campo della disponibilità delle prove, laddove per gli altri temi passati in rassegna eventuali deroghe possono essere desunte solo da una complessiva considerazione, funzionale e strutturale, dei provvedimenti camerali". V. anche PAGANO, *Contributi allo studio dei procedimenti in camera di consiglio*, cit., 11, secondo la quale deve essere "respinta una lettura basata su un presupposto ed indimostrato carattere inquisitorio dei procedimenti in questione"; nello stesso senso G. F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., 290.

³⁰⁷ MONTESANO, "*Dovuto processo*" su diritti incisi da giudizi camerali e sommari, cit., 933 ss.

La dottrina più recente ha parlato invece di processi *inquisitori* nei soli casi in cui è ammessa *l'instaurazione d'ufficio* del procedimento camerale, sia che l'iniziativa sia esercitata in concreto dal giudice sia da un soggetto cui è attribuita una legittimazione straordinaria³⁰⁸; tale conclusione s'imporrebbe alla luce dell'opera di costituzionalizzazione compiuta negli anni dalla Consulta e dalla dottrina³⁰⁹, in quanto essa appare l'unica in grado di rendere compatibile il procedimento in camera di consiglio con i canoni imposti dal nuovo art. 111 Cost., senza che ciò significhi negare la *ratio* che giustifica l'attribuzione al giudice di poteri propriamente "inquisitori", ma solo che tali esigenze ben potrebbero essere soddisfatte facendo ricorso all'attività del pubblico ministero³¹⁰.

³⁰⁸ CIVININI, *I procedimenti in camera di consiglio*, cit., 184; anche DE STEFANO, *Manuale di volontaria giurisdizione*, Padova 2002, 100

³⁰⁹ V. sul punto CIPRIANI, *Procedimento camerale e diritto alla difesa*, in Riv. dir. proc. 1974, 189 ss.; COMOGLIO, *Le garanzie fondamentali del "giusto processo"*, in Nuova giur. civ. comm., 2001, II, 14; CHIARLONI, *Il nuovo art. 111 e il processo civile*, in Riv. dir. proc. 2000, 1019; BOVE, *Rito camerale e "giusto processo regolato dalla legge" (a proposito dell'ordinanza della Corte di Appello di Genova 4 gennaio 2001)*, in Giust. civ. 2002, II, 408-409; CARRATA, *I procedimenti camerale- sommari in recenti sentenze della Corte Costituzionale*, in Riv. trim. dir. proc. civ. 1992, 1066 ss.; TOTA, *Tutela camerale dei diritti e giusto processo*, in Giust. civ. 2002, 1477, nota 3.

³¹⁰ E. FABIANI, *I poteri istruttori*, cit., 674. Secondo l'Autore, dunque, quella dei procedimenti in camera di consiglio in realtà è l'unica area in cui esistono procedimenti civili propriamente *inquisitori* i quali sono rinvenibili nei seguenti casi: 1) l'art. 3 d.lgs. 270 del 1999, accertamento dello stato d'insolvenza di imprese soggette all'amministrazione straordinaria e dichiarazione di fallimento di impresa ammessa al concordato preventivo o ad amministrazione controllata; 2) l'art. 268 c.c., in tema di provvedimenti opportuni nell'interesse del figlio emessi in pendenza di giudizio di impugnazione del riconoscimento; 3) l'art. 277, 2° co., c.c., riguardante i provvedimenti che il giudice ritiene utili al fine del mantenimento, istruzione, educazione del figlio e per la tutela di interessi patrimoniali di lui; 4) l'art. 336, 3° co., c.c. in tema di provvedimenti urgenti nell'interesse della prole; 5) gli artt. 346 e 348 c.c., in tema di nomina del tutore e protutore; 6) l'art. 361 c.c. in tema di provvedimenti urgenti per la cura del minore e del suo patrimonio fino all'assunzione delle funzioni da parte del tutore; 7) l'art. 384 c.c. in tema di rimozione e sospensione del tutore negligente o infedele; 8) l'art. 397, 2° co., c.c. in tema di revoca dell'autorizzazione all'esercizio di un'impresa commerciale al minore emancipato; 9) l'art. 508 c.c. in tema di nomina di curatore per la liquidazione in caso di rilascio di eredità; 10) l'art. 528, 1° co., c.c. in tema di nomina di curatore dell'eredità giacente; 11) gli artt. 2910 e 2191 c.c., rispettivamente in tema di ordine di eseguire iscrizione obbligatoria nel registro delle imprese e cancellazione di iscrizione avvenuta senza le condizioni richieste dalla legge; 12) l'art. 11, 1° co., disp. att. c.c., in tema di nomina di commissari liquidatori alla persona giuridica estinta o all'associazione riconosciuta; 13) art. 10, 3° e 4° co., l. 184/1983, così come sostituito dall'art. 10 l. 149/2001, relativo alla possibilità per il Tribunale di disporre fino all'affidamento preadottivo ogni opportuno provvedimento

§ 3. - *Il problema dell'ammissibilità e dell'efficacia delle prove atipiche nell'istruttoria sommaria.*

Il discorso fin qui condotto intorno alle *informazioni, sommarie e non*, ed in generale in merito alla *deformalizzazione* dell'attività istruttoria in senso stretto, deve completarsi affrontando la problematica dell'ammissibilità e dell'efficacia in tale contesto delle cd. *prove atipiche*³¹¹, in quanto secondo l'opinione tradizionale il processo cautelare sarebbe un terreno particolarmente fertile per l'utilizzo di tale genere di mezzo di convincimento del giudice, se non addirittura l'esclusivo campo di applicazione.

provvisorio nell'interesse del minore; 14) art. 23, 1° co., l. 184/1983, in tema di revoca dell'affidamento preadottivo. Tuttavia, si ritiene in generale che la procedibilità d'ufficio sia compatibile con i canoni costituzionali di terzietà e imparzialità solo laddove il giudice dia impulso al processo sulla base della conoscenza di una situazione di fatto avuta per il tramite di una fonte *qualificata*, in quanto formalmente acquisita nel corso di un procedimento del quale il giudice sia investito e che sia avviato da soggetto diverso dal giudice decidente (v. in tal senso Corte Cost. n. 240 del 2003, in Foro it., 2003, I, 2513 ss.), ciò in quanto l'importanza della *costituzionalizzazione* del principio di terzietà ed imparzialità ex art. 111 Cost. sta nell'aver sancito la inderogabilità della *ratio* sottesa al principio della domanda e dunque della distinzione tra *chi chiede* e *chi rende* giustizia, la quale non dovrebbe venire meno neanche nelle ipotesi di procedimenti instaurabili *ex officio* che dovessero realizzarsi secondo le suddette prescrizioni (così E. FABIANI, *I poteri istruttori*, cit., 689-690).

³¹¹ Della vastissima produzione scientifica sul tema ci limitiamo a ricordare ANDRIOLI, *Prova in genere (dir. civ.)*, in N. d. i., X, Torino 1939, 813 ss.; CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, III, Padova 1986 (rist.), 341 ss.; CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità. Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, I, Milano 1962, 270 ss.; LASERRA, *Istruzione (dir. proc. civ.)*, in Nss. dig. it., IX, Torino, 1963, 262 ss.; LEONE, *Istruzione della causa*, in Enc. dir., XXIII, Milano 1973, 141 ss.; MONTESANO, *Le "prove atipiche" nelle "presunzioni" e negli "argomenti" del giudice civile*, in Riv. dir. proc. 1980, 233 ss.; TARUFFO, *Note per una riforma del diritto delle prove*, in Riv. dir. proc. 1986, 270 ss.; Id., *Prove atipiche e convincimento del giudice*, in Riv. dir. proc., 1973, 389 ss.; Id., *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, III, 2, 1, Milano 1992, 342 ss.; COMOGLIO, *Istruzione e trattazione nel processo civile*, cit., par. 10; Id., *Le prove*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, XIX, Milano 1985, 165 ss.; CHIARLONI, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1986, 833 ss.; TARZIA, *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, in Riv. dir. proc. 1984, 639 ss.; VERDE, voce *Prova in generale: b) Teoria generale e diritto processuale civile*, cit., 605 ss.; G. F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., 73 ss.; ANDOLINA - VIGNERA, *Il modello costituzionale del processo civile italiano*, Torino 1990, 97; PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 480 ss.; Id., *Appunti sulle prove civili*, in Foro it., 1994, V, 49; CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit.

E' noto discorrere di *prova atipica* in almeno due accezioni: a) quanto alla *fonte* di convincimento, con tale espressione si è soliti indicare l'utilizzazione di uno strumento probatorio non previsto dalla legge come tale (ci si riferisce ad es. agli scritti dei terzi, perché il modo *tipico* con cui il terzo deve contribuire all'accertamento del fatto è la deposizione testimoniale nelle forme degli artt. 250- 277 c.p.c., alla perizia stragiudiziale o all'utilizzo della sentenza come mezzo di prova); b) quanto al *modo di acquisizione* della prova, indicando in tal caso le ipotesi in cui il *factum probandum* non viene introdotto secondo un procedimento tipicamente previsto dalla legge, bensì secondo modalità individuate dal giudice. Nel primo caso, dunque, il convincimento si forma attraverso una *fonte non contemplata* dal sistema probatorio, mentre nel secondo la *fonte* è prevista dal sistema, ma è introdotta nel processo deviando dalle regole da esso imposte.

Almeno con riferimento al solo processo di cognizione ordinario, la maggioritaria dottrina generalmente si divide tra coloro che optano per l'una o l'altra accezione, nel senso che in esso non si ammette che siano rinvenibili entrambi i significati del fenomeno descritto³¹².

Chi sostiene che l'espressione vada riferita esclusivamente alla *fonte* solitamente individua tre categorie di prove *atipiche*, comprendenti l'impiego a fini probatori: a) di strumenti non previsti dal codice, siano essi prove *nuove* o prove *sostitutive* di prove tipiche; b) di strumenti previsti dal codice ma *destinati ad altri scopi* (es. la sentenza o la perizia ai fini del convincimento); c) di strumenti previsti dalla legge a tale

³¹² Secondo G. F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., 46, parlare di *atipicità* in riferimento al metodo di acquisizione probatoria del procedimento ordinario non pare ammissibile, in quanto non si potrebbero giustificare le deviazioni dallo schema legale di assunzione delle prove, poiché ciò equivarrebbe a considerare le norme sulle prove come meri *suggerimenti*; secondo l'Autore, quindi, se pare non esistere alcun divieto normativo espresso all'utilizzo di *fonti atipiche* di prova, per l'utilizzo di canali di acquisizione al processo diversi da quelli previsti dalla legge sembrano essere invece d'ostacolo gli artt. 115 c.p.c. e 97 disp. att. c.p.c. Secondo PROTO PISANI, *Appunti sulle prove civili*, in Foro it. 1994, V, col. 49 s., invece l'accezione indicata nel testo sub b) sarebbe l'unico modo per intendere l'espressione in discorso.

scopo, ma *raccolti in una sede diversa* rispetto a quella nella quale sono sottoposti a valutazione ai fini del convincimento del giudice (è il caso delle prove assunte in altro processo)³¹³.

Tuttavia, nell'ambito di questa teoria si ammette anche che se è vero che dovrebbero essere espunte dalla problematica delle prove *atipiche* le ipotesi che riguardano l'acquisizione del materiale secondo procedimenti non previsti dal codice, è anche vero che alcune volte è lo stesso Legislatore che consente di discostarsi dai meccanismi di acquisizione previsti dagli artt. 202 ss. c.p.c., come nel caso dell'art. 738 c.p.c., 3° co., in cui il riferimento alle *informazioni* come modalità per la ricostruzione del materiale di fatto indica un'*atipicità* che si riflette anche sul *modo di acquisizione* del materiale, così come avviene nell'istruttoria cautelare; perciò, si è ritenuto opportuno precisare che la nozione di *prova atipica* in alcuni casi può riferirsi anche ad eventuali deroghe ai procedimenti legali di acquisizione, con l'avvertenza però che tali ipotesi devono essere espressamente previste dalla legge, perché in tutti gli altri casi il risultato della deviazione dalle regole di assunzione è una prova *illecita*³¹⁴.

Diversamente, v'è chi ha sostenuto che la nozione di prova *atipica* non possa ricostruirsi né con riferimento alla *fonte materiale di prova* né con riferimento al *mezzo formale*, in quanto la *fonte materiale* sarebbe sempre necessariamente *atipica* e corrispondente alla indistinta quantità di cose e persone da cui è possibile trarre elementi di conoscenza, mentre il *mezzo formale* di introduzione della fonte nel processo sarebbe sempre *tipico*, cioè corrispondente al modello predeterminato dalla legge; così, laddove si consentisse l'acquisizione di materiale di prova attraverso canali d'informazione diversi da quelli formali si finirebbe per discorrere di mezzi di prova *contra legem*. Pertanto, tutte le fonti di prova devono essere acquisite al processo mediante i mezzi *tipici*, ed in particolare

³¹³ TARZIA, *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, cit., 640-641.

³¹⁴ G. F. RICCI, cit., 55.

attraverso la *testimonianza* (in senso lato) e il *documento* (nonché a mezzo della consulenza tecnica d'ufficio, almeno laddove il compito attribuito ad essa sia quello di accertare la esistenza e/o la consistenza di determinati fatti non altrimenti provati o provabili, come si verifica nell'ipotesi delle analisi del DNA o nella individuazione della intensità delle immissioni sonore). In questa prospettiva il concetto di prova *atipica*, riferita al processo ordinario, si riduce all'*utilizzazione impropria di uno strumento processuale tipico*, che si verifica quando si acquisiscono elementi di conoscenza da una certa *fonte* utilizzando strumenti processuali *tipici* sì, ma diversi da quelli normativamente previsti per la acquisizione di quella determinata *fonte*³¹⁵.

Quella intorno alle *prove atipiche* è una delle problematiche maggiormente trattate dalla scienza processualistica degli ultimi decenni, alimentata non solo dall'indubbio fascino che riveste il tema, nell'ambito del più generale discorso del rapporto tra processo e verità, ma anche dal fatto che la giurisprudenza, a fronte della mole di letteratura scientifica al riguardo, ha spesso mostrato di non recepire le categorie elaborate dalla dottrina, ammettendo generalmente l'utilizzo di mezzi non previsti dalla

³¹⁵ LOMBARDO, *Profili delle prove civili atipiche*, Relazione svolta al convegno di studi sul tema "Il diritto delle prove", 21-22.11.2008 – Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Catania, ora in www.judicium.it, il quale si pone sulla scia dello studio di MONTESANO, *Le "prove atipiche" nelle "presunzioni" e negli "argomenti" del giudice civile*, cit., 235, secondo il quale "la tipicità va riferita, non isolatamente al mezzo o alla fonte di prova, ma alla fonte, ove questa sia acquisita dal giudice usando strumenti (sempre foggiate dalla legge per il processo, ma) diversi dal mezzo istruttorio o in genere probatorio che è, per tale acquisizione, normativamente predisposto e tipizzato, sia che quegli strumenti abbiano, per legge, funzione non probatoria (come è per le risposte all'interrogatorio libero e per il comportamento processuale, nel cui ambito le parti non sono chiamate a prove, ma a dire e ad agire per la propria difesa), sia che la loro funzione probatoria rimanga, per legge, estranea al processo in cui vengono usati (come è per le prove assunte in altro giudizio), sia che l'oggetto della prova, che, per legge, sono destinati a fornire, venga in considerazione quale fonte, alla cui acquisizione sia invece, sempre per legge, predestinato un altro mezzo 'tipico' (come è per le perizie stragiudiziali e per le narrazioni di terzi, documentate in causa, che il giudice voglia usare per la prova dei fatti narrati, senza che quei terzi siano uditi come testimoni)".

legge, salvo poi attribuire ad essi una efficacia probatoria genericamente qualificata *inferiore* rispetto a quella attribuita alle prove *tipiche*³¹⁶.

Ad ogni modo, l'ammissibilità dell'utilizzo di strumenti *atipici* di conoscenza è stata sostenuta facendo leva principalmente sui seguenti argomenti.

A) Innanzitutto, la mancanza di una cd. *norma di chiusura* che limiti il novero delle prove utilizzabili a quelle espressamente previste dal codice³¹⁷: la elencazione dei vari mezzi di prova non significherebbe

³¹⁶ Solo per limitarci alle sentenze di legittimità più recenti, Cass. Civ. 23.6.2010 n. 15169, in Red. giust. civ. mass. 2010, 6; Cass. Civ. 5.3.2010 n. 5440, in Giust. civ. mass. 2010, 3, 330; Cass. Civ. 8.1.2010 n. 76, in Red. giust. civ. mass. 2010, 1; Cass. Civ. 12.9.2008 n. 23554, in Giust. civ. mass. 2008, 9, 1349; Cass. Civ. 12.3.2008 n. 6620, in G. dir. 2008, 18, 80 (s. m.); Cass. Civ. 2.9.2005 n. 17698, in Giust. civ. mass. 2005, 6; Cass. Civ. 17.6.2004 n. 11353, in Riv. giur. lav. 2005, II, 95; Cass. Civ. 25.3.2004 n. 5965, in Giust. civ. mass. 2004, 3; Cass. Civ. 24.2.2004 n. 3642, in Giust. civ. mass. 2004, 2; Cass. Civ. 27.3.2003 n. 4666, in Giust. civ. mass. 2003, 636; Cass. Civ. 26.9.2000 n. 12763, in Giust. civ. mass. 2000, 2003. Oscillazioni si riscontrano anche nelle più recenti pronunce di merito, Tribunale di Ivrea, sez. lav., 14.5.2008 n. 73, C.G. c. C.F., in Foro pad. 2008, 1, 255; in Tribunale di Tivoli, sez. lav., 30.11.2006, Tirelli c. Soc. Autogrill, in Redazione Giuffrè 2007; Corte di Appello di Milano 16.5.2006, Soc. Fastweb c. Soc. Telecom Italia, in Foro pad. 2006, 3-4, 532; Corte di Appello di Bari 15.4.2005 Soc. Percoco c. Ditta Me.ca e altro, in Foro it. 2005, I, 1905; Tribunale Nola 28.9.2004, in Giur. mer. 2005, 3, 575 (s. m.); Tribunale di Roma, sez. XII, 30.1.2004, in Red. Giuffrè 2006; Tribunale di Bologna 14.2.2002, Cond. via Cestello 4, Bologna, c. Malaguti, in Foro pad. 2003, I, 121; Tribunale di Roma 20.5.2002, Soc. ENI c. Di Macco e altro, in Giur. mer. 2003, 1381.

³¹⁷ In giurisprudenza questo elemento è considerato decisivo da Cass. Civ. 25.3.2004 n. 5965, in Giust. civ. mass. 2004, 3; Cass. Civ. 26.9.2000 n. 12763, in Giust. civ. mass. 2000, 2003; Corte di Appello di Bari 15.4.2005, Soc. Percoco c. Ditta Me.ca e altro, in Foro it. 2005, I, 1905; Tribunale di Roma, sez. XII, 30.1.2004, in Red. Giuffrè 2006. In realtà si potrebbe sostenere anche il contrario, cioè che la analitica elencazione dei vari mezzi previsti dal codice sarebbe indice del fatto che il Legislatore ha voluto stabilire un *numero chiuso* di strumenti utilizzabili perché in grado di offrire specifiche garanzie. Pertanto, per poter dire che l'assenza di una norma di chiusura sia sintomo dell'apertura alle prove *atipiche* bisogna andare alla ricerca di altri elementi positivi che permettano di interpretare il *silenzio* del Legislatore come un *assenso implicito*. Tuttavia, anche nei sistemi che enucleano una serie di *regole di esclusione* o fissano il valore di determinate prove o ne limitano il campo di applicazione (ad es. artt. 2721, 2722, 2725, 2729 c.c.) non è detto che ciò sia di per sé in contrasto con le prove *atipiche*, perché la presenza di tali limiti vale solo per le prove cui tali limiti si riferiscono, ma non escludono l'ammissibilità di prove diverse; inoltre, che l'ordinamento fissi certe regole di ammissibilità o vieti l'utilizzo di alcuni mezzi in altri casi (es. 2739 c.c.) non significa che ciò che è stato raccolto fuori da quel catalogo sia di per sé privo di alcun valore probatorio (v. sul punto DENTI, in *Interrogatorio formale della parte non legittimata a confessare*, in Giur. it., 1960, 863 ss., il quale sostiene che le risposte fornite dalla parte non legittimata a confessare in sede di interrogatorio formale non costituiranno prova legale ma potranno essere utilizzate sia per la illimitata utilizzabilità della testimonianza della parte – cioè non solo *pro se* ma anche *contra se* - sia quali espressione del

esclusione di tutto ciò che non vi rientra, ma solo che il Legislatore avrebbe voluto, per determinate categorie di prove, o attribuire un valore determinato *a priori* (come accade per le prove legali) oppure attribuire l'efficacia di prove liberamente valutabili, cosa che non impedirebbe che tale efficacia possa ricostruirsi alla stregua delle disposizioni sull'*indizio* (art. 2729 c.c.).

B) Si è sostenuto poi che in un sistema come il nostro ispirato al principio del *libero convincimento* non si potrebbe escludere l'utilizzo delle prove *atipiche*; pertanto, il problema diventa quello di razionalizzarne l'uso sulla base di criteri, primi fra tutti il rispetto del principio contraddittorio nelle varie fasi dell'ammissione, acquisizione e valutazione, e del diritto di difesa, per far sì che si possa sempre *controllare* il procedimento di formazione del giudizio sul fatto attraverso l'indagine sulla motivazione³¹⁸.

C) Altri segnali dell'ammissibilità delle prove *atipiche* deriverebbero poi dal rapporto che il nostro processo civile istituisce con la *ricerca della verità materiale*. Infatti, contrariamente all'assunto tradizionale, che ha sempre visto il rapporto tra prova (e, più in generale, tra processo) e verità materiale atteggiarsi in maniera del tutto diversa nell'ambito del processo civile rispetto a quanto avviene in quello penale,

comportamento processuale). Dunque, il principio della *free proof* non è contraddetto dalla *law of evidence*, che al più limita il primo, senza però escluderlo in radice: la regola è allora la *libertà della prova*, così che ogni elemento di conoscenza possa concorrere alla formazione del convincimento razionale; all'interno di questo territorio libero ed indeterminato esistono alcune zone in cui operano le regole giuridiche che si sovrappongono alla prima regola, in funzione di valori e di esigenze incorporati nell'ordinamento di riferimento (TARUFFO, *La prova*, cit., 331 ss.).

³¹⁸ Utili indicazioni in tal senso derivano dalla possibilità di impiegare prove assunte da un giudice diverso, generalmente considerate anch'esse *atipiche*, come già avviene in applicazione della fattispecie contemplata in modo espresso dall'art. 310, 3° co., c.p.c., salvo poi verificare se questa norma sia applicabile solo alla fattispecie del processo estinto o la si possa considerare applicabile ad ogni ipotesi in cui il giudice che deve valutare la prova è diverso da quello dinanzi al quale si è formata. Fanno leva su questo dato in giurisprudenza Cass. Civ. 24.2.2004 n. 3642, in Giust. civ. mass. 2004; Cass. Civ. 27.3.2003 n. 4666, in Giust. civ. mass. 2003, 636.

secondo una più recente tesi³¹⁹ non è sostenibile che al processo civile debba considerarsi del tutto estraneo il tema della *verità*³²⁰, poiché “nella dottrina del processo civile non c’è posto per la teoria della doppia verità: verità *materiale* nel processo penale e verità *formale* nel processo civile. La verità è una sola, che il processo deve sempre sforzarsi di raggiungere”³²¹. Dal predetto valore che ogni processo persegue può dedursi allora l’ammissibilità delle prove *atipiche*, in quanto per

³¹⁹ Sul punto ampiamente TARUFFO, *La prova*, cit., 36 ss. Secondo l’Autore, oltre alla *possibilità teorica* che ha il processo di arrivare alla verità, nonché alla *opportunità ideologica* che questo avvenga, in quanto se il processo deve tendere a decisioni giuste non si potrà mai avere una decisione *giusta* se essa non si fonda su un accertamento *veritiero* dei fatti, esiste anche una *possibilità pratica* perché il processo tenda al vero, in quanto le regole che si occupano dell’accertamento dei fatti, prevedendo limiti all’ammissione delle prove o particolari procedimenti per la loro assunzione e talvolta anche la predeterminazione legale della loro efficacia fanno indubbiamente sentire il loro peso sull’accertamento della verità; da ciò si è portati a pensare che la presenza di tali regole dia luogo a quello processuale come ad un contesto tipico e diverso da ogni altro in cui si pongano problemi conoscitivi, ma in realtà le regole legali sulla prova sono *residuali* e dunque rappresentano solo una parte del complesso sistema volto all’accertamento della verità processuale, e quindi nelle aree non coperte dalla disciplina legale della prova operano criteri non diversi da quelli utilizzati da altri sistemi conoscitivi *extra-processuali*. Quindi, in ogni processo è possibile conseguire una *verità relativa*, in due sensi: a) perché gli strumenti conoscitivi utilizzabili sono limitati (ma ciò vale per qualsiasi altro contesto conoscitivo); b) rispetto al *contesto*, intendendo come tale l’insieme delle presupposizioni, dei concetti, delle regole e del linguaggio in funzione dei quali si costituiscono versioni dei fatti: così come vi sono diverse versioni della realtà e diversi “vocabolari” al di fuori del processo, così esistono diversi modelli di processo che producono verità diverse; pertanto, non può esistere una *verità processuale* storicamente *assoluta* ed unica. La constatazione della diversità tra diversi sistemi non vuol dire però presa di coscienza della impossibilità di parlare di *accertamento veritiero* dei fatti nel processo, perché invece è la premessa della *contestualizzazione* del concetto di verità all’interno del processo. In questa prospettiva, l’esistenza di una disciplina legale della prova non è di per sé ostacolo a che nel processo si accertino verità apprezzabili, perché *quale* tipo di verità e quanto *attendibile* questa sia è un problema legato alla natura, all’ampiezza e all’incidenza dei limiti che le norme di un certo ordinamento pongono alla ricerca di una versione veritiera dei fatti. Nell’ottica *relativistica*, allora, la verità assoluta non è altro che un punto di riferimento teorico, ovvero un valore tendenziale, che serve a determinare i diversi “gradi” di accertamento tendenzialmente rivolti ad esso. In questo senso, ed in particolare per l’analisi del rapporto tra processo civile e processo penale v. G. F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., 153 ss.

³²⁰ Così dicendo, secondo G. F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., 168, si confondono due aspetti che invece devono rimanere distinti, ovvero il principio dispositivo *fuori* del processo e principio dispositivo *all’interno* del processo: la tecnica dell’istruttoria del processo, invece, non deve necessariamente risentire della sottostante situazione sostanziale, essendo ammissibile un processo che pur avendo per presupposto la libera disponibilità del diritto fatto valere articoli in senso “inquisitorio” il meccanismo di ricerca delle prove. Sul punto v. CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*,

realizzare concretamente tale accertamento è necessario ridurre le regole di esclusione dei mezzi di prova.

D) Infine, l'ammissibilità delle prove *atipiche* sarebbe confermata dalla circostanza che l'ordinamento processuale attribuisce valore probatorio all'*indizio*, che è il *fatto noto* dal quale si risale quello ignoto, mentre la *presunzione* è il *ragionamento* che permette di collegare i due fatti³²²: la natura *atipica* dell'*indizio* legittimerebbe l'ingresso nel processo di qualsiasi mezzo dotato di efficacia probatoria³²³.

in Studi in onore di Redenti, II, Milano, 1951, 695 ss.

³²¹ G. F. RICCI, cit., 168.

³²² TARUFFO, *La prova*, cit., 381 ss.; ID., *Prove atipiche e convincimento del giudice*, in Riv. dir. proc. 1973, 394, nota 15. L'opinione dell'Autore è riportata anche da G. F. RICCI, cit., 183 ss. Il termine "prova", si dice, si attaglia all'*indizio* e non alla *presunzione*: è l'*indizio*, infatti, il fatto indicativo della circostanza che si vuole provare, mentre la *presunzione* è una inferenza logica non diversa da quella che il giudice utilizza per ogni altro tipo di prova. Inoltre, il fatto che la *presunzione* sia un *ragionamento* impedisce che la si possa qualificare come *tipica* o *atipica*. In ciò andrebbe individuata la differenza con le prove *tipiche*, in quanto queste ultime consistono in eventi identificati *a priori* dalla legge, ai quali viene riconnessa espressamente efficacia probatoria, mentre l'efficacia probatoria dell'*indizio* dipende *dall'utilità o meno a far procedere l'inferenza presuntiva ed approdare dunque alla conoscenza del fatto ignoto*

³²³ Così, lo scritto del terzo, che certo non è e quindi non può avere il valore probatorio di una *testimonianza* in senso formale, ben potrebbe però essere valutato come *indizio*, purché sottoposto ai limiti previsti dall'art. 2729 c.c.; quel che deve rimanere invariato sono i *procedimenti di acquisizione* delle fonti di prova, che devono restare le uniche vie attraverso le quali le fonti pervengono al giudice (così G. F. RICCI, cit., 184-185). Varie sono state le critiche mosse in particolare da CAVALLONE (*Critica della teoria delle prove atipiche*, in Riv. dir. proc. 1978, ora in *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova 1991, 405 ss.) contro l'ammissibilità delle prove *atipiche*: a) innanzitutto, si sostiene che per acquisire il fatto noto (*indizio*) dal quale far partire il ragionamento presuntivo potrebbero utilizzarsi solo prove *tipiche*; di *atipicità* poi non potrebbe parlarsi nemmeno per il ragionamento presuntivo, in quanto esso è predeterminato dal legislatore nell'art. 2727 c.c.; b) non avrebbe senso, poi, parlare di identità tra prova *atipica* e prova *indiziaria*, perché le la prima non sarebbe necessariamente produttiva di *indizi*, potendo avere ad oggetto anche fatti principali; c) infine, si dice che anche a voler ammettere che la prova *indiziaria* possa definirsi *atipica*, non per questo la sua utilizzazione, normativamente regolata, potrebbe rendere lecite le *altre* fonti non previste dalla legge. a1) Alla critica *sub a)* si è però obiettato che circa il secondo aspetto, esso è irrilevante perché l'*atipicità* può riferirsi solo all'*indizio* e non al *ragionamento* che si fonda su di esso; quanto all'*indizio* in sé, in realtà non si deve confondere il *fatto noto* con la *prova* dello stesso, e quindi che attraverso strumenti *tipici* possono entrare nel processo anche fatti *indizianti* (secondari) utili per accertare il fatto principale; b1) alla critica *sub b)* si è risposto che in realtà in tale ipotesi il fatto principale sarebbe "oggetto" della prova in senso diverso rispetto alla prova *tipica*, in quanto non ha carattere "rappresentativo" dello stesso fatto, dovendosi accogliere un concetto giuridico e non empirico di "rappresentazione", così che sarebbero *rappresentativi* del *factum probandum* solo le prove cui è attribuita tale efficacia, ovvero quelle di cui agli artt. 2699 ss. c.c. (così, è diversa la rappresentazione del fatto

Si è anche sostenuto che il fatto che il codice di procedura quando si riferisce al “documento” utilizza un’accezione più ampia rispetto a quella prevista dal codice civile (come ad es. avviene nell’art. 163, n. 5), consentirebbe di ammettere sotto tale forma anche gli scritti dei terzi, i verbali di polizia giudiziaria, le certificazioni amministrative, ciò nella prospettiva dell’idea per la quale le *prove atipiche* sono per loro natura esclusivamente *documentali*³²⁴.

Non sarebbero invece utili “alla causa” dell’ammissibilità degli strumenti *atipici* le varie disposizioni che alludono alla possibilità per il giudice di far uso, in certe materie, di “ogni mezzo di prova” (ad es. gli artt. 219, 269, 452, 950, 2704 c.c.), in quanto il Legislatore ha inteso in questi casi solo consentire che possano esser superati i limiti ai quali normalmente i mezzi di prova sono sottoposti, senza ammettere l’ingresso indiscriminato di mezzi non previsti dal codice; allo stesso modo non sarebbe utile il riferimento alle ipotesi in cui il codice prevede

che ha il giudice quando il testimone lo narra dinanzi a sé rispetto all’ipotesi in cui il giudice legge il verbale dell’altro processo nel quale la narrazione è stata effettuata, nel qual caso la intermediazione tra il giudice ed il fatto è duplice, quella del teste e quella del verbale, così che nel caso di prova *atipica* il metodo di accertamento che ne consegue è affine a quello delle prove *critiche* e per certi versi assimilabile alla testimonianza *de relato*); c1) infine alla critica sub c) si obietta che in realtà la prova indiziaria è *normativamente regolata* solo per quel che riguarda il ragionamento inferenziale, non per quanto riguarda la *fonte (l’indizio)* da cui quel ragionamento si muove (G. F. RICCI, cit., 186 ss.). Anche secondo VERDE, voce *Prova, Teoria generale e diritto processuale civile*, cit., 606, le prove *atipiche* sarebbero *indizi* che “per ragioni di frequenza statistica, tendono ad acquisire una propria caratterizzazione o, se si vuole, una forma tipica” e siccome è consentito che da tali *indizi* possano ricavarsi elementi utili per la ricostruzione del *factum probandum*, nulla vieta che si usino mezzi non previsti dalla legge che possano servire allo stesso scopo. Per l’idea contraria secondo la quale nell’ordinamento sarebbe implicito il *principio di tipicità* dei mezzi di prova, oltre al saggio di CAVALLONE già richiamato, citiamo ANDRIOLI, voce *Prova in genere (Diritto civile)*, cit., 267 s.; GRASSO, *Dei poteri del giudice*, in *Commentario del codice di procedura civile* diretto da Allorio, I, 2, Torino 1973, 1304 ss.; MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, II, 19^a ed., Torino, 2007, 177 ss.; COMOGLIO, *Le prove*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, cit., 172 ss. In senso analogo, più recentemente, CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in Riv. dir. proc., 2003, 46 ss.

³²⁴ CHIARLONI, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, cit., 834, nota 24, così che in forza dell’art. 163 c.p.c. n. 5 non solo non sarebbe vietato ma addirittura legittimato l’uso delle prove atipiche.

che il giudice possa assumere *sommario informazioni* proprio in quanto la previsione specifica di tale ipotesi non determina una generale possibilità d'impiego di qualsiasi prova³²⁵.

In ragione della varietà di ipotesi nelle quali si parla di prove *atipiche* nel processo civile diventa arduo effettuare un discorso unitario sulla loro *efficacia* nel nostro sistema.

Ad ogni modo, secondo una parte della dottrina l'efficacia delle prove *atipiche* sarebbe quella attribuibile all'*indizio*³²⁶, di cui le prime sarebbero una *specie* che per ragioni di frequenza statistica acquistano una propria caratterizzazione. Anche la giurisprudenza ha aderito per lo più a questa tesi³²⁷.

Secondo altra dottrina, invece, alle prove *atipiche* non competerebbe un'efficacia superiore a quella degli *argomenti di prova*³²⁸, cioè inferiore a quello della stessa prova *indiziaria*. Tale tesi si fonda sul combinato disposto rappresentato dagli artt. 310, 3° co., e 116, 2° co., c.p.c. e richiama quindi i risultati dell'indagine condotta in merito alle

³²⁵ G. F. RICCI, cit., 86 ss.

³²⁶ VERDE, voce *Prova*, cit., 605 ss.; così anche CHIARLONI, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, cit., 819 ss.

³²⁷ Salvo poi contraddirsi nella misura in cui considera inammissibile per il giudice fondare il proprio convincimento esclusivamente sulla prova *atipica*, mentre è noto che quanto all'efficacia dell'*indizio* la stessa giurisprudenza considera possibile che il giudice fondi la decisione anche su una sola presunzione. Vedi in proposito Cass. Civ. 8.1.2010 n. 76, in Red. giust. civ. mass. 2010, 1; Cass. Civ. 12.9.2008 n. 23554, in Giust. civ. mass. 2008, 9, 1349; Cass. Civ. 12.3.2008 n. 6620, in G. dir. 2008, 18, 80; Cass. Civ., sez. lav., 27.3.2003 n. 4666, in Giust. civ. mass. 2003, 636; Cass. Civ. 26.9.2000 n. 12763, in Giust. civ. mass. 2000, 2003.

³²⁸ MONTESANO, 233 ss., ma anche TARZIA, *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, 640 ss. *Contra* TARUFFO, *La prova*, cit., 387, secondo il quale così argomentando si formulerebbe una sorta di *prova legale negativa*, per cui l'efficacia probatoria delle prove *atipiche* non potrebbe superare un certo "grado", ma come tale (cioè come deroga al principio del *libero convincimento*) andrebbe formulata a mezzo di una espressa norma di legge; inoltre, sarebbe la stessa struttura della prova *atipica* a escludere ch'essa possa servire per valutare l'esito di quella *tipica*, in quanto di solito verte su un fatto della causa (principale o secondario) e non su circostanze rilevanti per valutare l'attendibilità di un'altra prova. Insomma, si tratta sempre di prove che in varia misura contribuiscono ad accertare il fatto e non di *valutazioni incrociate*. In realtà, il vero problema del rapporto tra *argomento di prova* e *prova atipica* starebbe, secondo l'Autore, nel fatto che l'efficacia che può esplicare il primo rispetto all'accertamento del fatto è particolarmente ridotta, ma altrettanto non potrebbe dirsi per le prove *atipiche*.

prove raccolte in altro processo, che è una delle ipotesi per le quali più frequentemente si parla di *prova atipica* e che viene normalmente assimilata a quella espressamente prevista per le prove raccolte nel processo estinto³²⁹.

In verità, in merito alla specifica ipotesi delle *prove raccolte in altro processo*, è stato anche suggerito di non fare “di tutta l’erba un sol fascio”, dovendosi invece valutare caso per caso le singole risultanze del processo, le modalità con le quali quelle prove sono state raccolte, la possibilità che abbiano avuto le parti di interloquire sulle stesse, etc.; così, l’utilizzazione di *prove raccolte altrove* deve sottostare a precisi limiti, in ossequio alla volontà del Legislatore che ha dettato tipi di efficacia diversa per ipotesi diverse (*argomenti di prova*, *prove libere*, *prove legali*, etc.) e chi volesse appiattare tutti questi diversi significati su un unico livello probatorio compirebbe un’operazione rischiosa³³⁰.

³²⁹ La tesi per la quale le prove raccolte nel processo estinto avrebbero una efficacia affievolita risiede nella salvaguardia dei principi dell’oralità e del contraddittorio e quindi e a questo richiamo che risponde l’esigenza di estendere la portata dell’art. 310, 3° co., c.p.c. Attenta dottrina (CHIARLONI, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto*, cit., 864 ss.) ha però sostenuto che le prove raccolte in altro giudizio non sarebbero ammissibili se è possibile rinnovare l’atto istruttorio (come avviene nell’art. 195 c.p.p.). Tuttavia, la regola della *irripetibilità* valevole per gli atti istruttori raccolti in una fase diversa dal dibattimento nel processo penale non sembra poter valere anche per il processo civile, in quanto ispirata a specifiche esigenze dovute alla struttura di quel processo; nel processo civile, invece, non v’è pericolo di trovarsi di fronte ad una prova raccolta con minori “garanzie” rispetto al processo nel quale la prova viene prodotta, in quanto essa è stata raccolta nel pieno rispetto delle regole che presidono all’istruttoria (G. F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., 363 ss.). Questo ragionamento sembrerebbe valere, però, solo per le prove raccolte in un procedimento a cognizione piena, ma non ad esempio per le prove raccolte nella fase cautelare, in quanto in tal caso la raccolta degli elementi di prova non è avvenuta secondo gli artt. 202 ss. c.p.c.; è anche vero, peraltro, che il mancato rispetto delle forme ordinarie non vuol dire affatto mancato rispetto dei principi del contraddittorio e della difesa, essendo anzi vero il contrario, e cioè che dovendo essere anche l’istruttoria cautelare governata da questi principi la esclusione di qualsiasi efficacia probatoria alle prove raccolte in tale fase non si può sostenere solo facendo leva su queste argomentazioni.

³³⁰ G. F. RICCI, cit., 371. L’Autore è dell’opinione poi che se è vero che il contraddittorio deve essere salvaguardato in tutti i suoi aspetti ed in particolare, per quel che ci riguarda ora, nella fase di *formazione* della prova, allora alle prove *atipiche* documentali *sostitutive* di prove tipiche, proprio perché sono sottoposte al giudice sotto forma di *documenti*, ma in realtà hanno alla base una prova *costituenda*, deve essere riconosciuta un’efficacia probatoria ridotta secondo l’art. 116, 2° co., c.p.c. Lo stesso dovrebbe dirsi per gli accertamenti in fatto compiuti dal c.t.u. nel corso delle operazioni peritali che non siano direttamente connessi con l’oggetto dell’indagine e, contrariamente a quanto

Infine, verso la *piena efficacia* probatoria delle prove *atipiche* si è mostrata invece l'autorevole dottrina che ha sostenuto l'impossibilità di porre limiti all'utilizzazione delle prove *atipiche*, in quanto così facendo si finirebbe per anteporre il problema *pratico* a quello *teorico*; non sembra infatti che si possa porre su quest'ultimo piano un problema di limitazione di efficacia delle prove *atipiche*, che invece dovrebbe essere affidata alla determinazione del giudice, attraverso l'utilizzo del suo *prudente apprezzamento*: a seconda, quindi, dell'attendibilità della *fonte atipica*, delle inferenze che se ne possono trarre in rapporto al fatto da provare, la scelta tra un grado di efficacia basso o elevato deve avvenire secondo quelli stessi criteri razionali di analisi e valutazione della prova che si applicano in qualunque situazione, senza che sia giustificabile una limitazione teorica assoluta dell'efficacia probatoria delle prove *atipiche*³³¹. —

Tali premesse di carattere generale si sono rese necessarie per avvicinarsi al tema che ci interessa da vicino ovvero il rapporto che lega le *informazioni*, e la *deformalizzazione* in generale, con la *atipicità* della prova: infatti, se è vero che generalmente la *atipicità* viene riferita alla *fonte* del convincimento e non al *metodo di acquisizione* al processo di quella fonte, dovendo questa essere prevista dalla legge, nelle ipotesi di istruttoria *deformalizzata* vi è la possibilità di utilizzare anche *modalità di acquisizione* diverse da quelle stabilite dalla legge, che vanno dalla facoltà di derogare alle regole che disciplinano l'assunzione di mezzi

affermato dalla giurisprudenza, per le certificazioni amministrative o per i verbali dei p. u. Secondo altra autorevole dottrina (TARUFFO, *La prova*, cit., 383 ss.) premesso che non sono prove atipiche *equivalenti* quelle formate in violazione delle regole in tema di formazione di prove *tipiche*, perché in tal caso si tratterebbe solo di prove *nulle*, non sembrano vi siano ragioni sufficienti per escludere le prove *equivalenti* dal processo poiché in realtà questa caratteristica dell'equivalenza potrebbe riscontrarsi solo in alcuni casi particolari (es. la *dichiarazione stragiudiziale* di un terzo rispetto alla *testimonianza* nel processo) e quindi questo criterio di esclusione non riguarderebbe in realtà la maggioranza dei casi. L'impressione, secondo l'Autore, è che attraverso questo criterio restrittivo si celi l'intento di evitare che attraverso l'utilizzo della prova *atipica* si eludano i limiti ed i divieti che riguardano le prove *tipiche*, come nel caso della testimonianza dei terzi aventi interesse ex art. 246 c.p.c.

³³¹ TARUFFO, *La prova*, cit., 390 ss.

tipici (ad es. assumere notizie da terzi senza seguire le forme della testimonianza, utilizzare il sapere della parte senza ricorrere allo schema dell'interrogatorio formale, disporre una consulenza tecnica "non formale") fino all'impiego di *canali nuovi di conoscenza* (ovvero ad utilizzare innanzitutto i cd. "ausiliari atipici" come gli organi della polizia giudiziaria³³²).

Prima di analizzare più da vicino il tema dell'*atipicità* all'interno delle istruttorie *deformalizzate*, pare opportuno percorrere rapidamente in rassegna le ipotesi più frequenti di utilizzazione di strumenti *atipici* all'interno del processo ordinario, poiché alcune di esse ci saranno utili per cercare di risolvere gli altri problemi che si affronteranno nel prosieguo del discorso, ed in particolare quello dell'efficacia delle prove raccolte nella fase cautelare all'interno del giudizio di merito.

Innanzitutto, vengono in rilievo gli *scritti dei terzi* e quindi le cd. *testimonianze stragiudiziali*. In giurisprudenza si tende ad affermare che tale genere di documento può fornire elementi *indiziari* di convincimento quando ne sia provata la "veridicità formale", quindi laddove sia certa la provenienza³³³. Non essendo applicabile la disciplina di cui agli artt. 2702

³³² Che si presenta come un'ipotesi sistematicamente problematica perché non coperta dalla previsione di cui all'art. 213 c.p.c. che vale solo per le *informazioni* assunte dalla p. a.

³³³ Di recente Cass. Civ. del 8.1.2010 n. 76, in Red. giust. civ. mass. 2010, 1: "Gli scritti provenienti da terzi estranei alla lite, pur non avendo efficacia di prova piena e non essendo soggetti né alla disciplina sostanziale di cui all'art. 2702 c.c., né a quella processuale di cui all'art. 214 c.p.c., possono essere, però, liberamente apprezzati nel loro valore indiziario dal giudice del merito, il quale è inoltre libero di formare il proprio convincimento circa la veridicità formale della scrittura sulla base di elementi probatori ottenuti dalle altre risultanze processuali, nonché dallo stesso comportamento della parte contro cui la scrittura viene prodotta, anche in relazione a particolari circostanze che possono conferire speciale significazione e rilevanza probatorie". Nello stesso senso Cass. Civ. 12.9.2008 n. 23554, in Giust. civ. mass. 2008, 9, 1349, "Il documento scritto non proveniente dalle parti in causa, bensì da un terzo estraneo al rapporto sostanziale intercorso tra le parti, non può costituire prova piena, ma può valere solo come indizio ed incombe su colui che intende avvalersene l'onere di integrarlo con altri mezzi di prova, eventualmente anche con la testimonianza del sottoscrittore di esso; tuttavia tale valore indiziario viene meno allorché il terzo, assunto a testimoniare, non abbia confermato il contenuto della dichiarazione o sia stato ritenuto inattendibile dal giudice"; così anche Cass. Civ. 12.3.2008 n. 6620, in G. dir. 2008, 18, 80 (s.m.); Tribunale di Ivrea, sez. lav., 14.5.2008 n. 73, C.G. c. C.F., in Foro pad. 2008, 1, 255. Secondo una giurisprudenza di merito alquanto *sui generis* "L'introduzione della

c.c. e 214 ss. c.p.c., colui contro il quale lo scritto è prodotto non ha però l'onere di disconoscerlo, poiché esso non potrebbe mai avere l'efficacia privilegiata di cui all'art. 2702 c.c., e quindi se ne può provare la falsità con qualunque mezzo³³⁴.

Secondo una recente tesi le testimonianze stragiudiziali, insieme con le perizie di parte, sarebbero le uniche ipotesi a poter essere realmente definite quali prove *atipiche*, consistendo appunto nell'*impropria utilizzazione della produzione documentale per far acquisire una prova di natura non documentale*, cioè *costituenda* (dichiarativa in un caso, peritale nell'altro): carattere comune ad entrambe è che si tratta di prove formatesi mediante redazione di un

testimonianza scritta non solo proceduralizza l'ingresso nel processo degli scritti dei terzi ma getta anche nuova luce sul passato, consentendo di escludere che abbia alcuna efficacia la testimonianza *fuori processo* di un soggetto estraneo al rapporto sostanziale "intercorso fra le parti in causa" (Tribunale di Varese, 17.12.2009, in Dir. Gius. 2010) La tesi non convince: innanzitutto, la novità legislativa potrebbe leggersi *a contrario*, come legittimazione a livello legislativo di una prassi già accettata dal sistema; inoltre, si è già ampiamente chiarito che un conto è l'ammissibilità degli scritti dei terzi quale prova *atipica*, un altro era (ed è) il loro valore probatorio; pertanto se è del tutto scontato (prima della recente modifica legislativa che ha introdotto il nuovo strumento, così come oggi) che lo scritto del terzo stragiudiziale non può avere lo stesso valore probatorio della *testimonianza* (scritta o orale che sia), da ciò non può inferirsi che la dichiarazione stragiudiziale non sia ammissibile nel processo civile, ma solo che ad essa deve essere riconosciuta una efficacia probatoria diversa.

³³⁴ Cass. Civ. 23.6.2010 n. 15169, in Dir. Gius. 2010: "Le scritture private provenienti da terzi possono essere liberamente contestate, non essendo soggette alla disciplina sostanziale di cui all'art. 2702 c.c. né a quella processuale di cui all'art. 214 c.p.c., sicché non è necessario impugnarle per falsità e tanto discende dal fatto che le stesse hanno valore di prove atipiche ed un valore meramente indiziario e sono inidonee a costituire di per sé, l'unica fonte di convincimento per il giudice del merito, pur essendo suscettibili di integrare il fondamento della decisione nel concorso di altri elementi che ne confortino la credibilità e l'attendibilità. Secondo Cass. Civ. 27.11.1998 n. 12066, in Giur. it. 1999, 1365 "Qualora venga prodotta in giudizio una scrittura privata, non autenticata nella sottoscrizione, che si assume proveniente da un soggetto estraneo al processo, la parte contro cui essa è prodotta non è tenuta, per contestarne l'autenticità, né al disconoscimento di cui agli art. 214 e 215 c.p.c. né alla proposizione della querela di falso. Ne consegue che in presenza di una contestazione sull'autenticità, comunque formulata, la scrittura è inutilizzabile come prova, a meno che l'effettiva provenienza dall'apparente sottoscrittore non venga dimostrata *aliunde* da chi l'abbia prodotta (quale "obiter dictum", la sentenza dichiara che, in assenza di contestazioni, la scrittura può essere posta, ma solo in concorso con altri elementi di prova, a fondamento della decisione"; nello stesso senso Cass. Civ. 30.5.1991 n. 6134, in Giust. civ. mass. 1991, 5.

documento che le raccoglie *al di fuori* del processo e del contraddittorio³³⁵.

Quanto all'efficacia probatoria, attenta dottrina ha ritenuto invece di attribuire alla categoria in discorso il valore inferiore dell'*argomento di prova*, in quanto nella formazione di tali prove manca del tutto il contributo ed il controllo da parte del giudice, che invece è presente, ad esempio, nel caso delle *prove raccolte in altro processo*, alla quale categoria pure si attribuisce l'efficacia di cui all'art. 116, 2° co., c.p.c.³³⁶: tale conclusione è generata dalla riflessione sulla natura di tali tipi di prove e sul modo in cui si formano, modo che non può considerarsi "tranquillizzante" per la decisione, in quanto si sviluppano "totalmente al di fuori del sistema del contraddittorio"³³⁷.

Nell'ambito della suddetta categoria rientrerebbero poi tutte le ipotesi in cui il documento proviene dalla pubblica amministrazione, per

³³⁵ Così LOMBARDO, *Profili delle prove civili atipiche*, cit. Secondo tale tesi, dunque, la testimonianza scritta può avere efficacia non più che *indiziaria*, potendo solo concorrere alla formazione del convincimento sul fatto da provare; tra le ipotesi di questo genere vengono fatti rientrare anche i processi verbali dei p. u., gli atti di notorietà e le certificazioni amministrative. Quanto alla *perizia stragiudiziale*, ammessa nella prassi quando il giudice non abbia disposto la c.t.u. e per permettere alla parte di sostenere le proprie ragioni attraverso l'utilizzo di conoscenze tecniche, la giurisprudenza oscilla tra una tesi che nega ad essa ogni valore probatorio, parificandola alla allegazione difensiva (in tal senso Cass. Civ. 11.2.2002 n. 1902, in Giust. Civ. mass. 2002, 218), ed un altro che la considera *indizio* (di recente Tribunale di Piacenza, 21.9.2009 n. 598, in Arch. locaz. 2010, 2, 190; Cass. Civ. 24.2.1984 n. 1325, in Giust. civ. mass. 1984, 2; Cass. Civ. 17.9.1980 n. 5286, in Giust. civ. mass. 1980, 9; in dottrina GIUDICEANDREA, voce *Consulente tecnico (dir. proc. civ.)*, cit., 536): tra le due tesi in dottrina prevale la prima e dunque si afferma che non si può paragonarla alla *testimonianza stragiudiziale* quanto alla efficacia probatoria, in quanto essa ha solo valore argomentativo e nel processo civile l'argomentazione può avere valore probatorio solo se proveniente da un terzo imparziale (così TARUFFO, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, cit., 423; G. F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., 262; LOMBARDO, *Profili*, cit.).

³³⁶ G. F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., 409 ss. L'Autore sottolinea quindi come partendo dalla centralità del contraddittorio anche nella fase dell'assunzione del mezzo istruttorio, e non solo quindi nella fase della ammissione e della valutazione, le osservazioni fatte in merito alle prove raccolte in altro processo si ripropongono in maniera ancor più concreta per la testimonianza stragiudiziale. Inoltre, il valore del contraddittorio sarebbe rispettato anche per le prove precostituite previste dal codice, laddove si tratta di prove formatesi normalmente fra le parti, come evidenziato immediatamente dal riferimento all'atto pubblico e alla scrittura privata.

³³⁷ Così G. F. RICCI, cit., 414.

le quali la giurisprudenza formula suggestive differenziazioni sul piano dell'efficacia probatoria³³⁸.

Altra frequente ipotesi di prova *atipica* è la consulenza tecnica utilizzata come mezzo di prova (della quale abbiamo già avuto modo di parlare in tema di assunzione delle *informazioni* che il perito ha facoltà di assumere da terzi, secondo quanto previsto dal primo comma dell'art. 194 c.p.c.), in quei casi particolari in cui il consulente effettua

³³⁸ Così, ai verbali di pubblici ufficiali viene attribuito un valore pari all'atto pubblico e quindi farebbero prova dell'accadimento avvenuto dinanzi al p. u. fino a querela di falso, mentre per tutto il resto avrebbero solo valore indiziario. Secondo Cass. Civ. 30.5.2010, n. 10651, in Red. Giust. civ. mass. 2010, 5: "In tema di occupazione destinata alla realizzazione di un'opera pubblica, la natura di atto pubblico del verbale d'immissione in possesso dell'immobile per il quale è stato emesso il decreto di occupazione deriva sia dal suo contenuto, di atto di esecuzione di un provvedimento della p.a. che agisce iure imperii, che dalla qualità di pubblico ufficiale di colui che lo redige, posto che a norma dell'art. 3, commi 2 e 3, l. 3 gennaio 1978 n. 1, detto verbale è redatto a cura dell'ente espropriante o dei suoi concessionari, i quali, pertanto, esercitano per delega funzioni pubbliche; pertanto, il verbale medesimo (contrariamente alle stime contenute nel verbale di consistenza redatto contestualmente all'immissione in possesso) fa piena prova delle dichiarazioni delle parti e degli altri fatti che il pubblico ufficiale attesta essere avvenuti alla sua presenza, a norma dell'art. 2700 c.c., con conseguente inammissibilità della prova testimoniale, posto che, per gli atti a forma solenne, l'art. 2725 c.c. limita le deroghe al divieto di prova testimoniale al caso di cui all'art. 2724 n. 3 c.c. (perdita incolpevole del documento); nello stesso senso Consiglio Stato, sez. I, 8.1.2010 n. 250, in Foro amm. CDS 2010, 1, 205: "Il verbale della polizia municipale, come tutti i verbali provenienti da pubblici ufficiali, ha efficacia di piena prova, fino a querela di falso, ai sensi dell'art. 2700 c.c. relativamente alla provenienza dell'atto dal pubblico ufficiale che lo ha formato, alle dichiarazioni delle parti e agli altri fatti che il pubblico ufficiale attesti avvenuti in sua presenza o da lui compiuti e, se la fede privilegiata non si estende né agli apprezzamenti del pubblico ufficiale né alle sue valutazioni e deduzioni, tali elementi non sono comunque privi di valore probatorio, in quanto possono fornire elementi presuntivi idonei a fondare la decisione ove siano gravi, precisi e concordanti"; v. anche Cass. Civ., sez. lav., 23.6.2008, n. 17049, in Diritto e Giustizia 2008; Consiglio Stato, sez. IV, 12.5.2008, n. 2188, in Foro amm. CDS 2008, 5, 1412 (s.m.). Le *certificazioni amministrative*, invece, sarebbero assistite da una presunzione semplice di veridicità, anche se non sarebbero assistite della efficacia probante fino a querela. Secondo LOMBARDO, *Profili*, cit., in realtà le certificazioni amministrative non dovrebbero potersi annoverare tra le prove *atipiche*, in quanto si tratta di prove tipicamente documentali, formate in forza di uno specifico potere certificativo riconosciuto alla pubblica amministrazione. In giurisprudenza vedi Cass. Civ. 16.5.2008 n. 12446, in Giust. civ. mass. 2008, 5, 746: Le certificazioni rilasciate dalla camera di commercio, e concernenti la titolarità delle imprese individuali e la rappresentanza di quelle collettive, fanno piena prova delle attestazioni in esse indicate, a meno che la parte interessata non ne dimostri in giudizio l'inattendibilità; Cass. Civ. 16.10.2007 n. 21621, in Giust. civ. 2008, 11, 2459: "Ai fini dell'esercizio del diritto di prelazione e del conseguente diritto di riscatto, ai sensi degli art. 7 l. 14 agosto 1971 n. 817 e 8 l. 26 maggio 1965 n. 590, la qualità di coltivatore diretto deve essere fornita in concreto, in relazione alle necessità colturali del fondo, senza che

accertamenti di fatto nell'ambito delle operazioni a lui devolute; quanto all'efficacia probatoria, si ritiene che tali *informazioni* non abbiano valore autonomo, ma siano funzionali al risultato globale delle perizie e ad esse non possa attribuirsi valore di *testimonianza stragiudiziale*³³⁹.

Altro caso che viene generalmente fatto rientrare nell'ambito delle prove *atipiche* è quello delle narrazioni dei fatti contenute nella motivazione della sentenza quando siano utilizzate in un altro processo

certificazioni anagrafiche o altre attestazioni amministrative possano assurgere al valore di prova piena. Correttamente, pertanto, i giudici del merito - qualora lo stesso ricorrente si sia ripetutamente qualificato «imprenditore agricolo» - al fine di risolvere la controversia (e di ritenere sussistente il requisito in questione) trascurano, sia quanto dichiarato dallo stesso retraente in sede di interrogatorio formale, sia le risultanze di un certificato rilasciato dal sindaco del comune di residenza di questo ultimo nonché quanto emerge dalla carta di identità dello stesso ricorrente, sia - infine - le risultanze della Cciaa, specie tenuto presente che la categoria dei coltivatori diretti, quali destinatari dei provvedimenti per lo sviluppo della proprietà coltivatrice, non trova riscontro in una definizione generale ed uniforme nella disciplina normativa della Comunità europea, né coincide con quella di piccolo imprenditore agricolo di cui all'art. 2083 c.c. ma la sua definizione è contenuta nell'art. 31 l. n. 590 del 1965"; Cass. Civ. 3.11.2005 n. 21304, in Giust. civ. mass. 2005, 11: "Al fine di valutare l'incidenza probatoria delle certificazioni fornite dagli uffici di collocamento, il rilievo per cui esse sono basate su mere dichiarazioni della parte cui non può essere consentita la precostituzione di una prova a suo favore vale per l'autocertificazione, che il pubblico ufficiale riceve senza essere chiamato ad effettuare alcuna verifica, non anche per le certificazioni rilasciate da pubblici ufficiali sulla base di risultanze dagli atti, formati a seguito di dichiarazioni della parte e peraltro suscettibili di verifica in qualsiasi momento"; Cass. Civ. 24.2.2004 n. 3654, in Giust. civ. mass. 2004, 2: "Gli atti e i certificati provenienti dalla p.a. o da enti pubblici, essendo assistiti da una presunzione *iuris tantum* di legittimità, possono essere posti a fondamento del convincimento del giudice di merito anche se la p.a. e gli enti pubblici, da cui gli atti stessi provengono, siano parte in causa"

³³⁹ Cass. Civ. 23.11.2007 n. 24323, in Giust. civ. mass. 2007, 11: "Il consulente tecnico, nell'espletamento del mandato ricevuto, può acquisire ai sensi dell'art. 194 c.p.c. - che consente di chiedere chiarimenti alle parti ed assumere informazioni dai terzi - circostanze di fatto relative alla controversia e all'oggetto dell'incarico. Tali circostanze di fatto, se accompagnate dall'indicazione delle fonti e se non contestate nella prima difesa utile, costituiscono fatti accessori validamente acquisiti al processo che possono concorrere con le altre risultanze di causa alla formazione del convincimento del giudice ed essere da questi posti a base della decisione unitamente ai fatti principali"; secondo Cass. Civ. 17.4.2003 n. 6195, in Giust. civ. mass. 2003, 4: "Allo scopo di accertare l'esistenza, il grado invalidante, la causa e le eventuali concause di una malattia professionale, il c.t.u. può acquisire, ai sensi dell'art. 194 c.p.c. - che consente di richiedere chiarimenti alle parti ed informazioni ai terzi - circostanze di fatto relative alle cause, professionali e non, della malattia denunciata, le quali, ove non contestate nella prima difesa utile, costituiscono fatti accessori, validamente acquisiti al processo, che possono essere posti a base della decisione del giudice unitamente ai fatti principali". Nello stesso senso v. Cass. Civ. 10.5.2001 n. 6502, in Giust. civ. mass. 2001, 952; Cass. 10.7.1999 n. 7319, in Giust. civ. mass. 1999, 1619; Cass. 29.5.1998 n.

(problema della cd. *sentenza utilizzata come mezzo di prova*). Mentre in giurisprudenza si è quasi sempre sostenuta una tesi alquanto liberale, in base alla quale si può ricavare la prova dei fatti di causa da una sentenza resa in altro processo, la cui motivazione attesti l'esistenza di essi³⁴⁰, nell'indagine condotta dal Calamandrei tale efficacia veniva riconosciuta solo alla sentenza penale³⁴¹. Più di recente si è sostenuto anche che non si può prescindere dalla nuova disposizione contenuta nell'art. 238 bis c.p.p., che ha espressamente riconosciuto l'utilizzabilità della sentenza come mezzo di prova³⁴²: questo espresso riconoscimento non potrebbe più essere fondato su una presunta *maggior profondità* dell'accertamento penale, alla luce delle considerazioni proposte in merito alla generale tensione di ogni processo verso la verità sostanziale, nonché considerata la nuova struttura del processo penale dopo la riforma del 1988 e le

5345, in Giust. civ. mass. 1998, 1173. Secondo attenta dottrina, invece, va distinta l'ipotesi in cui l'accertamento in fatto sia contenuto in una consulenza stragiudiziale rispetto all'ipotesi in cui sia contenuto in una consulenza giudiziale: nel primo caso l'esito probatorio non potrebbe avere efficacia superiore a quella dell'argomento di prova; nel secondo il discorso si fa più complesso, in quanto se è vero che l'essere la consulenza effettuata in contraddittorio dovrebbe fugare ogni dubbio circa il valore di prova piena degli accertamenti in fatto in essa contenuti, è altresì vero che quando gli accertamenti vengono compiuti occasionalmente, cioè senza preciso mandato del giudice, la parte può non averli espressamente valorizzati come elementi sui quali far convergere il contraddittorio, e pertanto in tal caso il valore ad essi attribuito non potrebbe andare oltre quello attribuibile in generale al materiale atipico (così G. F. RICCI., *Le prove atipiche*, cit., 416 ss.). Sul rischio delle cd. "risultanze casuali" nella consulenza tecnica d'ufficio si veda AULETTA, *Il procedimento di istruzione probatoria mediate consulente tecnico*, Padova 2002, 287 ss.

³⁴⁰ Cass. Civ. 6.6.1987 n. 4949, in Giust. civ. mass. 1987, 6.

³⁴¹ CALAMANDREI, *La sentenza civile come mezzo di prova*, ora in Opere Giuridiche, V, Napoli 1972, 559 ss. Ciò perché, da un lato la efficacia della sentenza come prova risiederebbe sul risultato di un *ragionamento* presuntivo (i fatti "noti" sarebbero quelli narrati nella sentenza e da questi si giungerebbe alla conclusione che tali eventi si sono effettivamente verificati) il cui punto di partenza in realtà è anch'esso un *ragionamento* (ovvero quello effettuato dal giudice nella sentenza che si utilizza come prova), dall'altro l'art. 361, n. 2, del codice di procedura del 1865 stabiliva la nullità della sentenza in caso di *omessa motivazione*, ipotesi che veniva dal Maestro fiorentino equiparata alla motivazione *per relationem*, consistente nel riferimento effettuato dalla sentenza ad un'altra motivazione contenuta in altra sentenza.

³⁴² Secondo la recente giurisprudenza di legittimità la norma si riferirebbe però solo alle sentenze penali utilizzate nell'ambito di un altro procedimento penale (così Cass. Pen. 26.6.2008 n. 28529, in CED Cass. Pen. 2008, rv 240316: "L'utilizzazione delle sentenze irrevocabili, acquisite ai fini della prova dei fatti in esse accertati ai sensi dell'art. 238 bis cod. proc. pen., riguarda esclusivamente le sentenze pronunziate in altro procedimento penale e non anche quelle pronunziate in un procedimento civile").

limitazioni alla prova in esso previste (ad es., quelle vigenti nel rito abbreviato ex artt. 440, 1° co. e 441, 1° co., c.p.p.); da ciò si deduce che non sarebbe più possibile limitare l'efficacia probatoria della sentenza alla sola statuizione penale, perché o la si ammette per entrambe (e questa è la soluzione suggerita alla luce dell'introduzione dell'art. 238 bis c.p.p.) o per entrambe deve essere negata³⁴³.

Lo studio che ci interessa più da vicino è indubbiamente quello condotto intorno all'ammissibilità e all'efficacia probatoria attribuibile alle *prove raccolte in altro processo*, ciò perché secondo una autorevole ma risalente tesi la disciplina per tale ipotesi prevista avrebbe potuto costituire il punto di riferimento per ricostruire l'efficacia dell'intera categoria delle prove *atipiche*³⁴⁴.

Tuttavia, i casi che vengono in rilievo quando ci si riferisce del fenomeno delle *prove raccolte in altro processo* sono tanto diversi gli uni dagli altri da impedire una facile equazione: a) anzitutto, vi è l'ipotesi delle prove raccolte nel processo estinto, la quale trova specifica regolamentazione nell'art. 310, 3° co., c.p.c.; b) altra ipotesi riguarda le prove raccolte *in un qualsiasi altro processo*, a prescindere

³⁴³ G. F. RICCI, cit. 271 ss. Secondo un'altra tesi le prove raccolte in un altro processo (con tale espressione intendendosi tutte le ipotesi sopra individuate, ovvero anche quelle raccolte nel processo estinto, dal giudice incompetente ovvero all'interno di un procedimento penale), che vengono assunte mediante deposito dei verbali del giudizio in cui si sono formate, sono da ricondursi nell'ambito della categoria delle prove *atipiche* perché sono prove *sostitutive* di altre prove *costituende* che potrebbero essere espletate (così LOMBARDO, *Profili processuali delle prove atipiche*, cit.).

³⁴⁴ MONTESANO, *Le prove atipiche nelle "presunzioni" e negli "argomenti" del giudice civile*, cit., 235 ss. Il rapporto tra prove provenienti dal processo estinto e prove *atipiche* starebbe "come il meno nel più"; da ciò deriva la attribuzione alle prove *atipiche* dell'efficacia probatoria propria degli *argomenti di prova*. La valenza sistematica dell'addentellato normativo proposto dall'Illustre Autore viene di recente valorizzata da SCALAMOGNA, *L'efficacia probatoria degli argomenti di prova*, in Riv. dir. proc., 2009, 1175, nota 34, la quale pone in risalto l'importanza del riferimento all'art. 310, 3° co., c.p.c. in ragione delle recenti critiche mosse contro l'ammissibilità della categoria delle prove *atipiche* tendenti a valorizzare il disposto di cui all'art. 111 Cost., 1° co., che conterrebbe una riserva di legge per la regolamentazione del processo che, quindi, non potrebbe essere affidata alla determinazione discrezionale del giudice quanto ai profili di ammissibilità, assunzione e valutazione delle prove (argomento proposto in particolare da CARRATA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, cit., 27 ss.).

dall'estinzione, ipotesi alla quale potrebbe ricondursi la richiamata disciplina del terzo comma dell'art. 310 c.p.c.; c) vi sono poi risultanze diverse provenienti da un processo penale, amministrativo o tributario; d) v'è poi il problema dell'impiego in sede penale delle risultanze di un processo civile; e) infine, v'è il problema delle prove raccolte da un giudice incompetente³⁴⁵ o carente di giurisdizione³⁴⁶.

Quanto all'atipicità riscontrabile nelle *informazioni* del rito camerale, ed in generale nelle istruttorie *deformalizzate*, abbiamo detto che la particolarità di questi modelli istruttori sta nel fatto che l'atipicità riguarda non solo *la fonte* di prova ma anche *il metodo di acquisizione del mezzo* al processo; ciò, tuttavia, non ci esime dall'indagare se il discorso fin qui condotto in merito all'ammissibilità e all'efficacia degli strumenti *atipici quanto alla fonte* nel processo ordinario di cognizione sia sovrapponibile ai procedimenti ad istruttoria *deformalizzata quanto alle modalità di raccolta* del materiale istruttorio.

Innanzitutto, se è vero che sono legittime almeno due letture delle *informazioni* camerali, ovvero come metodo d'indagine che garantisce al giudice poteri officiosi generalizzati e come *liberalizzazione* del potere

³⁴⁵ La giurisprudenza tende generalmente ad attribuire all'intera categoria in discorso lo stesso valore che avevano nel processo in cui si sono formate, potendo il giudice utilizzarle e desumere da esse elementi che devono però costituire oggetto di *autonoma valutazione*, cioè senza vincoli derivanti dalla valutazione che il giudice ne abbia fatto nel giudizio in cui furono raccolte: Cass. Civ. 7.7.2010 n. 16010, in Dir. Gius. 2010 con nota di GALLUCCI; Cass. Civ. 2.3.2009 n. 5009, in Giust. civ. mass. 2009, 3. 360; Cass. Civ. 16.1.2009 n. 1039, in Foro it. 2009, 3, 701; Cass. civ., sez. lav., 5.12.2008 n. 28855, in Giust. civ. mass. 2008, 12, 1746; Tribunale di Milano, V sez., 22.2.2008 n. 2352, Giustizia a Milano 2008, 4, 32. Secondo un orientamento giurisprudenziale più rigoroso, invece, esse potrebbero valere solo come *indizi*, in quanto si tratta di prove formatesi senza l'osservanza del contraddittorio, ragione che è a fondamento dell'art. 310, 3° co., c.p.c.: tale regola dovrebbe pertanto estendersi per identità di *ratio* a tutte le prove raccolte in altro processo (Cass. Civ. 7.3.1995 n. 2616, in Rep. Foro it. 1995, voce *Sentenza civile*, n. 55; Cass. Civ., sez. lav., 11.12.1999 n. 13889, ivi 1999, voce *Prova civile* in genere, n. 22; Cass. Civ. 20.12.1994 n. 10972, ivi 1994, voce *Prova civile* in genere, n. 21). Ad ogni modo, del tema ci occuperemo *infra* nel paragrafo 3.a, quando si indagherà l'ammissibilità e l'efficacia probatoria della produzione nel giudizio ordinario di merito delle prove raccolte nella fase cautelare.

³⁴⁶ Ipotesi disciplinata dall'ultimo comma del nuovo art. 59 della l. n. 69 del 18.6.2009, il quale prevede espressamente che: "In ogni caso di riproposizione della domanda davanti al giudice di cui al comma 1, le prove raccolte nel processo davanti al giudice privo di giurisdizione possono essere valutate come argomenti di prova".

delle parti, le quali non sarebbero astrette dai rigidi paletti dell'istruttoria ordinaria, bisogna anzitutto chiedersi se quando il giudice decide di disporre l'assunzione di tale mezzo d'indagine tale decisione debba essere segnalata alle parti per permettere loro di interloquire su di essa; inoltre, ci si deve chiedere se l'assunzione dell'indagine debba sempre avvenire in contraddittorio.

A entrambe le domande attenta dottrina³⁴⁷ ha risposto positivamente sulla base di una considerazione di carattere generale dello spirito della Novella del 1990, la quale si è preoccupata della tutela del contraddittorio innanzitutto in occasione dell'*ammissione* di prove d'ufficio nel rito ordinario, dettando la disposizione di cui al terzo comma dell'art. 184 c.p.c. che ha codificato il diritto delle parti ad interloquire sull'iniziativa istruttoria ufficiosa³⁴⁸: la *informalità* e la *atipicità* dell'istruttoria camerale possono sì giustificare l'iniziativa ufficiosa, ma non la deroga al contraddittorio, in considerazione del fatto che tale valore deve essere salvaguardato in maniera ancor più attenta in materia di *prove atipiche*; inoltre, si aggiunge che il rispetto della paritaria difesa non compromette di per sé la speditezza dell'indagine³⁴⁹.

³⁴⁷ G. F. RICCI, cit. 291 ss.

³⁴⁸ Oggi la disposizione è invece contenuta nell'art. 183, 8° co., c.p.c., come sostituito dall'art. 2, 3° co., lett. c-ter del d. l. n. 35 del 2005, convertito con modificazioni in l. n. 80 del 2005, come modificato dall'art. 1 l. n. 263 del 2005.

³⁴⁹ La conferma di questa tesi viene ricavata proprio dall'art. 669 *sexies*, 1° co., c.p.c., laddove si osserva che in esso è disciplinata un'istruttoria che si svolge in maniera informale ma che fa salvo allo stesso tempo il principio del contraddittorio: se quindi il Legislatore ne impone l'ossequio in sede cautelare, a maggior ragione questo deve essere rispettato in sede camerale, in particolare modo quando si faccia questione di diritti soggettivi o *status*. Questo ragionamento potrebbe incidere anche sul problema della raccolta delle *informazioni* anche fuori udienza (ad es. per telefono), per cui non sarebbe ciò ammissibile nel caso delle *informazioni* camerale, mentre lo sarebbe nel caso di quelle *sommario* di cui all'art. 669 *sexies*, 2° co., c.p.c., perché in tal caso il contraddittorio non svolge alcuna funzione di limite, essendo dalla legge espressamente escluso (G. F. RICCI, cit., 491 ss.). Tuttavia, si è dell'opinione che la verbalizzazione sia in ogni caso necessaria, anche quando le *informazioni* siano assunte fuori udienza, altrimenti il destinatario del decreto cautelare emesso *i. a. p.* non potrebbe controllare il risultato della raccolta delle stesse nella fase a contraddittorio instaurato.

Profili di *atipicità* della prova si pongono anche con riferimento agli *atti di istruzione indispensabili* di cui al primo comma dell'art. 669 *sexies*.

Innanzitutto, anche in tal caso la problematica dell'apertura del procedimento cautelare all'*atipicità* va rettamete posta come in riferimento alla sola atipicità *quanto alla fonte*, poiché per quanto riguarda l'*atipicità quanto alle modalità di svolgimento dell'istruttoria* essa è insita nella stessa *deformalizzazione*, se con essa deve intendersi la possibilità di discostarsi dal modello ordinario di riferimento che, come detto anche a proposito dell'esistenza dei poteri istruttori officiosi, resta quello del processo di cognizione, almeno per quanto riguarda il procedimento cautelare *ordinario* a contraddittorio instaurato.

Deve però precisarsi che la *deformalizzazione*, pur *istituzionalizzata* dall'art. 669 *sexies* c.p.c. ovvero dalle altre disposizioni di cui ci siamo occupati (*in primis* da quella ex art. 738, 3° co., c.p.c.), al di là della problematica specifica dell'efficacia delle *prove atipiche quanto alla fonte*, non comporta una totale deroga ai limiti di ammissibilità che valgono per il procedimento ordinario di cognizione ed in particolare non determina la possibilità di permettere l'acquisizione al processo delle cd. prove *illecite* ovvero *illegittimamente acquisite*, in spregio a regole e canoni espressamente previsti dalla legge³⁵⁰.

Come visto per i poteri istruttori d'ufficio, anche qui il problema è capire se quanto al profilo dell'*atipicità* della prova l'attività istruttoria in

³⁵⁰ Così, il giudice non potrebbe assumere prove la cui ammissibilità è esclusa da norme di legge, come nell'ipotesi dell'art. 246 c.p.c. o degli artt. 2721 ss. c.p.c.; (*contra* CECCHELLA, in Vaccarella - Capponi - Cecchella, *Il processo civile dopo le riforme*, Torino, 1992, 364), in quanto, come è stato acutamente osservato, il riferimento alla possibile *omissione delle formalità non essenziali al contraddittorio* fa riferimento a regole che operano sullo stesso piano del contraddittorio, quindi che riguardano la *formazione e acquisizione* della prova, non la possibilità di superare i limiti di legge di *ammissibilità* (così G. F. RICCI, cit. 476 ss.); inoltre, quando il codice ha consentito che tali limiti potessero essere superati l'ha fatto espressamente, come nel caso dell'art. 421 c.p.c. 2° co. Sul tema delle cd. prove *illecite* v. pure G. F. RICCI, *Le prove illecite nel processo civile*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1987, 34 ss.; ANGELONI, *Le prove illecite*, Padova 1992.

discorso si atteggi in maniera diversa rispetto al processo ordinario di cognizione.

Vi è da dire in proposito che se il modello di riferimento dell'istruttoria cautelare del procedimento a contraddittorio instaurato è quello di cui agli artt. 202 ss. c.p.c., allora si deve convenire con quanto sostenuto di recente dalla dottrina che si è occupata del tema con particolare riferimento al procedimento possessorio: l'espressione usata dall'art. 669 *sexies*, 1° co., c.p.c., secondo la quale il giudice “*procede nel modo che ritiene più opportuno*” non è di per sé indicativa dell'apertura in sede cautelare alle prove *atipiche* in quanto sarebbe inopportuno trarre da una prescrizione di *forma* (qual è quella riportata che riguarda appunto il *modo* di procedere all'istruzione) una regola che riguarda il *contenuto* del mezzo istruttorio³⁵¹.

Più in generale, quindi, si afferma che o la *tipicità* dei mezzi di prova si considera baluardo tramontato anche per il rito ordinario³⁵² o si considera vigente quel principio ed allora la deroga ad esso non potrebbe farsi discendere dalla formulazione così “ambigua”, che riguarda peraltro il *procedimento di assunzione* e non il *contenuto* dei mezzi di prova³⁵³.

Dunque, se si conviene con quanti hanno sostenuto che vi siano numerose e valide ragioni per ammettere che nel processo ordinario la regolamentazione di alcuni mezzi di prova *tipici* non significa che siano

³⁵¹ DELLA PIETRA, *Il procedimento possessorio*, cit., 247 ss. Anche secondo BARLETTA, *La riproposizione della domanda cautelare*, cit., 161 ss., non sembra potersi affermare che nel processo cautelare sia possibile utilizzare in maniera indiscriminata le prove *atipiche*: la *strumentalità* del processo cautelare rispetto al merito ed il carattere prognostico della cognizione cautelare riguardo all'esito dello stesso inducono a ritenere che la decisione debba essere presa sulla base di elementi che possono essere valutati o rinnovati secondo gli artt. 191 ss. c.p.c. Proseguendo, però, l'Autore si mostra favorevole, in ragione dell'ampia formula utilizzata dall'art. 669 *sexies*, ad un utilizzo delle prove *atipiche* anche al di là di quanto previsto per il giudizio di merito, sempre che tale uso resti coerente con la *prognosi* che deve compiere il giudice della cautela il che si verifica quando nel processo di cognizione si possa approdare all'acquisizione degli stessi risultati probatori ipotizzati in sede cautelare.

³⁵² Così PATTI, voce *Prova. Diritto processuale civile*, in Enc. giur., XXV, Roma 1991, 4; G. F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., 174 ss.; TARUFFO, *La prova*, cit., 342 ss.; ID., *Prove atipiche e convincimento del giudice*, cit., 389 ss.

³⁵³ DELLA PIETRA, cit., 249.

ammissibili solo quelli espressamente previsti e regolati dalle norme del codice sostanziale e di procedura, bensì solo che quelli ivi previsti sono regolati da una disciplina rigorosa quanto all'*ammissione* e quanto alla *valutazione* dei risultati probatori, senza che ciò impedisca che tutto ciò che non è previsto dalla legge sia di per sé da collocare fuori dal sistema probatorio civile, se si conviene con quanto sopra, dicevamo, le stesse conseguenze circa l'ammissibilità delle fonti di prova *atipiche* devono ritrovarsi nel procedimento cautelare ed in generale nei moduli istruttori *deformalizzati*, nei quali saranno dunque ammessi mezzi di prova *atipici quanto alla fonte*, ma non mezzi che siano stati *illecitamente acquisiti*, intendendosi come tali quelli assunti *contro* specifici divieti normativi, siano essi previsti dal codice di procedura civile (ad es. art. 246 c.p.c.) o dal codice sostanziale (es. artt. 2721 ss. c.c.), e dunque strumenti probatori palesemente *contra legem*.

Una volta risolto positivamente il problema dell'*ammissibilità* delle prove atipiche *quanto alla fonte* nel processo cautelare ci si deve domandare se abbiano la medesima *efficacia* che ad esse è stata riconosciuta in sede di processo ordinario di cognizione.

La risposta deve essere articolata.

Infatti, pare che l'efficacia delle prove *atipiche* muti significativamente tra il processo cautelare e quello di merito in rapporto al *convincimento sufficiente* del giudice, poiché se è vero che in questo secondo caso esse posseggono la limitata efficacia probatoria stabilita per le singole ipotesi, ed in generale un'efficacia che non pare andare oltre quella *indiziaria*, nel processo cautelare esse invece sono idonee a fondare il *convincimento* del giudice utile alla verifica della sussistenza del *fumus*, poiché la loro presenza consente al giudice di giungere a quel *grado di probabilità* dell'esistenza del diritto sufficiente per provvedere in sede cautelare, *grado* che potrebbe non essere da solo sufficiente, se

non supportato da altre risultanze probatorie, a fondare la decisione nel merito emessa all'esito del giudizio ordinario.

Ciò ci pare sostenibile sia se si accoglie la tesi dell'efficacia probatoria *indiziante* della prova *atipica*, sia se si aderisce alla tesi che invece le attribuisce il valore tradizionalmente considerato inferiore di *argomento di prova*³⁵⁴: in entrambi i casi il risultato non sembra mutare quanto alla idoneità della prova *atipica* a fondare il giudizio di *probabilità* dell'esistenza del diritto bastevole ai fini della concessione del provvedimento cautelare.

Questa conclusione, peraltro, non ci pare in contraddizione con l'adesione espressa all'osservazione proposta da recente dottrina³⁵⁵ secondo la quale non si possono accettare nel processo cautelare esiti probatori che conducono a risultati decisori che non potranno poi essere *ripetuti* in sede di merito, in quanto se questo vale per i *poteri officiosi*, che nel procedimento ordinario di cognizione non sono ammessi se non entro i limiti espressamente previsti e nei singoli mezzi istruttori, tanto che se nella fase cautelare si utilizzassero poteri che invece il giudice del procedimento ordinario non potrebbe esercitare in relazione al singolo mezzo di prova il risultato sarebbe una prova *illegittimamente acquisita* e come tale non utilizzabile per la formazione del convincimento, lo stesso non può valere per le *prove atipiche*, le quali non sono vietate nel

³⁵⁴ E' noto che da tempo parte della dottrina tenta di assimilare gli *argomenti di prova* alle *presunzioni semplici* (MICHELI, *Sulla rilevanza del contegno processuale delle parti*, in Temi 1947, 116 ss; ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, Milano 1964, I, 393; CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., 92, nota 27; CHIARLONI, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, cit., 819 ss.; RUFFINI, "Argomenti di prova" e "fondamento della decisione" del giudice civile, in Riv. trim. dir. proc. civ. 2004, II, 1329 ss.) sulla base della osservazione della "analogia strutturale" (l'espressione è di TARUFFO, *La prova*, cit., 457) intercorrente tra i due istituti, che poggerebbero entrambi su una struttura di tipo *inferenziale* che da un fatto noto conduce alla dimostrazione di un fatto ignoto, con l'unica differenza che negli "argomenti di prova" il fatto noto è costituito da un accadimento processuale che non ha bisogno di essere provato e sul quale in linea di massima non si è esplicitato il contraddittorio.

³⁵⁵ BARLETTA, *La riproposizione della domanda cautelare*, cit., 136 ss.

procedimento di merito, anche se sono soggette ad una efficacia probatoria diversa rispetto alle prove liberamente apprezzabili.

Discorso diverso dovrebbe farsi invece quanto all'utilizzo delle *prove atipiche* per fornire la prova dell'esistenza del *periculum*.

Infatti, se è vero che gli accertamenti compiuti intorno al pericolo sono destinati ad esaurire la propria rilevanza all'interno del processo cautelare, e che quindi riguardo a tale presupposto non si tratta di svolgere una cognizione *superficiale* destinata ad essere superata o *rinnovata* attraverso le forme della cognizione ordinaria, allora la prova dell'evento che ha generato nell'istante il ragionevole timore del verificarsi del pregiudizio futuro potrebbe essere fornita attraverso *prove atipiche quanto alla fonte* non in via esclusiva, bensì solo se supportate da altri elementi probatori idonei a fondare il *convincimento pieno* del giudice in merito alla effettiva ricorrenza dell'evento *di shock*³⁵⁶.

³⁵⁶ Peraltro, ragionando in questi termini per la prova del pericolo non si cade nel noto *divieto di presumere da presunzioni*, in quanto se la prova dell'evento di *shock* può essere fornita attraverso *presunzioni*, il cui fatto noto potrebbe essere stato introdotto attraverso un mezzo *atipico*, il successivo ragionamento inferenziale che conduce alla *prognosi* della effettiva incombenza del pericolo non è una presunzione in senso tecnico-giuridico, pur condividendo con tale strumento il meccanismo logico, in quanto con tale ragionamento si tende a prefigurare un evento non solo *incerto*, ma altresì *futuro*; se così stanno le cose, pare che al ragionamento inferenziale che conduce a prevedere il pregiudizio incombente nella sfera giuridica dell'istante non possa applicarsi la disciplina di cui agli artt. 2729 c.c. e quindi la *cooperazione logica* tra la prova dell'evento *di scuotimento* fornita attraverso una presunzione ed il successivo ragionamento inferenziale che conduce alla *prognosi* del pregiudizio incombente non viola il divieto di *praesumptum de praesumpto non admittitur*. In realtà, vi è da dire che lo stesso divieto tradizionale di presumere da presunzioni è stato fatto oggetto di una interessante rivisitazione da parte di SCALAMOGNA, *L'efficacia probatoria degli argomenti di prova*, cit., 1161 ss., nell'ambito di uno studio intorno alla equiparabilità dal punto di vista dell'efficacia probatoria tra *argomento di prova* e *indizio / presunzione*, la quale giunge comunque alla conferma della vigenza del suddetto divieto non tanto per la pretesa violazione del contraddittorio che la presunzione da presunzione comporterebbe, bensì perché la cd. "probabilità composta" generata dalla catena di procedimenti logici inferenziali inciderebbe sullo stesso requisito della "gravità" che gli indizi devono raggiungere per poter essere posti a fondamento della decisione giudiziale: muovere da un fatto *noto* in quanto *presunto* per giungere alla dimostrazione di un altro fatto *ignoto* conduce ad un risultato poco attendibile e quindi non "grave" ex art. 2729 c.c. *Contra* FABBRINI, voce *Presunzioni*, cit., 279 ss., anche se si invita il giudice ad usare particolare "prudenza" nell'utilizzo del meccanismo.

Si è dunque dell'idea che mentre per raggiungere un convincimento utile al fine di considerare *probabile* la esistenza del diritto soggettivo (cd. *fumus boni iuris*) sia sufficiente anche la ricorrenza di una *prova atipica quanto alla fonte*, perché idonea a costituire la base di conoscenza che consente al giudice di approdare a quella valutazione di *superfluità* della prova ulteriore ex art. 209 c.p.c. prima di quanto non gli sia consentito di fare nel processo ordinario, nella quale successiva ed eventuale sede il convincimento prodotto in virtù di quella prova dovrà poi essere suffragato da altri elementi perché la parte vittoriosa in sede cautelare possa vedere *dichiarata* la *esistenza* del diritto vantato, per provare invece la sussistenza dell'evento dal quale far partire il ragionamento prognostico che conduce alla verifica della sussistenza del *periculum*, siccome la cognizione su tale requisito deve essere compiutamente (e *definitivamente*) esplicita in tale fase, allora la *prova atipica* idonea a costituire *indizio* o *argomento* della sussistenza di tale evento dovrebbe essere suffragata da altri elementi probatori che siano con le risultanze di quella concordanti.

§ 3.a – Il problema dell'ammissibilità e dell'efficacia delle prove raccolte nella fase cautelare all'interno del giudizio di merito.

La asserita diversità di *oggetti* tra processo cautelare e processo ordinario di merito impone a questo punto di indagare il problema della utilizzabilità ed efficacia delle prove raccolte nel procedimento cautelare all'interno del successivo ed eventuale procedimento di merito *a cognizione piena*.

Sulla questione le posizioni della dottrina e della giurisprudenza sono molto varie e vanno dalla inutilizzabilità di qualsiasi risultato³⁵⁷,

³⁵⁷ VERDE, in *Codice di procedura civile*, a cura di Verde - Di Nanni, cit., 464; MONTESANO, *Strumentalità e superficialità*, cit., 313 ss., il quale invece esprimeva preoccupazione proprio per l'esasperazione "garantista" dell'istruttoria probatoria cautelare che frustrerebbe troppo l'esigenza di celerità, già ridotta secondo l'Autore dalle nuove disposizioni del 1990, così che i giudici, già poco inclini a *non rinnovare* effettivamente nel successivo processo di merito le indagini compiute in sede cautelare, assai più difficilmente avrebbero disposto la riassunzione delle prove con le modalità di

dovendosi pertanto procedere alla *rinnovazione* della prova secondo le regole dell'istruttoria ordinaria, alla ammissibilità della prova con valore o pari all'*indizio*³⁵⁸ o assimilabile all'*argomento di prova*³⁵⁹.

Tuttavia, è stato anche sostenuto che se sono state assunte prove atipiche *quanto alla fonte*, ma nel rispetto delle regole di assunzione di cui agli artt. 202 ss. c.p.c., allora le risultanze saranno utilizzabili *con lo stesso valore a suo tempo riconosciuto ai singoli mezzi*; se invece l'informalità ha riguardato il *modo di acquisizione*, allora il risultato non potrà avere alcun valore³⁶⁰.

La giurisprudenza si assesta tendenzialmente su posizioni più aperte nei confronti della utilizzabilità delle risultanze provenienti dalla fase cautelare all'interno del processo di merito, con la precisazione che ove le prove siano state acquisite nella prima fase secondo le forme previste dagli artt. 202 ss. c.p.c. ed abbiano avuto lo stesso *oggetto* (cioè

cui al libro II del c.p.c., laddove gli elementi probatori fossero stati assunti in sede cautelare già con tali forme o comunque con modalità molto simili. Secondo PROTO PISANI, *L'istruzione probatoria nei procedimenti sommari*, cit., gli elementi di prova raccolti nella fase sommaria non potranno essere utilizzati in sede di cognizione piena salva la possibilità per le parti di *non contestare* tutti o parte dei risultati dell'istruzione sommaria.

³⁵⁸ In questo senso sembra esprimersi anche BARLETTA, *La riproposizione della domanda cautelare*, cit., 170 ss. secondo il quale di norma i mezzi di prova già acquisiti in sede cautelare devono essere nuovamente eseguiti dinanzi al giudice del merito, ad eccezione delle prove assunte secondo le forme ordinarie e delle prove legali eventualmente formate nel cautelare; sul piano pratico, però, l'A. osserva che il giudizio di merito si rivela spesso una reiterazione delle attività già svolte in sede cautelare, cosicché le parti difficilmente potranno vedere un ribaltamento delle statuizioni assunte nella prima fase, soprattutto quando l'istruttoria cautelare sia stata particolarmente approfondita ed accurata: non è un caso, allora, che l'attenuazione della strumentalità prevista dalla nuova configurazione dell'art. 669 *octies* c.p.c., 6° co., abbia riguardato soprattutto i provvedimenti ex art. 700 c.p.c. e quelli *anticipatori* rispetto ai quali prima della riforma del 2005 l'instaurazione del giudizio di merito non di rado serviva solo a mantenere efficaci le misure cautelari già concesse, non essendovi particolare interesse per le parti a ricevere un provvedimento definitivo con tutta probabilità avente il medesimo segno di quello cautelare. Queste riflessioni potrebbero fornire lo spunto per riconsiderare quella tesi della giurisprudenza costituzionale citata nelle prime battute del presente lavoro ed avente ad oggetto la q. l. c. dell'art. 51, n. 4, c.p.c. in riferimento all'obbligo di astensione da parte del giudice designato per il merito che abbia già emesso il provvedimento cautelare.

³⁵⁹ MONTESANO - ARIETA, *Diritto processuale civile*, cit., III, 198; OLIVIERI, *I provvedimenti cautelari nel nuovo processo civile*, cit., 704.

³⁶⁰ G. F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., 483 ss.

siano state espletate *sugli stessi fatti*) allora i relativi risultati sarebbero idonei a fondare nel processo di merito il giudizio di *superfluità* della prova ex art. 209 c.p.c.; negli altri casi, quindi, quando la *deformalizzazione* dell'istruttoria sia stata intesa al punto da assumere il mezzo senza il rispetto delle formalità *non essenziali* al contraddittorio ed al diritto di difesa delle parti, allora il giudice potrebbe usare le risultanze istruttorie della prima fase ai fini del proprio convincimento ma esse non sarebbero idonee a fondare il giudizio di *superfluità* della prova dedotta sullo stesso oggetto ma nel rispetto delle forme ordinarie.

Si conferma dunque l'impressione che una *norma-chiave* per risolvere molte delle questioni poste dall'istruttoria cautelare è proprio l'art. 209 c.p.c. e pertanto sulla opportuna lettura di tale disposto pare necessaria qualche precisazione.

Un'interpretazione giurisprudenziale da sempre molto criticata dalla dottrina attribuisce al giudice un potere pressoché assoluto di rifiutare l'ammissione o l'assunzione di prove ulteriori se nel corso dell'istruzione questi ritenga di aver raggiunto il *pieno convincimento* sui fatti di causa³⁶¹ e, per quel che più interessa ai nostri fini, si afferma in

³⁶¹ Cass. Civ. 27.7.1993 n. 8396 in Rep. giust. civ. 1993, voce *Prova civile*, 13: "Non è censurabile in sede di legittimità il giudizio (anche implicito) espresso dal giudice di merito in ordine alla *superfluità* della prova testimoniale dedotta da una parte, specie quando lo stesso giudice abbia con ragionamento logico e giuridicamente corretto, ritenuto di avere già raggiunto, in base all'istruzione probatoria già esperita, la certezza degli elementi necessari per la decisione"; Cass. Civ. 24.2.1982 n. 1142, in Giust. civ. mass. 1982, 2: "Il giudice del merito nell'esercizio dei suoi poteri discrezionali ex art. 116 c.p.c., non è tenuto a dare ingresso ad ulteriore istruttoria richiesta dalle parti quando, in base agli elementi probatori già acquisiti, si sia formato un sicuro convincimento contrario a quanto si vorrebbe dimostrare; nè è tenuto a richiamare e discutere analiticamente tutte le prove acquisite al processo, essendo sufficiente che proceda ad una valutazione anche complessiva e sintetica del materiale probatorio sottoposto al suo esame, sempreché da quella valutazione risultino individuati gli elementi ritenuti più attendibili ed idonei ai fini della decisione, ed emerga, altresì, la certezza che nel momento formativo del proprio convincimento il giudice abbia tenuto presenti anche gli altri elementi che, in contrasto con i primi, avrebbero potuto sorreggere una diversa decisione"; nello stesso senso Cass. Civ. 22.4.1981 n. 2356, in Rep. giust. civ. 1981, voce *Prova civile* n. 36; Cass. Civ. 6.4.1981 n. 1949, ivi, voce cit., n. 37.

alcune pronunce anche che la dichiarazione di *superfluità* delle prove ulteriori può essere legittimata da prove *presuntive*³⁶².

Opportunamente, pertanto, autorevole dottrina ha proposto un'interpretazione più rigorosa della norma, nel senso che il giudice può rifiutare di assumere elementi di prova ulteriori solo allorché questi siano *conformi* al convincimento che il giudice si sia già formato³⁶³.

³⁶² Cass. Civ. 20.6.1994 n. 5925, in Giust. civ. mass. 1994, 6: “Il giudice del merito non è tenuto ad ammettere ulteriori mezzi di prova richiesti dalle parti, allorché sulla base delle risultanze istruttorie acquistate al processo sia già in grado di formarsi un convincimento, anche se il fondamento del medesimo sia affidato a *presunzioni*, atteso che, fatta eccezione per il giuramento - per il quale esiste la specifica disposizione dell'art. 2738 c.c. - non vi è gerarchia fra i mezzi di prova ai quali è dato attingere elementi per la decisione, sicché il giudice stesso resta libero di scegliere quelli che reputi più attendibili ed efficaci”; nello stesso senso Cass. Civ. 9.5.1987 n. 4294, in Giust. civ. mass. 1987, 5: “Il giudice del merito, nell'esercizio dei suoi poteri discrezionali, non è tenuto a disporre i mezzi istruttori richiesti dalle parti, quando, in base agli elementi acquisiti al processo, *ancorché solo di carattere presuntivo*, si sia formato un convincimento conforme alla circostanza dedotta come capitolo di prova per testi - e quindi in contrasto con la deduzione in controprova diretta - e neppure è tenuto a respingere espressamente e motivatamente la richiesta, se la *superfluità* dell'attività istruttoria invocata possa implicitamente dedursi dal complesso della motivazione adottata”. In senso più cauto Cass. Civ. 23.2.1987 n. 1913, in Giust. civ. mass. 1987, 2: “Il giudice del merito, pur essendo libero nella individuazione e valutazione delle fonti del proprio convincimento e, conseguentemente, di negare ingresso ad un'ulteriore istruttoria richiesta dalle parti quando, in base agli elementi probatori già acquisiti, si sia formato un sicuro convincimento contrario a quanto si sarebbe voluto dimostrare, non può, tuttavia - senza incorrere in vizio di motivazione - ritenere *superflua* e inammissibile una prova testimoniale mirante a dimostrare i fatti posti a fondamento della domanda dando, poi, risalto decisivo, ai fini della esclusione di tali fatti, ad elementi di semplice carattere indiziario, ed addebitando al deducente quella prova il mancato assolvimento dell'onere probatorio gravante sullo stesso.

³⁶³ TARUFFO, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, cit., 430; ID., *Il diritto alla prova nel processo civile*, cit., 98: la prova è *superflua* “solo quando ciò che essa intende dimostrare è già stato *altrimenti* dimostrato” (corsi nostri). Stessa linea perseguita da COMOGLIO, *Il principio di economia processuale*, I, Padova 1980, 202, secondo il quale la reiezione di ulteriori richieste non si giustificerebbe neppure alla luce dell'economia processuale, perché le prove *rilevanti* sono tali perché mirano a fornire una rappresentazione *difforme* da quella già nota e perciò sono idonee a modificare il convincimento del giudice. Peraltro, è da segnalare che anche in alcune pronunce la Corte di Cassazione sembra assumere per implicito l'impostazione della dottrina testè riferita in relazione allo specifico mezzo dell'interrogatorio formale, laddove sostiene che “L'ammissione dell'interrogatorio formale non può essere negata, assumendosene l'inconcludenza, per il solo fatto che la parte interroganda abbia, in atti processuali pregressi, smentito quanto dedotto in interrogatorio, in quanto lo scopo dell'interrogatorio formale è proprio quello di provocare la confessione della parte” (così Cass. Civ. 12.10.1998 n. 10077, in Giust. civ. mass. 1998, 2063); infatti, ove si perseguisse l'idea che la prova è *superflua* quando il giudice si sia già formato un

La riferita tendenza giurisprudenziale apre scenari problematici in tema di prove *atipiche* in generale, ed in particolare in riferimento agli esiti probatori dell'istruzione *deformalizzata*: sotto il primo aspetto, infatti, è stato sostenuto che, accogliendo l'insegnamento giurisprudenziale richiamato, il giudice potrebbe ritenere chiusa l'istruzione avendo assunto solo materiale *atipico*, rifiutando l'acquisizione di prove *tipiche*, riconoscendo così implicitamente un'efficacia maggiore alle prove *atipiche* rispetto a quelle *tipiche*³⁶⁴; sotto il secondo profilo, la problematica si innesta con quella del valore attribuibile agli esiti probatori di altri processi, e pertanto si rivela interessante indagare se i risultati acquisiti in tale ambito possano essere ripresi per risolvere i problemi posti dall'acquisizione nella fase del merito di risultati probatori acquisiti in quella cautelare.

Abbiamo accennato al fatto che in tema di risultanze probatorie provenienti *da altri processi* la giurisprudenza oscilla tra un orientamento

convincimento sufficiente sul fatto, allora la richiesta di interrogatorio formale su fatti intorno ai quali la parte si è già espressa dovrebbe essere dichiarato superfluo, mentre così non è proprio perché la *confessione* della parte, quale possibile esito del mezzo, è idonea a prefigurare un risultato probatorio diverso rispetto a quello fino a quel momento emerso. Si ricordi infine che SATTÀ, in *Commentario al codice di procedura civile*, II, Milano 1966, 149, limitava l'ipotesi di chiusura dell'istruzione ex art. 209 c.p.c. alla prova testimoniale, nel senso che qualora molti testi avessero depresso in un certo senso il giudice avrebbe potuto chiudere anticipatamente l'istruzione: si tratterebbe così di una facoltà parallela a quella dell'art. 245 c.p.c., con la differenza che mentre la riduzione della lista testi avviene *a priori*, nel caso dell'art. 209 avviene *a posteriori*. Nel senso della correlazione tra potere di riduzione della lista testi e potere di dichiarare chiusa l'istruzione si veda la sentenza della Suprema Corte del 16.5.2000 n. 6361, in Giust. civ. mass. 2000, 1038: "La riduzione delle liste testimoniali sovrabbondanti costituisce un potere tipicamente discrezionale del giudice di merito (non censurabile in sede di legittimità) *che può essere esercitato anche nel corso dell'espletamento della prova*, potendo il giudice non esaurire l'esame di tutti i testi ammessi qualora, per i risultati raggiunti, ritenga superflua l'ulteriore assunzione della prova. Tale ultima valutazione non deve essere necessariamente espressa, potendo desumersi per implicito dal complesso della motivazione della sentenza" (corsivi nostri).

³⁶⁴ G. F. RICCI, cit., 509 ss. Con ciò ovviamente l'Autore non vuole sostenere che le prove *atipiche* non possano in certi casi avere autonoma valenza decisoria, che anzi questa è la tesi che viene perseguita nella monografia, ma che se il *diritto alla prova* è riconosciuto come valore, esso non può essere limitato o fatto venire meno da alcuna istruttoria, *tipica* o *atipica* che sia, per lo meno fino a quando il suo esercizio è in grado di cambiare l'esito dell'accertamento.

che tende ad attribuire alla categoria di prove in discorso *lo stesso valore* che avevano nel processo in cui si sono formate, potendo il giudice utilizzarle e desumere da esse elementi che devono però costituire oggetto di *autonoma valutazione*, cioè senza essere vincolato da quella che l'altro giudice ne abbia fatto nel giudizio in cui sono state raccolte³⁶⁵, ed un altro che invece valuta le prove in discorso alla stregua dell'*indizio*, in quanto formatesi senza l'osservanza del contraddittorio³⁶⁶.

³⁶⁵ Cass. Civ. 16.1.2009 n. 1039, in Foro it. 2009, 3, 701: "In tema di nullità del matrimonio concordatario per incapacità di uno dei contraenti, dichiarato interdetto successivamente alle nozze, *il giudice può fondare il proprio convincimento sullo stato di incapacità su prove raccolte in altri giudizi* (nella specie, la Suprema Corte ha confermato la sentenza di merito che aveva posto a fondamento della propria decisione la c.t.u. espletata nel processo civile di interdizione del coniuge di cui si tratta, nonché sulla perizia espletata nel procedimento penale a carico dell'altro coniuge per il reato di circonvenzione di incapace, pur se la sentenza di condanna non era ancora passata in giudicato); Cass. Civ., sez. lav., 5.12.2008 n. 28855, in Giust. civ. mass. 2008, 12, 1746: "Il giudice di merito *può legittimamente tenere conto*, ai fini della sua decisione, *delle risultanze di una consulenza tecnica acquisita in un diverso processo*, anche di natura penale ed anche se celebrato tra altre parti, atteso che, se la relativa documentazione viene ritualmente acquisita al processo civile, le parti di quest'ultimo possono farne oggetto di valutazione critica e stimolare la valutazione giudiziale su di essa. (Nella specie la S.C. ha ritenuto che correttamente il giudice del lavoro avesse tenuto in considerazione le risultanze di una consulenza contabile ordinata dal g.i.p. nel corso di un incidente probatorio ed avente ad oggetto il comportamento illecito del dipendente di una banca citata in giudizio da un creditore di detto dipendente perché fosse valutata la legittimità dell'eccezione di compensazione - sollevata da detta banca - tra le somme dovute dal dipendente medesimo a titolo risarcitorio e quelle cui la banca era tenuta a titolo di t.f.r. a favore di quest'ultimo); Cass. Civ. 20.1.1995 n. 623, in Giust. civ. 1995, I, 2461: "Il giudice può utilizzare, per la formazione del proprio convincimento, anche le prove raccolte in un diverso processo, svoltosi tra le stesse o altre parti, una volta che la relativa documentazione sia stata ritualmente prodotta dalla parte interessata (nella specie la S.C. ha ritenuto adeguata la motivazione del giudice di merito che aveva valorizzato una perizia effettuata in un procedimento penale - al quale l'appellante non aveva partecipato -, tenendo presente da un lato l'irripetibilità degli accertamenti all'epoca compiuti e dall'altro che l'appellante neanche nel secondo grado, dopo che tale perizia era già stata posta a base della sentenza di primo grado, non ne aveva contestati, pur avendone la possibilità, metodi e risultati, mediante la produzione di elaboratori tecnici e la deduzione di altri mezzi di prova) (corsivi nostri). Nello stesso senso v. Cass. Civ. 17.1.1995 n. 478, in Rep. giust. civ. 1995, 41; Tribunale di Milano, V sez., 22.2.2008 n. 2352, Giustizia a Milano 2008, 4, 32.

³⁶⁶ Cass. Civ. 7.7.2010 n. 16010, in Dir. gius. 2010, con nota di GALLUCCI: "Il giudice è libero di utilizzare, per la formazione del suo convincimento, anche prove raccolte in un diverso processo, - tra le stesse parti o tra altre parti - le quali possono valere come semplici *indizi*, atti a fornire elementi indiretti e concorrenti di giudizio, ed essere *complessivamente valutabili nel procedimento logico induttivo e presuntivo* per l'accertamento del fatto controverso. In ragione di ciò la Cassazione ha confermato il giudizio di merito secondo il quale un condomino aveva chiesto e ottenuto dal condominio il risarcimento dei danni da infiltrazioni d'acqua sulla base degli

Per quel che riguarda più da vicino l'istruttoria *deformalizzata*, la giurisprudenza si è pronunciata soprattutto in tema di giudizio possessorio, in quanto le prassi che tendevano alla unificazione della fase interdittale con quella di merito, o comunque alla loro *sovrapposizione*, hanno probabilmente avuto una certa influenza nell'emersione dell'orientamento³⁶⁷ in base al quale quando i mezzi istruttori sono stati assunti nella fase sommaria attraverso le forme dell'istruzione ordinaria

accertamenti tecnici preventivi svolti in occasione di una situazione simile posta in essere da un diverso condomino"; Cass. Civ. 2.3.2009 n. 5009, in Giust. civ. mass. 2009, 3; Cass. Civ. 7.3.1995 n. 2616, in Rep. Foro it. 1995, voce *Sentenza civile*, n. 55: "Al responsabile del danno, convenuto in via di surrogazione ai sensi dell'art. 1916 c.c. dall'assicuratore privato o pubblico (nella specie: l'INAIL) che ha risarcito il danno non possono essere opposte le risultanze del processo svoltosi fra il danneggiato e l'assicuratore senza la partecipazione del detto responsabile, qualora si tratti di circostanze rilevanti al fine di determinare la misura del risarcimento cui questi sarebbe tenuto verso il danneggiante. Difetta pertanto di motivazione la sentenza che, considerandole come pacificamente accertate, *ponga tali circostanze a fondamento della decisione ancorché esse abbiano formato oggetto di contestazione da parte del convenuto*, perché se il giudice è libero di utilizzare per la formazione del suo convincimento anche prove raccolte in un diverso processo svoltosi fra le stesse o altre parti, una volta che la relativa documentazione sia ritualmente esibita dalla parte interessata, secondo le regole dell'allegazione, *tali prove possono valere come semplici indizi idonei a fornire elementi indiretti e concorrenti di giudizio e non anche ad assurgere a fonte determinante per l'accertamento del fatto controverso*, in mancanza di adeguato raffronto critico con le altre risultanze del processo"; Cass. Civ., sez. lav., 11.12.1999 n. 13889, ivi 1999, voce *Prova civile in genere*, n. 22; Cass. Civ. 20.12.1994 n. 10972, ivi 1994, voce *Prova civile in genere*, n. 21. L'assenza di contraddittorio e di oralità è la ragione per la quale il Legislatore sceglie peraltro di attribuire alle prove raccolte nel processo estinto l'efficacia di *argomento di prova*, perpetrando una scelta giustificabile sul piano sistematico solo dal punto di vista di politica legislativa. Infatti, come è stato di recente acutamente osservato (SCALAMOGNA, *L'efficacia probatoria degli argomenti di prova*, cit., 1174 ss.), quello raccolto nel processo estinto, a differenza delle altre ipotesi che producono esiti istruttori valutabili come *argomenti di prova* (mancata ed ingiustificata ottemperanza all'ordine di ispezione e di esibizione, mancata conoscenza dei fatti di causa da parte del procuratore, comportamento processuale della parte, etc.), è "materiale istruttorio vero e proprio", pertanto non si potrà discorrere di "incapacità dimostrativa strutturale". Tra le prove del processo estinto e gli *argomenti di prova* non sussisterebbe alcun punto di incontro e così l'interprete si trova dinanzi al dubbio se ritenere che il rinvio operato dall'art. 310, 3° co., al 116, 2° co., c.p.c. sia frutto di un errore, oppure se vedere in tale rinvio la precisa volontà del Legislatore di rendere le prime inidonee a fondare la decisione nell'eventuale nuovo processo; poiché difficilmente sarebbe sostenibile l'idea della "svista", bisogna concludere per la seconda possibilità. Così, riducendo l'efficacia dimostrativa degli argomenti di prova si viene a ridimensionare anche quella delle prove *atipiche*: "sarebbe contraddittorio ritenere che le prove provenienti dal processo estinto degradino, nel nuovo processo, in argomenti di prova e, quindi, divengano inidonee alla decisione, ed affermare che la stessa sorte non spetti alle altre prove provenienti *aliunde* o ad altri elementi, come gli scritti dei terzi, che rappresentano un *minus* rispetto alle

sono qualificabili come vere e proprie “prove” e pertanto giustificano la valutazione di *superfluità* della richiesta di assunzione sulle medesime circostanze di fatto³⁶⁸.

Pertanto, se l'istruttoria *sommatoria*, che dovrebbe essere assunta secondo procedimenti sganciati dal rispetto delle forme, quanto meno da quelle *non essenziali*, viene invece condotta proprio secondo gli schemi formali del procedimento a cognizione piena, allora le “prove” raccolte

prove del processo estinto, che sono state assunte tra le stesse parti in relazione allo stesso oggetto”.

³⁶⁷ Così PENTANGELO, *L'istruttoria nei procedimenti sommari*, Relazione tenuta all'incontro di studio organizzato dal CSM sul tema *Le prove nel processo civile*, Frascati, 24-26 maggio 1999, ora in Quaderni del CSM, I, 1999, 133 ss.

³⁶⁸ Con particolare riferimento alla deposizione testimoniale, che statisticamente è l'ipotesi che ha dato maggiori opportunità alla giurisprudenza di pronunciarsi, di recente Cass. Civ. 20.1.2009 n. 1386, in Giust. civ. mass. 2009, 1, 84: “Nel procedimento possessorio, la sentenza che definisce il giudizio a cognizione piena può basarsi *esclusivamente* sugli elementi raccolti in fase di cognizione sommatoria, allorché questi consentano al giudice di decidere la causa senza escludere le *sommatorie informazioni* fornite dai testimoni nella prima fase del procedimento, in quanto idonee a fondare, in sede di decisione, il libero convincimento del giudice” (corsivi nostri). In motivazione si legge anche che “Va a questo punto rilevato che è pacifico nella giurisprudenza di legittimità il principio secondo cui *il giudice del merito non è tenuto ad ammettere i mezzi di prova dedotti dalle parti ove ritenga sufficientemente istruito il processo e di essere già in grado di formarsi un convincimento*. Rientra infatti nel potere discrezionale del giudice del merito accogliere o rigettare l'istanza di ammissione di mezzi istruttori senza che il provvedimento negativo possa essere censurato in sede di legittimità quando la motivazione risulti immune da vizi logici o giuridici”. Nello stesso senso v. Cass. Civ. 21.11.2006 n. 24705, in Giust. civ. mass. 2006, 11; più risalente nel tempo Cass. Civ. 9.6.1986 n. 3820, in Giust. civ. 1987, I, 2635: “Le dichiarazioni assunte dal pretore nella prima fase del procedimento possessorio come semplici informazioni e senza l'osservanza delle forme di cui all'art. 244 ss. c.p.c. non possono essere considerate, per il loro carattere di sommarietà ed informalità, prove testimoniali vere e proprie e, pertanto, non sono preclusive dell'ammissione nella fase di cognizione piena, anche in grado d'appello, di una prova testimoniale sulle stesse circostanze. *Detta preclusione si verifica, invece, quando il pretore, ai sensi del comma 3 dell'art. 689 c.p.c., abbia sentito sotto il vincolo del giuramento i testimoni indicati dalle parti sulle circostanze indicate nel ricorso*” (corsivi nostri). Ragionando *a contrario* lo stesso si evince da Cass. Civ. 29.3.1982 n. 1955, in Giust. civ. mass. 1982, 3. Più in generale per il rapporto tra risultati probatori raggiunti in sede cautelare ed efficacia degli stessi in sede di merito v. Tribunale di Reggio Calabria, sez. lav., 16.11.2007, in Red.Giuffrè 2008: “L'art. 669 *octies* comma ultimo c.p.c. preclude che l'autorità del provvedimento cautelare possa essere invocata nel giudizio di merito avente ad oggetto il risarcimento del danno derivante dal comportamento valutato in sede cautelare. Ma *questo non preclude che le prove raccolte in sede cautelare possano essere utilizzate, anche quale fonte esclusiva di convincimento giudiziale, in sede di merito*. Un conto è infatti l'autorità di una pronuncia giurisdizionale, e quindi la sua opponibilità quale provvedimento giurisdizionale, altro è l'utilizzabilità delle risultanze in esso *raccolte in altro processo*” (corsivi nostri); in motivazione il Tribunale richiama a sostegno

all'interno di questa fase sarebbero idonee *anche da sole* a giustificare la decisione di merito sul diritto. Seguendo questa prospettiva, peraltro, la giurisprudenza sembra superare anche l'orientamento più rigoroso cui si è fatto cenno in tema di *prove raccolte in un altro processo*, laddove ha invece affermato che le risultanze probatorie possono valere nel successivo processo come meri *indizi*³⁶⁹.

A questo punto, il problema può essere risolto seguendo due strade.

Se si vuole attribuire alle risultanze probatorie *deformalizzate* un valore probatorio assoluto in tutti i casi in cui il problema di tale valore si pone, allora per coerenza sistematica la conclusione non potrebbe che essere influenzata dai risultati cui si è pervenuti in tema di prove raccolte *in altro processo*, in considerazione della acquisita diversità di *oggetti* e di *ambito della cognizione* tra processo cautelare e processo ordinario di merito. Così, le soluzioni che si prospettano sono almeno due: o si attribuisce ad esse l'efficacia probatoria dell'*argomento di prova*, con ciò parificando questa ipotesi a quanto espressamente previsto a proposito delle prove raccolte nel processo estinto³⁷⁰, valorizzando la identità di *ratio* tra l'ipotesi in esame e quella che ha mosso il Legislatore a dettare la disposizione di cui all'art. 310, 3° co., c.p.c., oppure si valutano nella

dell'affermazione proprio la giurisprudenza formatasi in relazione all'efficacia probatoria delle prove provenienti da altri processi: "Sul punto la giurisprudenza ha stabilito il principio secondo cui *"Il giudice di merito può utilizzare, in mancanza di qualsiasi divieto di legge, anche le prove raccolte in un diverso giudizio tra le stesse parti o tra altre parti, delle quali la sentenza che in detto giudizio sia stata pronunciata costituisce documentazione"* (Cassazione civile, sez. III, 31 ottobre 2005, n. 21115; conf. Cass. 13889/99)... i suesposti principi possono trovare applicazione anche in relazione alle risultanze del giudizio cautelare, delle quali l'ordinanza che tale giudizio ha definito costituisce documentazione".

³⁶⁹ V. giurisprudenza richiamata in nota n. 362.

³⁷⁰ Tuttavia, se si valorizzasse la "rottura" rappresentata dal valore attribuito alle prove provenienti dal processo estinto rispetto alla natura *sussidiaria* che tutti gli altri *argomenti di prova* presentano, essendo le prime "prove vere e proprie, assunte tra le stesse parti, in relazione al medesimo oggetto, ma dinanzi ad un altro giudice, e che, quindi, nulla hanno in comune con gli altri argomenti di prova" (SCALAMOGNA, cit., 1174 ss.), allora la eccezionalità della previsione di cui all'art. 310 c.p.c. 3° co. dovrebbe determinare la non estendibilità della portata applicativa sua propria oltre i confini delineati dalla norma stessa, non potendosi attribuire la minore efficacia dell'*argomento di prova* ad ogni risultato probatorio proveniente da altro processo.

sede di merito le prove raccolte nella fase sommaria alla stregua dell'*indizio*, ovviamente se si resta nel solco tradizionale, che in questa sede non si hanno motivi per non confermare, che esista apprezzabile differenza tra *argomenti di prova* e le *presunzioni semplici* in punto di efficacia probatoria e di idoneità a fondare il convincimento del giudice sul fatto³⁷¹.

Si potrebbe anche seguire, però, la strada percorsa dalla giurisprudenza, portata a valorizzare le *circostanze concrete* nelle quali i singoli mezzi di prova vengono esperiti, attribuendo un diverso valore probatorio a seconda del *grado di formalismo* di volta in volta rispettato: il risultato pratico non sarebbe di poco momento, in quanto potendo il giudice fondare il proprio convincimento anche solo sulle risultanze probatorie provenienti dal processo cautelare l'eventuale mancanza, nel giudizio di merito, di una richiesta di prova sui medesimi fatti avanzata dalla parte vittoriosa nella prima fase e, di conseguenza, la mancanza della richiesta di *prova contraria* da parte del soccombente, potrebbe determinare *ipso facto* l'accoglimento della domanda e quindi l'accertamento *decisorio* sul diritto posto a fondamento di quella³⁷².

³⁷¹ Alla dottrina che tenta di assimilare gli *argomenti di prova* alle *presunzioni semplici* si è obiettato che ritenendo che con l'art. 116, 2° co., c.p.c. il Legislatore abbia inteso semplicemente autorizzare il giudice ad apprezzare anche gli elementi in essa indicati, ne deriverebbe l'inutilità della disposizione stessa in quanto il suo valore cogente si esaurirebbe nel solo primo comma (ANDRIOLI, voce *Prova*, cit., 289). Un'ulteriore critica si è invece fondata sulla considerazione che permettendo al giudice di inferire l'esistenza, l'inesistenza o il modo d'essere di un fatto da un *argomento di prova* verrebbe leso il divieto di *presumere da presunzioni* (ANDRIOLI, voce *Presunzioni*, (*dir. civile e dir. proc. civile*), in Nss. dig. it., XV, Torino 1967, 770), poiché equiparando gli *argomenti di prova* alle *presunzioni semplici*, discenderebbe che il fatto noto, punto di partenza del ragionamento presuntivo ex art. 2729 c.c., sarebbe un accadimento processuale che, per essere rilevante ai fini dei fatti, necessiterebbe di una prima inferenza presuntiva che si verrebbe ad aggiungere a quella che conduce al fatto ignorato. Quest'ultimo divieto trova implicito riconoscimento nel nostro ordinamento positivo per il tramite dei requisiti della *gravità e precisione* che, ai sensi dell'art. 2729 c.c., il ragionamento presuntivo deve presentare per poter essere posto a fondamento della decisione giudiziale.

³⁷² V. in questo senso quanto statuito dal Tribunale di Reggio Calabria 16.11.2007, cit., laddove in motivazione si legge: "Parte resistente si è limitata ad eccepire in diritto l'inopponibilità del provvedimento cautelare e la mancanza di allegazione dei fatti lesivi, *senza allegare circostanze idonee a superare le risultanze del giudizio cautelare*."

Tuttavia, è necessario domandarsi se sia o meno legittimo l'utilizzo nell'istruttoria cautelare di tutto il corredo di formalismi previsti dal codice di procedura per il rito ordinario, perché se si convenisse sull'affermazione in base alla quale sebbene gli artt. 202 ss. c.p.c. rappresentino il *modello di riferimento* dei singoli atti di istruzione del procedimento cautelare questi ultimi non debbano ricalcare esattamente gli schemi delle richiamate disposizioni, così che chi osservasse il singolo mezzo prima nella fase *sommatoria* e poi in quella *a cognizione piena* avrebbe la percezione di trovarsi dinanzi ad un *doppione*, allora un'istruttoria cautelare gestita in maniera eccessivamente *formale* non si vede per quale ragione debba poi riversare i suoi effetti *geneticamente modificati* all'interno del procedimento di merito, esercitando un'indebita efficacia preclusiva della richiesta di assunzione di mezzi di prova sui medesimi fatti già oggetto della *anomala* istruttoria³⁷³.

La prima asserzione - l'inopponibilità del provvedimento cautelare - è, come detto, fondata. Non anche la seconda, visto che già il solo riferimento all'ordinanza cautelare costituisce sufficiente allegazione e prova del fatto-inadempimento. *In mancanza quindi di allegazione di circostanze idonee a superare le risultanze del giudizio cautelare, su di esse si può fondare il convincimento circa l'illegittimità del provvedimento da cui parte ricorrente assume essere derivato il danno risarcibile*" (corsivi nostri). E' evidente che secondo questa discutibile prospettiva non è la parte vittoriosa che deve "ricquistarsi la vittoria", ma è quella soccombente che dovrebbe intendere il giudizio di merito come una sorta di "impugnazione" del provvedimento cautelare sfavorevole.

³⁷³ Per tali ragioni ci pare cogliere nel segno la sentenza della Suprema Corte del 24.8.1990, n. 8676, in Giust. civ. mass. 1990, 8, così massimata "L'audizione di testimoni da parte del pretore nella prima fase del procedimento possessorio, ai sensi del comma 3 dell'art. 689 c.c., non preclude l'ammissione di prova testimoniale sulle stesse circostanze nella successiva fase di merito, nella quale la parte deve fornire la prova del proprio diritto, tenuto conto della funzione della detta audizione, che è strumentale all'adozione di provvedimenti immediati, nonché delle sue peculiari caratteristiche (assenza di giuramento, mancata predisposizione di capitoli separati e specifici, interrogatorio diretto sul luogo)". In motivazione si specifica, tuttavia, che l'assunzione dei testimoni con le modalità previste dall'art. 244 ss. c.p.c...sembra alla Corte *alquanto opinabile e non in sintonia con i principi sopra lumeggiati*" (corsivi nostri), cioè con la non incidenza dell'accertamento condotto mediante l'istruttoria cautelare sull'accertamento del merito del diritto fatto valere nel procedimento di cognizione ordinario. Conforme è Cass. Civ. 22.2.1980 n. 1292, in Giust. civ. mass. 1980, 2, che in tema di azioni di nunciazione ha affermato che "Nel procedimento di nunciazione (la cui struttura, per il rinvio operato dall'art. 703 c.p.c., è analoga a quella dei procedimenti possessori), la fase cautelare, volta ad assicurare gli effetti della futura decisione attraverso una sommatoria informazione sui fatti dedotti al fine di accertare l'opportunità o meno dell'emissione dei provvedimenti urgenti, è del tutto distinta dalla fase di merito, nella quale è necessario approfondire l'indagine circa l'esistenza o l'inesistenza dei

Se questo è vero possiamo allora ribadire quanto sostenuto a proposito della *necessità* di un'attività istruttoria in sede cautelare, ed in particolar modo nel procedimento a contraddittorio instaurato, per la conferma dell'ipotesi sul fatto: l'istruttoria modellata sulle forme ordinarie è *necessaria* anche se esiste il rischio ch'essa sia condotta secondo modalità *non consono* alla funzione del procedimento cautelare, poiché questo è un rischio che il processo nel suo complesso deve correre. Di qui a favorire un'istruttoria cautelare condotta in base *alle stesse forme* del procedimento ordinario, così che i suoi esiti possano influire *in senso preclusivo* sul diritto alla prova delle parti nel procedimento a cognizione piena il passo ci pare troppo lungo.

Pertanto, pur rilevando la "rottura" che rappresenta l'art. 310, 3° co., c.p.c. nella misura in cui ha relegato al rango *inferiore* dell'*argomento di prova* le prove raccolte nel processo estinto, laddove la struttura di questo genere di prove è oggettivamente diversa rispetto a quella delle altre ipotesi alle quali la legge attribuisce il medesimo valore, parrebbe che la "ingombrante" presenza di tale disposto eserciti la sua influenza anche sul tema in discorso e quindi sulla scelta del valore probatorio da attribuire alle prove raccolte nel processo cautelare quando esse siano dedotte all'interno del processo di merito³⁷⁴.

Tale conclusione sembrerebbe peraltro trovare conferma anche nel disposto del nuovo art. 59 della legge n. 69 del 2009 che disciplina in

presupposti addotti a fondamento della tutela, possessoria o petitoria, domandata dal ricorrente. Ne consegue che, nella seconda fase, *le parti non incontrano alcuna preclusione in ordine alle prove che intendono fornire per suffragare le loro richieste*, tendenti non più ad un accertamento sommario bensì alla "plena cognitio" del fondamento o meno dell'azione promossa, e che, in particolare, *non contrasta col principio della concentrazione della prova, stabilito dall'art. 244 c.p.c., l'assunzione di nuovi testi nella fase di merito, ancorché sugli stessi fatti sia stata già espletata una prova testimoniale nella fase cautelare*" (corsivi nostri).

³⁷⁴ Secondo G. F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., 372- 373, le risultanze probatorie di altri processi non devono essere nemmeno comprese nell'ambito della problematica delle *prove atipiche*, giacché la questione relativa alla efficacia probatoria dei mezzi di prova raccolti altrove va risolta attraverso il criterio dell'*analogia legis* e quindi ad esse va attribuiti il valore garantito alle prove raccolte nel processo estinto dall'art. 310, 3° co., c.p.c. e quindi quello dell'*argomento di prova*.

generale la sorte degli effetti sostanziali e processuali della domanda giudiziale proposta dinanzi al giudice sfornito di giurisdizione e che all'ultimo comma prevede espressamente che: "In ogni caso di riproposizione della domanda davanti al giudice di cui al comma 1, le prove raccolte nel processo davanti al giudice privo di giurisdizione possono essere valutate come *argomenti di prova*"³⁷⁵.

Tuttavia, pur sembrando questi rilievi sistematicamente corretti non si può negare che la conclusione cui conducono stride con i più recenti approdi della giurisprudenza di legittimità in tema di *ragionevole durata* del processo.

Così, per sostenere l'attribuzione di un maggior peso alle risultanze probatorie del processo cautelare all'interno del successivo giudizio di merito potrebbe partirsi proprio dalla valorizzazione del principio previsto nell'ultima parte del secondo comma dell'art. 111 della Costituzione³⁷⁶; di qui, si potrebbe giustificare la valutazione di *superfluità* della richiesta di ulteriori mezzi istruttori per cercare, mediante l'utilizzo delle forme ordinarie, conferma di quegli stessi *fatti*

³⁷⁵ La disposizione peraltro creerà non pochi problemi in merito all'utilizzabilità di prove raccolte nel processo *a quo* quando esse siano state assunte mediante mezzi istruttori non ammessi nel processo *ad quem*, come nel caso dell'utilizzo nel processo tributario come *argomento di prova* della testimonianza raccolta nel processo civile. Premesso che l'opinione prevalente in dottrina è nel senso che la valutazione quali *argomenti di prova* delle prove raccolte nel processo *a quo* si riferisce all'ipotesi in cui la causa venga riproposta, cioè dopo lo scadere dei tre mesi dal passaggio in giudicato della sentenza denegatoria della giurisdizione (così BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile*, in Giust. proc. civ. 2009, 749 ss.; *contra* GLENDI, *La circolarità dell'azione tra le diverse giurisdizioni dell'ordinamento nazionale*, in Circ. trasp. 2009, 2666), è stato affermato che l'attività istruttoria svolta dal giudice preventivamente adito sia da "recepire" da parte del secondo "nella misura in cui le prove siano state raccolte conformemente alle norme stabilite per il processo che si svolge davanti al giudice successivamente investito della causa, altrimenti le stesse saranno utilizzabili come argomenti di prova" (così GIOIA, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di Consolo – De Cristofaro, *La riforma del 2009*, Milano 2009, 496).

³⁷⁶ Vedi per una recente applicazione del principio della *ragionevole durata del processo* in tema di prova Cass. Civ. 17.4.2009 n. 9234, in Giust. civ. mass. 2009, 4, 641: "Alla luce del principio costituzionale della durata ragionevole del giudizio, il giudice può revocare la prosecuzione di una prova orale quando ritenga superflua l'ulteriore assunzione e sufficienti gli elementi raccolti, non essendo necessaria l'escussione di tutti i testi già ammessi, purché la mancata escussione sia razionale e giustificata e ne venga data adeguata motivazione nella sentenza di merito".

che siano stati già oggetto di attività istruttoria cautelare ed il giudice del merito ritenga di poter fondare il proprio convincimento sull'esistenza del diritto anche in base a quell'accertamento.

Seguendo questa impostazione, la problematica dell'efficacia dei risultati probatori del processo cautelare all'interno del giudizio di merito si sgancerebbe definitivamente dalla valutazione del grado di *informalità* col quale i singoli mezzi siano stati assunti nella prima fase, per acquisire dignità propria: considerate le già esaminate *potenzialità* dell'istruzione probatoria che si svolge in sede cautelare, i risultati di essa potrebbero così essere utilizzati dal giudice del merito quale fonte (anche esclusiva) di convincimento laddove egli ritenesse che il grado di conoscenza offerto dall'istruttoria *deformalizzata* sia stato tale da aver somministrato *anche* la prova necessaria ai fini della decisione di merito, così che l'assunzione del mezzo istruttorio ordinario risulterebbe *superflua* nella misura in cui tenderebbe a provare fatti intorno alla verità dei quali sia già sussistente il convincimento del giudice, e pertanto sarebbe del tutto *irragionevole* il suo nuovo espletamento.

Capitolo IV

La “fuga” del procedimento dalle forme ordinarie

SOMMARIO

1. L'istruzione probatoria nel nuovo procedimento *sommario* di cognizione.
 - 1.a. L'efficacia delle prove *deformalizzate* all'interno della fase ordinaria a sèguito di mutamento del rito.
2. Riepilogo e conclusioni.

§ 1. –L’istruzione probatoria nel nuovo procedimento sommario di cognizione.

Negli ultimi tempi abbiamo assistito ad una progressiva “fuga” dei procedimenti giurisdizionali dalle forme del procedimento ordinario di cognizione; tale *scollamento* si riscontra soprattutto in relazione alla fase *istruttoria in senso stretto*, che è quella che frappona il tempo più lungo tra la domanda di tutela, di qualunque tipo essa sia, e la decisione: questo lento ma inesorabile processo di allontanamento registra uno dei momenti più significativi per il discorso fin qui condotto con l’introduzione del procedimento *sommario* di cognizione ex artt. 702 bis ss. c.p.c., introdotto dall’art. 51 della legge n. 69 del 2009³⁷⁷, in quanto per la prima volta il Legislatore ha disancorato la sommarietà del procedimento dalla predeterminazione della fattispecie cui quella forma di tutela può collegarsi³⁷⁸.

A dispetto del *nomen*, la maggioranza della dottrina ne parla come di procedimento che si svolge con *cognizione piena*, anche se con

³⁷⁷ Il quale procedimento, secondo un’opinione dottrinaia, rappresenta una “pericolosa fuga in avanti”, “con delle conseguenze - – forse non convenientemente meditate” (COSÌ CAPPONI, *Note sul procedimento sommario di cognizione (artt. 702 bis ss. c.p.c.)*, in www.judicium.it).

³⁷⁸ COSÌ OLIVIERI, *Al debutto il rito sommario di cognizione*, in G. dir. 2009, 28, 37. Quanto ai procedimenti deformalizzati *tipici* (nel senso che possono instaurarsi solo per determinate categorie di azioni o in presenza di determinati presupposti), disciplinati fuori del codice di procedura, ma che sfociano in procedimenti idonei al giudicato si ricordi la recente introduzione dell’art. 140 bis del cd. Codice del consumo il quale nel disciplinare il procedimento di istruzione probatoria dell’azione di classe stabilisce al comma 11, seconda parte, che “...il tribunale prescrive le misure atte a evitare indebite ripetizioni o complicazioni nella presentazione di prove o argomenti; onera le parti della pubblicità ritenuta necessaria a tutela degli aderenti; regola *nel modo che ritiene più opportuno l’istruzione probatoria* e disciplina ogni altra questione di rito, *omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio*”, con una formula che dunque presenta anch’essa più di un richiamo a quella usata dall’art. 669 *sexies*, 1° co., c.p.c.

struttura semplificata³⁷⁹; lasciando da parte, per ragioni di economia del discorso, la disputa intorno alla natura *sommatoria* o meno del procedimento in generale, quanto all'istruttoria è opinione partecipata che la formula dell'art. 702 *ter*, 5° co., c.p.c. costituisca un chiaro segno della *semplificazione e deformalizzazione* di tale fase processuale.

La particolarità di questo nuovo procedimento sta nel fatto che la valutazione del tipo di *istruzione* che deve essere espletata assume un ruolo centrale, al punto da condizionare la stessa *trattabilità* della causa secondo il rito *sommario*.

Secondo una prima opinione, a differenza di quanto accade negli altri procedimenti *speciali*, ed in particolare rispetto al procedimento cautelare, del quale il *sommario* di cognizione riprende parte del modello istruttorio, la discrezionalità del giudice nell'assumere mezzi di prova

³⁷⁹ Peraltro, come osservato di recente da TISCINI, *L'accertamento del fatto nei procedimenti con struttura sommatoria*, cit., il problema della collocazione sistematica oggi perde progressivamente di rilievo, se si ha riguardo al fatto che possono ritenersi *sommari* una serie molto varia di procedimenti. Ad ogni modo, nel senso della pienezza della cognizione v. BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile*, in Giust. proc. civ. 2009, 749 ss., in partic. par. 23, ed in www.judicium.it, secondo il quale la *semplificazione* riguarda "ogni fase del processo *successiva* a quella introduttiva" (corsivo nostro). Lo stesso Autore fa notare anche la differenza rispetto all'art. 19 d. lgs. n. 5 del 2003, antesignano del processo *sommario* di cognizione, che disciplinava il processo *sommario* per le controversie assoggettate all'oggi abrogato rito societario e che discorreva esplicitamente di "cognizione" *sommatoria*, nonché la differenza con il d.d.l. n. 1524/S/XV (cd. progetto Mastella) che consentiva la pronuncia dell'ordinanza conclusiva allorché il giudice avesse ritenuto "*verosimili*, sulla base degli elementi acquisiti, i fatti che sono posti a fondamento della domanda e *non verosimili* i fatti posti a fondamento delle eccezioni" (espressioni peraltro severamente criticate da PROTO PISANI, in *Contro l'inutile sommarizzazione del processo civile*, in Foro it., 2007, V, 44 ss.). Nel senso della *pienezza* della cognizione v. anche DITTRICH, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, in Riv. dir. proc. 2009, 1582 ss., in partic. 1584, il quale dà particolare rilievo al fatto che diversamente parrebbe difficile comprendere come il legislatore possa aver messo nelle mani dell'attore la scelta di privare il convenuto di un grado di giudizio a cognizione piena. In giurisprudenza vedi Tribunale di Varese 18.11.2009, in Giur. mer. 2010, 2, 406: "Il procedimento sommario di cognizione ex art. 702 *bis* ss. c.p.c. è un processo a cognizione piena, poiché nella sua destinazione prevale la funzione di *accertare definitivamente chi ha ragione e chi ha torto tra le parti*, rispetto alle funzioni che sono proprie dei procedimenti *sommari*, ma sono completamente assenti dal profilo legislativo di questo istituto" (corsivi nostri). Per la cognizione *sommatoria* (in quanto *superficiale*) del nuovo rito v. invece MENCHINI, *L'ultima "idea" del legislatore per accelerare i tempi della tutela dichiarativa dei diritti: il processo sommario di cognizione*, in Corr. Giur. 2009, 8, 1025 ss., ed in www.judicium.it.

andrebbe significativamente limitata, in quanto nel nuovo procedimento l'effetto della decisione non si distingue dal giudizio ordinario, ed è appunto l'attitudine alla cosa giudicata³⁸⁰.

La tesi, pur autorevolmente espressa, da un lato sembra contrastare con quanto si è più volte affermato a proposito delle varie ipotesi di *deformalizzazione* dell'istruttoria previste nel codice di procedura civile, e cioè che la *stabilizzazione* degli effetti e finanche l'attitudine alla cosa giudicata sostanziale non sono di per sé ragioni sufficienti per imporre l'espletamento di un'istruttoria *ordinaria*, in quanto gli effetti del provvedimento non condizionano necessariamente *a ritroso* il tipo di indagine sul fatto³⁸¹; dall'altro, pare mossa da preoccupazioni legate ad una concezione di procedimento cautelare (la cui fase istruttoria costituisce, pur se con significative deviazioni, il modello di riferimento),

³⁸⁰ CAPPONI, *Note sul procedimento sommario di cognizione (artt. 702 bis ss. c.p.c.)*, cit., secondo il quale rispetto al procedimento ordinario "la tutela che si somministra...è esattamente la stessa...", e dunque proprio nel nostro caso riesce meno giustificabile una piena discrezionalità del giudice *nell'accertamento del fatto: l'ammissione di prove atipiche, la deformalizzazione di quella tipica, l'assunzione di informazioni, l'utilizzo indiscriminato di prove formate in altri giudizi, etc.*, sono fenomeni che possono giustificarsi nella logica del procedimento *speciale*, perché questo di norma non conduce ad esiti omologhi al processo ordinario ed è anzi di norma seguito da un accertamento a cognizione piena" (corsivi nostri). Si osservi però che delle peculiarità indicate quali tipiche dell'istruttoria *deformalizzata* ("l'ammissione di prove atipiche, la deformalizzazione di quella tipica, l'assunzione di informazioni, l'utilizzo indiscriminato di prove formate in altri giudizi") non tutte servono a caratterizzare l'istruttoria *deformalizzata* rispetto a quella ordinaria: non così per le prove *atipiche*, le quali con tutte le cautele del caso sembrano aver trovato posto anche nel procedimento ordinario, non per l'assunzione di *informazioni*, poiché se con tale espressione s'intende l'estrinsecazione anche di estesi poteri d'indagine ed ufficiosi tipici del procedimento camerale o del procedimento cautelare a contraddittorio posticipato tale modello non sembra poter trovare spazio nemmeno nel procedimento cautelare ordinario, meno che mai in quello sommario di cognizione, e nemmeno per l'utilizzo indiscriminato di *prove formate in altri giudizi*, in quanto se tale categoria viene ricondotta nell'ambito delle prove *atipiche* valgono le motivazioni sopra proposte. Pertanto, l'unico vero carattere che tra quelli indicati è realmente idoneo a caratterizzare l'istruttoria del procedimento *sommario* di cognizione rispetto a quello ordinario è la *deformalizzazione degli atti tipici*, sulla quale si dovrà appuntare l'esame dell'interprete volta a determinare la compatibilità dell'istituto allo studio con i principi del "giusto processo" regolato dalla legge.

³⁸¹ Così TISCINI, *L'accertamento del fatto nei procedimenti con struttura sommaria*, cit., secondo la quale la *deformalizzazione* dell'istruzione è proprio quello che di sommario che deve essere "salvato" del nuovo procedimento *sommario*. Peraltro, non avrebbe senso porre l'alternativa con la cognizione piena se anche quella *sommaria* fosse assoggettata alle medesime formalità.

del tutto svincolato dal principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, dal principio dell'onere della prova e nel quale il giudice sarebbe non solo sovrano nella scelta delle *modus procedendi*, ma dotato anche di estesi e generalizzati *poteri istruttori d'ufficio*, che si manifesterebbero anche nel potere di richiedere *informazioni* a terzi. Ebbene, se si accolgono le conclusioni predicate nel corso del presente studio si potrebbe dire che gran parte delle preoccupazioni che autorevole dottrina ha manifestato³⁸² nei confronti dell'istituto scemano in maniera significativa: se non è vero che l'istruttoria, sol perché *deformalizzata*, è raffigurabile come una indistinta congerie di attività che vedono le parti come passive comparse di atti discrezionali compiuti dal giudice, se non è vero che quest'ultimo può generalmente decidere anche *extra* o *ultra petita*, se non è vero che i *poteri di istruzione officiosi* hanno l'attitudine a espandersi in maniera generalizzata tanto da diversificarsi rispetto a quelli esercitati nel procedimento ordinario di cognizione in relazione ai singoli mezzi istruttori, e se non è vero che il giudice può adottare il modulo istruttorio delle *informazioni* anche quando esso non sia espressamente prescritto dalla legge, allora l'istruttoria disegnata dal 5° comma dell'art. 702 *ter* c.p.c. non pare in contrasto con il principio del "giusto processo" canonizzato nell'art. 111 Cost. sol perché essa è prevista in un procedimento che è idoneo alla cosa giudicata sostanziale

³⁸³.

³⁸² Oltre alla richiamata opinione di CAPPONI, *Note sul procedimento sommario*, cit., le medesime preoccupazioni sembrano muovere ARIETA, in *Il "rito semplificato" di cognizione*, in Scritti in onore di Acone, Napoli 2010, 747 s., ed in www.judicium.it, laddove nel contrastare l'opinione in base alla quale l'istruzione del rito *sommario* sarebbe completamente rimessa al potere del giudice "secondo il medesimo schema del procedimento sommario cautelare", afferma invece che "la natura del procedimento e la conseguente applicazione dei principi generali in materia di istruzione probatoria escludono ogni ampliamento dei poteri istruttori d'ufficio e fanno ritenere che gli atti di istruzione siano quelli formulati dalle parti nei rispettivi atti di costituzione, nonché quelli dalle stesse richiesti nel corso della prima udienza e comunque prima che il giudice designato provveda sulle istanze istruttorie" (corsivi nostri). Esclude l'esistenza di poteri di istruzione officiosi al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge anche LOMBARDI, *E' arrivato il procedimento sommario di cognizione generale*, in *Gazz. for.* 2009, 4, 23.

Bisogna indagare a questo punto quali sono i presupposti perché possa considerarsi ammissibile una causa introdotta secondo il rito *sommario*, così da sfuggire all'ordinanza di mutamento di rito prevista dal terzo comma dell'art. 702 *ter*.

Secondo le prime pronunce di merito che si registrano sul punto, il giudice dovrà proseguire secondo le forme del rito *sommario* quando stima in via di prognosi che l'accertamento del fatto può fondarsi su una istruttoria *deformalizzata*³⁸⁴, confermando sotto questo aspetto l'impressione che sia soprattutto la *quantità* (più che la *qualità*) dell'istruzione necessaria per la decisione a determinare il *discrimen* tra la perseguibilità della causa secondo le forme *sommario* e l'arresto dell'incipiente rito semplificato con il mutamento della forma in *ordinaria*³⁸⁵.

³⁸³ BALENA, *La nuova pseudo-riforma*, cit., par. 23, penultimo cpv., osserva infatti che nel disposto normativo “manca qualsivoglia riferimento all'esistenza di poteri istruttori officiosi o alla possibilità (contemplata nell'art. 738 c.p.c.) di assumere *informazioni*”. Nello stesso senso ACIERNO, *Il nuovo procedimento sommario: le prime questioni applicative*, in *Corr. giur.* 2010, 4, 513, e TISCINI, *L'accertamento del fatto nei procedimenti con struttura sommaria*, cit.

³⁸⁴ Tribunale di Mondovì 5.11.2009, in *Giur. mer.* 2010, 2, 404: “In ordine all'applicazione del rito sommario le cause non devono essere divise tra cause oggettivamente complesse e cause semplici, ma *tra cause in cui l'istruttoria può essere complessa e lunga ed altre cause in cui l'istruttoria può essere condotta in modo deformalizzato e con rapidità*. La differenza tra le due tipologie può dipendere dalla natura della lite (che non richiede accertamenti in fatto, o li richiede in misura limitata), ovvero, spesso, dalle posizioni assunte dalle parti, dal momento che esse determinano la quantità e la qualità di domande ed eccezioni (che vanno ad integrare il *thema decidendum*) e, *soprattutto, la quantità di istruttoria necessaria*, attraverso le contestazioni o meno dei fatti allegati dalla controparte” (corsivi nostri).

³⁸⁵ Secondo ARIETA, *Il rito “semplificato” di cognizione*, cit., 746, il “percorso cognitivo” che il giudice è chiamato a compiere dall'art. 702-*ter* c.p.c. consiste nel “valutare nell'ordine: a. l'oggetto “originario” del processo ed i fatti costitutivi della domanda (anche in relazione al valore della causa); b. le eventuali domande riconvenzionali e quelle nei confronti di terzi e le difese svolte in sede di costituzione dal convenuto e dai terzi; c. l'impostazione complessiva del sistema difensivo del convenuto (e dei terzi), da cui desumere le questioni, di fatto e di diritto, controverse tra le parti, tenendo anche conto di singole eccezioni di rito e di merito, *nonché delle richieste istruttorie già formulate o comunque prospettate quale thema probandum*”. Pare, però, che la valutazione realmente decisiva sia anche nel pensiero dell'Autore quella “di sintesi” che s'imporrà all'esito dell'individuazione delle suddette questioni e che impone al giudice di prefigurare “*il percorso che si rende necessario per la decisione e la sua compatibilità con le forme semplificate*” (corsivi nostri), e dunque principalmente la necessaria attività di istruzione *costituenda* per la conferma delle ipotesi sul fatto. Sul fatto che l'analisi preliminare del giudice debba appuntarsi sulla semplicità dell'

Analizzando più da vicino la formula utilizzata dall'art. 702 *ter*, 5° co., c.p.c., si nota che anche se la formula utilizzata richiama quella di cui all'art. 669 *sexies*, 1° co., c.p.c., sono evidenti alcune significative differenze. Innanzitutto, gli *atti di istruzione* non devono essere limitati a quelli "indispensabili" in relazione "ai presupposti e ai fini" del provvedimento richiesto, bensì essere tutti quelli "rilevanti" in relazione "all'oggetto" del provvedimento richiesto: ciò fa pensare alla volontà del Legislatore di depurare la norma dalle "espressioni che avrebbero potuto far pensare ad un accertamento incompleto o comunque superficiale, tipico dei provvedimenti cautelari"³⁸⁶.

Orbene, già abbiamo avuto modo di constatare che i due termini hanno significati tecnici differenti³⁸⁷, e quindi può dirsi che il criterio per ammettere le prove in sede cautelare è più stringente di quanto non sia quello per ammetterle in sede di procedimento *sommario* di cognizione, poiché solo nel primo caso le esigenze di urgenza impongono una celerità tale da consentire solo l'ammissione di mezzi di prova che siano *indispensabili*, mentre il giudice del procedimento *sommario* è assoggettato all'ordinario e più elastico criterio della *rilevanza*³⁸⁸, per cui

"istruttoria" più che sulla semplicità della "causa" anche LOMBARDI, *E' arrivato il procedimento sommario di cognizione generale*, cit., 23. Per LUISSO, *Il procedimento sommario di cognizione*, cit., par. 5, invece non sarebbe prescindere da una valutazione di manifesta fondatezza / infondatezza della domanda, in quanto altrimenti non si comprenderebbe il senso della *deformalizzazione* istruttoria in un procedimento che, a differenza di quello cautelare, è del tutto svincolato dal requisito e dalla funzione dell'urgenza nel provvedere.

³⁸⁶ BALENA, *La nuova pseudo-riforma*, cit., par. 23.

³⁸⁷ V. a proposito dell'istruttoria cautelare la già richiamata opinione di DELLA PEITRA, *Il procedimento possessorio*, cit., 251- 252, secondo il quale non pare possibile stilare una *graduatoria per intensità* tra le diverse formule utilizzate dal codice nel descrivere gli atti di istruzione che devono essere compiuti nei vari procedimenti, anche se è possibile leggere nella sequenza degli stessi un generico *crescendo* culminante proprio nell'aggettivo "indispensabile", in presenza del quale il giudizio di congruità delle prove deve svolgersi secondo criteri *più selettivi* che in altri casi.

³⁸⁸ Va dato conto anche dell'opinione di chi, pur constatando la differente terminologia usata dal Legislatore, sostiene in ogni caso che "La semplificazione,..., riguarderà anche l'articolazione temporale dei poteri istruttori delle parti *ma si manifesterà piuttosto nella limitazione dell'attività istruttoria a quella realmente decisiva* e, comunque, si dovrà manifestare, a pena del fallimento del nuovo strumento, nella necessaria concentrazione in poche battute dell'intero *iter* procedimentale" (corsivi

la formulazione dell'art. 702 *ter*, 5° co., c.p.c. “è neutra rispetto ai fini” e “si riferisce – niente di più ma anche niente di meno – agli atti di istruzione rilevanti per accertare chi ha ragione e chi ha torto tra le parti”³⁸⁹.

Ma tra la *deformalizzazione* del processo cautelare, così come ricostruita in queste pagine, e quella del procedimento *sommario* di cognizione, oltre ai diversi parametri che la legge impone per valutare la *sufficienza* dell'istruzione probatoria, esistono altre differenze?

Secondo parte della dottrina la risposta deve essere positiva, in quanto, sia pure nell'ambito di un rito *deformalizzato*, l'attività istruttoria dovrebbe essere retta dalle norme ordinarie, con l'unica eccezione delle modalità formali di assunzione della prova testimoniale, laddove la valutazione di *opportunità* potrebbe condurre il giudice a porre ai testimoni domande anche fuori dal capitolato dedotto dalle parti, mentre lo stesso non potrebbe dirsi per l'interrogatorio formale “almeno sino a quando la giurisprudenza continuerà ad essere affezionata al principio che l'interrogatorio formale sia esclusivamente uno strumento per provocare la confessione e non un utile mezzo per assumere le deposizioni delle parti del processo”³⁹⁰. Il processo *sommario* in tal modo verrebbe retto da una fase istruttoria sostanzialmente condotta secondo le norme ordinarie, solo in questo modo potendosi superare innanzitutto i problemi di compatibilità costituzionale del nuovo modello processuale; in secondo luogo, solo così si agevolerebbe l'eventuale passaggio dal rito

nostri) (ACIERNO, *Il nuovo procedimento sommario: le prime questioni applicative*, cit., 513), lasciando dunque intendere che per dare senso alla nuova disposizione si debba procedere in sede di ammissione comunque ad una limitazione dei mezzi a quelli effettivamente idonei a provocare un accertamento sul fatto *pieno* ma allo stesso tempo *immediato*.

³⁸⁹ Così CAPONI, in *La riforma della giustizia civile. Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/2009*, Torino 2009, 201.

³⁹⁰ DITTRICH, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, in Riv. dir. proc. 2009, 6, 1595- 1596. Resterebbero, invece, fermi tutti i limiti di ammissibilità dei mezzi di prova costituendi, insieme a tutte le regole relative alle prove documentali.

sommario a quello ordinario, in quanto “le prove assunte nel processo *a quo* saranno compatibili con le regole ordinarie”³⁹¹.

Due considerazioni a questo punto s’impongono.

Innanzitutto, l’operazione di “ortopedia interpretativa” che è mossa dal tentativo di rendere il *nuovo* procedimento *sommario* di cognizione compatibile con i canoni del “giusto” processo regolato dalla legge, da un lato assume come dato di partenza la considerazione in base alla quale l’istruttoria, sol perché *deformalizzata*, debba essere la sede privilegiata di tutto ciò che invece in sede ordinaria non è ammesso, laddove si è tentato di dimostrare che, almeno per quanto riguarda la formula utilizzata dall’art. 669 *sexies*, 1° co., c.p.c., e differentemente da quanto accade nel procedimento cautelare *i. a. p.*, il modello istruttorio in discorso potrebbe offrire già di per sé sufficienti garanzie dei diritti delle parti; dall’altro lato, il descritto tentativo di *costituzionalizzazione* del modello rischia di rendere la fase istruttoria del nuovo procedimento *sommario*, proprio quella che presenta formalità non tutte *essenziali* al contraddittorio ed al diritto di difesa e che frapponne il tempo più lungo tra domanda e provvedimento, sostanzialmente identica a quella ordinaria, rendendo così evanescenti e difficilmente apprezzabili il senso e la portata della riforma ed accrescendo la spiacevole sensazione di trovarci di fronte alla “brutta copia” del procedimento ordinario.

La differenza rispetto alla simile formula utilizzata per il modello del procedimento cautelare sarebbe allora rinvenibile nella *funzione* del metodo istruttorio e, per esso, del procedimento in generale, laddove mentre i mezzi ammissibili in quello *sommario* di cognizione devono essere “*rilevanti* in relazione all’oggetto” del provvedimento, quelli ammissibili nel cautelare devono essere invece “*indispensabili* in relazione ai presupposti ed ai fini del provvedimento richiesto”.

³⁹¹ DITTRICH, cit., 1596

Ciò ha dato lo spunto per affermare che qui varrebbe la differenza tra qualunque procedimento *non cautelare* e quello *cautelare* in punto di *thema probandum*: mentre nel cautelare la verifica dell'ammissibilità andrebbe effettuata in relazione alle esigenze cautelari, nel *sommario di cognizione* il parametro si rivolge all'*oggetto della domanda*, che è l'accertamento pieno del diritto, il che a sua volta costituisce strumento per misurare la *complessità* della causa³⁹².

In verità, pare che la *complessità* cui fa riferimento l'art. 702 *ter* c.p.c. sia riferita più *all'istruttoria* richiesta per la conferma delle ipotesi sul fatto che *all'oggetto della causa* in sé, tanto che in ipotesi di *contumacia* del convenuto, venendo meno l'istruttoria da esperire su richiesta di quest'ultimo per la conferma dei fatti i. m. e., o anche solo per fornire la prova contraria rispetto ai fatti costitutivi dedotti dall'attore, anche un *oggetto* di causa in sé *complesso* potrebbe essere definito attraverso il rito *sommario*.

In questa prospettiva, sono le difese delle parti a prospettare una maggiore o minore *complessità degli accertamenti* da compiersi e, di conseguenza, una maggiore o minore complessità della lite in generale e non *l'oggetto della lite* in sé considerato³⁹³.

³⁹² Così TISCINI, *L'accertamento del fatto nei procedimenti con struttura sommaria*, cit.

³⁹³ In questa direzione ci pare di poter leggere il pensiero di MENCHINI, *L'ultima idea del legislatore per accelerare i tempi della tutela dichiarativa dei diritti: il processo sommario di cognizione*, cit., par. 3, il quale nega che il giudice sia tenuto a compiere una valutazione prognosi di fondatezza- infondatezza della domanda. In giurisprudenza v. Tribunale di S. Angelo dei Lombardi 20.11.2009, in Red. Giuffrè 2010: "In caso di varietà e pluralità dei mezzi istruttori richiesti dalle parti, non è possibile applicare l'istruzione sommaria della causa, occorre dunque fare ricorso ad un'istruzione non sommaria con la fissazione dell'udienza ex art. 183 c.p.c.", ed in motivazione "Ed infatti, *la pluralità e varietà dei mezzi istruttori richiesti (prove orali, consulenza tecnica, perizia fonica, acquisizione di documentazione bancaria e di scritture private)*, imponendo necessariamente il dipanarsi dell'istruzione per numerose udienze, rende in concreto non praticabile l'istruzione sommaria della causa, anche alla luce del disposto del quinto comma dell'art. 702-*ter* c.p.c., *il quale correla la detta facoltà alla ragionevole previsione di un'istruttoria deformalizzata* (che in questa sede non può formularsi, prefigurandosi invece un'istruttoria incompatibile con le esigenze di speditezza del rito sommario)" (corsivi nostri). In tal senso v. anche Tribunale di Prato 10.11.2009, Fall. soc. G. c. Soc. S., in Foro it. 2009, 12, 3505, secondo il quale "Per istruzione sommaria può intendersi anche la causa nella quale i soli mezzi istruttori dedotti siano di natura esclusivamente documentale".

Maggior vicinanza si può riscontrare tra procedimento cautelare e procedimento *sommario* in tema di *poteri officiosi*, in quanto in entrambi i casi non sembra sia derogabile il disposto di cui all'art. 115 c.p.c.: si è sul punto osservato che in particolare per il *sommario* di cognizione rilievo decisivo non può essere dato dal fatto che il provvedimento abbia attitudine al giudicato, poiché la derogabilità al principio dispositivo non è data dalla stabilità degli effetti del provvedimento, bensì *dalla volontà stessa della legge e dal grado di sommarietà e semplificazione che caratterizza il procedimento*³⁹⁴.

Il riferimento all'art. 115 c.p.c. introduce a questo punto un tema particolarmente dibattuto alla luce dei nuovi principi codificati dalla legge n. 69 del 2009 nel comma primo della citata norma, relativo al rilevato probatorio dei fatti *non contestati*³⁹⁵.

³⁹⁴ TISCINI, *L'accertamento del fatto nei procedimenti con struttura sommaria*, cit. *Contra*, per l'esistenza quindi di ampi poteri officiosi, nel quadro dell'asserita *sommarietà* anche della cognizione, oltre che del procedimento, v. MENCHINI, *L'ultima idea del legislatore per accelerare i tempi della tutela dichiarativa dei diritti: il processo sommario di cognizione*, cit., 1031.

³⁹⁵ Secondo la nuova formulazione del primo comma: "Salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero, *nonché i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita*". E' noto che il rilievo del principio di *non contestazione* ha assunto il valore che attualmente ad esso viene attribuito in giurisprudenza soprattutto grazie alla sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 761 del 23.1.2002, in Giust. civ. 2002, I, 1245 (ma anche in Foro it. 2002, I, 2019, con nota di CEA, *Il principio di non contestazione al vaglio delle sezioni unite*, ed in Corr. giur. 2003, 1335, con nota di M. FABIANI, *Il valore probatorio della non contestazione del fatto allegato*): "Nel rito del lavoro, il difetto di specifica contestazione dei conteggi elaborati dall'attore per la quantificazione del credito oggetto di domanda di condanna, allorché il convenuto si limiti a negare in radice l'esistenza del credito avversario, (a) può avere rilievo solo quando si riferisca a fatti, non semplicemente alle regole legali o contrattuali di elaborazione dei conteggi medesimi, e sempre che si tratti di fatti non incompatibili con le ragioni della contestazione sull'*an debeatur*; (b) rileva diversamente, a seconda che risulti riferibile a fatti giuridici costitutivi della fattispecie non conoscibili di ufficio, ovvero a circostanze dalla cui prova si può inferire l'esistenza di codesti fatti, giacché mentre nella prima ipotesi la mancata contestazione rappresenta, in positivo e di per sé, l'adozione di una linea incompatibile con la negazione del fatto e, quindi, rende inutile provarlo, in quanto non controverso, nella seconda ipotesi (cui può assimilarsi anche quella di difetto di contestazione in ordine all'applicazione delle regole tecnico - contabili) il comportamento della parte può essere utilizzato dal giudice come argomento di prova ex art. 116, comma 2, c.p.c.; (c) si caratterizza, inoltre, per un diverso grado di stabilità a seconda che investa fatti dell'una o dell'altra categoria, perché, se concerne fatti costitutivi del diritto, il limite della contestabilità dei fatti originariamente incontestati si identifica con quello previsto dall'art. 420, comma 1, del

Il problema sorge dalla mancanza nel nuovo procedimento *sommario* di cognizione di un espresso sistema di preclusioni che segni il momento in cui possa considerarsi consumato il potere di contestazione dei fatti, nonché di disposizioni di uguale tenore a quelle cui ci si riferisce per individuare le decadenze cui vanno incontro le parti, ed in particolare il convenuto, nel processo ordinario di cognizione (artt. 166 e 167 c.p.c.); ci si domanda, quindi, se questo nuovo rito possa essere compatibile con una decisione fondata sul principio di *non contestazione*, nonché, ove si desse risposta positiva al primo quesito, ci si chiede quale possa essere il momento nel quale far maturare per la parte “costituata” lo sbarramento temporale idoneo a determinare gli effetti del richiamato principio.

Non potendo la prima udienza del nuovo rito *sommario* essere ricondotta ad una sequenza procedimentale determinata, in dottrina vi è stato chi si è espresso nel senso della inoperatività del principio di *non contestazione*, non essendo nemmeno ammissibile la deduzione a carico del convenuto di decadenze diverse rispetto a quelle espressamente

codice di rito per la modificazione di domande e conclusioni già formulate, mentre, se riguarda circostanze di rilievo istruttorio, trova più ampia applicazione il principio della provvisorietà, ossia della revocabilità della non contestazione, le sopravvenute contestazioni potendo essere assoggettate ad un sistema di preclusioni solo nella misura in cui procedono da modificazioni dell'oggetto della controversia”. Precedentemente, in dottrina si erano occupati del problema in particolare FRUS, *Note sull'onere del convenuto di “prendere posizione” nel processo del lavoro*, in Riv. trim. dir. proc. civ. 1991, 63 ss.; PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli 1991, 116 e 158- 160; CIACCA CAVALLARI, *La contestazione nel processo civile*, II, Milano 1993, 34 ss.; CARRATTA, *Il principio di non contestazione nel processo civile*, Milano 1995, 164 ss. La soluzione della giurisprudenza di legittimità, però, lasciava aperti vari problemi, discussi in dottrina (PROTO PISANI, *Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile*, in Foro it. 2003, I, 604 ss.; VERDE, *Spunti critici sulla non contestazione*, in Dir. Lav. 2003, I, 285 ss.; RASCIO, *Note brevi sul “principio di non contestazione” (a margine di una importante sentenza)*, in Dir. giur. 2002, 78 ss.; CEA, *La tecnica della non contestazione nel processo civile*, in Giusto proc. civ. 2006, 2, 173 ss.), e veniva seguita dalla prevalente giurisprudenza lavoristica, mentre meno convinta è stata quella ordinaria (v. ad es. Cass. Civ. 16.6.2006 n. 13958, in Rep. Foro it. 2006, *Prova civile in genere*, 18). Per la dottrina successiva all'intervento riformatore del 2009 v. VERDE, *Dal metodo alla disciplina sulla competenza: l'intervento del Legislatore manca il bersaglio*, in G. dir. 2009, fasc. 27, 87; BALENA, in *La riforma della giustizia civile. Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/2009*, Torino 2009, 31 ss.

codificate e richiamate nel comma quarto dell'art. 702 *bis*³⁹⁶. Sulla stessa linea si pone chi ha sottolineato che la *sommarietà* della cognizione escluderebbe di per sé la esistenza di preclusioni e decadenze³⁹⁷.

Tuttavia, se si sceglie il campo, che pare peraltro quello ad oggi più frequentemente battuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza di merito, della *pienezza* della cognizione che caratterizza il nuovo rito, cade la prima obiezione che fonda proprio sulla *sommarietà* della cognizione l'assenza di qualsivoglia tipo di preclusioni³⁹⁸. Inoltre, anche l'idea che sia la *semplificazione* del procedimento a determinare di per sé la inoperatività del principio di *non contestazione*³⁹⁹ non ci trova d'accordo: infatti, se in questo caso la *deformalizzazione* dell'istruttoria non significa di per sé deroga ai principi che valgono in generale per il processo, ma solo che i mezzi di prova debbano essere assunti senza tutto l'apparato delle forme *non essenziali* previsto per il procedimento ordinario di cognizione, allora non si vede come la semplificazione delle forme possa incidere su un principio che governa il rapporto tra la

³⁹⁶ ACIERNO, *Il nuovo procedimento sommario*, cit., 514. L'Autrice conclude quindi che "la semplificazione della fase istruttoria non può arrivare fino al punto di escludere la prova dei fatti non contestati dal convenuto, ..., sia perché i tempi di articolazione delle difese per tale parte [il convenuto] sono significativamente contratti sia perché non si ravvisa un inequivoco riferimento normativo, analogo a quello derivante dagli art. 166, 167 e 183 c.p.c., per il procedimento a cognizione piena..."

³⁹⁷ MENCHINI, cit., 1031, secondo il quale "il procedimento *de quo*, proprio perché sommario, non conosce preclusioni e decadenze; ferme restando le preclusioni già maturate ai sensi dell'art. 702-*bis*, commi 4 e 5, le parti, non soltanto nel corso della prima udienza, ma anche durante tutto il corso del processo, sino a che la causa è trattenuta in decisione, sono libere di svolgere nuove attività (allegazioni di fatti, rilevazione di eccezioni in senso lato, istanze istruttorie, produzioni documentali)"; però più avanti l'Autore precisa che "Il solo limite all'introduzione di *nova* in corso di causa è dato dalle caratteristiche della cognizione sommaria: il giudice può non ammettere, ad esempio, alcune prove richieste *non perché l'istanza è tardiva, ma perché si è formato un convincimento sufficiente circa il modo di essere del fatto rilevante* e l'espletamento della nuova attività istruttoria ritarderebbe in modo significativo la decisione della domanda" (corsivi nostri). Nel senso invece della esistenza di preclusioni OLIVIERI, *Il procedimento sommario di cognizione (primissime brevi note)*, par. 1, in www.judicium.it, per il quale le parti possono svolgere solo in prima udienza nuove attività ed esclusivamente quelle che siano rese necessarie dalle difese svolte dagli altri soggetti del processo, anche se l'Autore esprime dubbi sulla operatività del principio di non contestazione al di fuori del procedimento a cognizione piena.

³⁹⁸ Come abbiamo visto MENCHINI, cit., 1031.

³⁹⁹ Come sostenuto da ACIERNO, *Il nuovo procedimento sommario*, cit., 514.

deduzione dei fatti e la prova degli stessi e che si colloca evidentemente *a monte* del tipo di istruzione che il Legislatore stima sufficiente o adeguata al tipo di causa o di tutela richiesta; dunque, è proprio la portata del principio in discorso, anche alla luce del nuovo primo comma dell'art. 115 c.p.c., che deve far propendere per la sua applicabilità al procedimento *sommario* di cognizione.

Pertanto, non è rilevante nemmeno la circostanza che la legge non richiami espressamente l'esistenza di questa preclusione per il nuovo rito *sommario*, non necessitando il principio in discorso di un espresso riferimento in un procedimento a cognizione *piena*; così se la legge non attribuisce all'atteggiamento *non contestativo* un significato specifico e diverso da quello desumibile dalla nuova formulazione dell'art. 115 c.p.c., pare che l'effetto di tale comportamento della parte "costituita" non possa che essere quello di circoscrivere l'area dei fatti concretamente bisognosa di prova⁴⁰⁰.

§ 1.a. – *Il problema dell'efficacia delle prove deformalizzate all'interno della fase ordinaria a seguito di mutamento del rito.*

Nel fisiologico svolgersi del procedimento sommario di cognizione l'ordinanza di mutamento del rito, assunta sulla base della considerazione di *non sommarietà* dell'istruzione necessaria per gli accertamenti richiesti dalla causa, dovrebbe essere emessa immediatamente, cioè in prima udienza o a scioglimento della riserva pronunciata all'esito della prima udienza o comunque prima dell'inizio della fase istruttoria in senso stretto; nessuna norma, tuttavia, esclude che il giudice pervenga alla decisione di convertire il rito *tardivamente*, cioè dopo la prima udienza e,

⁴⁰⁰ In ACIERNO, *Il nuovo procedimento sommario*, cit., 514, che pure abbiamo visto esprimersi in senso contrario, viene citato il Protocollo del Tribunale di Bologna che va nella direzione della piena applicabilità del principio di *non contestazione*, nonché il precedente del Tribunale di Varese (sez. I, ord. 18 novembre 2009) in cui si prende espressamente posizione sull'operatività delle preclusioni istruttorie, ritenendosi che il potere di dedurre istanze istruttorie si consumi definitivamente all'udienza di comparizione.

soprattutto, dopo il compimento di atti d'istruzione⁴⁰¹; pertanto, tale possibilità non può ritenersi impedita dall'implicita valutazione preliminare di *sommarietà*, intrinseca nella mancata conversione anticipata del rito.

Questa possibilità introduce il problema della utilizzabilità ed efficacia delle prove raccolte durante la fase *sommatoria* del procedimento secondo un'istruzione *deformalizzata*, all'interno della fase ordinaria instaurata dopo l'ordinanza ex art. 702 *ter*, 3° co., c.p.c.

Qui, infatti, non potrebbe ripetersi il discorso condotto a proposito del valore probatorio attribuibile alle prove raccolte nella fase cautelare quando gli esiti di queste siano prodotti all'interno del giudizio di merito, in quanto evidentemente non siamo al cospetto di *prove raccolte in altro processo*⁴⁰², bensì di prove raccolte in una fase diversa di un procedimento avente il medesimo *oggetto*.

Per individuare l'efficacia degli esiti probatori della fase ad istruttoria semplificata non pare nemmeno possibile richiamare la disposizione di cui all'art. 427, 2° co., c.p.c. dettata in tema di prove acquisite durante la fase *speciale* del rito, nel caso di passaggio al rito ordinario, in quanto tale previsione si giustifica nell'ottica della diversa estensione dei *poteri officiosi* di cui gode il giudice del lavoro rispetto a quello ordinario che arrivano fino alla possibilità di superamento dei limiti di ammissibilità dei singoli mezzi, facoltà che solo al primo è consentita dall'art. 421, 2° co., c.p.c.⁴⁰³; la medesima logica non è

⁴⁰¹ In questo senso DITTRICH, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, cit., 1589-1590. Peraltro, secondo l'Autore, risulta ben comprensibile che il Legislatore abbia lasciato aperta la possibilità di una conversione *tardiva* al rito ordinario che dovrebbe teoricamente sempre costituire il modello processuale più idoneo alla *giusta* decisione della lite.

⁴⁰² Alla cui ipotesi abbiamo ricondotto l'efficacia delle prove raccolte in sede cautelare, sulla base della diversità di *oggetti* tra l'uno e l'altro procedimento.

⁴⁰³ Secondo la maggioritaria dottrina, dal confronto tra l'attuale disposizione e l'abrogato art. 446, 2° co., c.p.c. si ricava che mentre non saranno utilizzabili le prove assunte al di fuori dei limiti stabiliti dal codice civile, lo saranno invece quelle assunte d'ufficio in ipotesi in cui nel rito ordinario il giudice non ha poteri istruttori d'ufficio (così LUISO, *Il processo del lavoro*, Torino 1992, 98; TARZIA, *Manuale del processo del lavoro*, IV ed., Milano 1999, 213 ss.; *contra* PROTO PISANI, in Andrioli- Barone- Pezzano

riscontrabile invece nel rapporto tra i poteri di cui gode il medesimo giudice che sia stato adito in prima battuta come giudice del procedimento *sommario* e, solo in seguito alla valutazione di *non sommarietà* dell'istruzione, sia divenuto poi giudice del processo *ordinario* di cognizione.

La soluzione più corretta, allora, pare essere quella di attribuire agli elementi raccolti nella fase *sommatoria* del procedimento il valore di prova liberamente valutabile, la cui assunzione esercita quindi anche un'efficacia preclusiva della richiesta di acquisizione secondo le forme ordinarie del medesimo mezzo, che verta sugli stessi fatti già oggetto dell'istruttoria *deformalizzata*: non sembrano sussistere ragioni, infatti, per considerare la prova raccolta secondo la formula di cui all'art. 702 *ter*, 5° co., c.p.c., nel rispetto del contraddittorio e del diritto di difesa delle parti, come un *minus quam* in punto di *qualità dell'accertamento* rispetto a quella che si svolge secondo le forme del modulo ordinario, non solo in quanto il modulo *sommario* ha nelle proprie corde la potenzialità di determinare il *convincimento pieno* sul diritto senza sacrificare di per sé i diritti delle parti, ma anche perché la tensione al *convincimento pieno* è proprio la funzione che viene ad esso attribuita dalla legge, laddove impone che si assumano tutti i mezzi "rilevanti" in relazione "all'oggetto" della lite.

Mentre, quindi, si è criticata la prassi giurisprudenziale tendente a rendere l'attività istruttoria compiuta nella fase cautelare il "doppione" di quella ordinaria al punto da avallare prassi non consone alla funzione stessa della tutela d'urgenza, "premiandone" ingiustamente i risultati con l'attribuzione ad essi di autonoma valenza decisoria, nel rapporto tra procedimento *sommario* di cognizione e processo ordinario non si ripete quella dicotomia di *funzioni* e quella differenza di *oggetti* che anche la giurisprudenza costituzionale ha ravvisato nel rapporto tra cautelare e

– Proto Pisani, *Le controversie in materia di lavoro*, II ed., Bologna- Roma 1987, 370).

merito, ponendosi invece l'uno nei confronti dell'altro come modelli alternativi di cognizione piena su diritti.

§ 2. – *Riepilogo e conclusioni.*

Nell'approssimarsi della linea di arrivo del nostro percorso non ci si può esimere dal riepilogare le conclusioni tratte in relazione alle principali problematiche poste dal sempre più frequente utilizzo della *deformalizzazione* dell'attività istruttoria nei procedimenti giurisdizionali civili.

A) L'analisi è partita dal processo cautelare in ragione del modello istruttorio previsto, la cui formula, con gli opportuni adattamenti, è stata utilizzata anche in altri procedimenti non aventi funzione cautelare (ciò vale per il procedimento *sommario* di cognizione ex art. 702 *bis* ss. c.p.c. e per il procedimento previsto in materia di ordini di protezione contro gli abusi in famiglia ex art. 736 *bis* c.p.c.). Abbiamo sostenuto, allora, che in merito alla *necessità* di svolgere attività istruttoria in senso stretto in punto di accertamento del *fumus*, ovvero accontentarsi della mera *verosimiglianza* delle allegazioni senza svolgere attività di conferma delle ipotesi sul fatto, sia più opportuna la prima opzione così che l'attività istruttoria assume nel processo cautelare la funzione di mezzo di conoscenza sia di fatti *secondari* che possano fondare l'inferenza presuntiva dell'ignoto fatto generatore del diritto soggettivo, sia di fatti *principali* che rilevino *direttamente* per l'esistenza del diritto, pur dovendo il giudice accontentarsi di una soglia minore di *convincimento* rispetto a quella che sarebbe necessaria per provvedere definitivamente sul diritto. Ciò nella prospettiva in base alla quale lo *scollamento* rilevante al fine della individuazione del grado di accertamento sufficiente non è tra prodotto della cognizione sommaria e realtà storica, ma tra *cognizione sufficiente ai fini della cautela* e *grado di cognizione necessaria in sede di merito*: così, spostando il punto di riferimento verso il quale l'attività conoscitiva che si svolge in sede cautelare deve tendere

dalla *verità assoluta* al *grado di cognizione sufficiente per accogliere la domanda in via ordinaria* si riducono le problematiche inerenti al rapporto tra verità sostanziale e cognizione sommaria.

Il rischio di una “duplicazione di accertamenti”, nel senso di attività di conoscenza espletata sui medesimi fatti, esiste; tuttavia, ammesso che questo *condizionamento* sia in sé un male da evitare, esso non potrebbe determinare di per sé la esclusione di una istruzione intorno al *fumus*, poiché, se è vero che è nelle corde dell’attività istruttoria cautelare il raggiungimento un grado di avvicinamento alla realtà maggiore rispetto a quello del processo ordinario, è certo che questa non sia la sua *funzione*.

B) Considerate le potenzialità dell’istruzione cautelare non si crede che esistano “incompatibilità” strutturali del procedimento cautelare con un certo tipo di *oggetto* di accertamento, in quanto tale tesi, non avendo l’appoggio di sicuri dati normativi, comprime in maniera eccessiva il diritto alla cautela delle parti; peraltro, quando il Legislatore ha inteso condizionare l’esperibilità di un certo procedimento in ragione della *quantità* di istruttoria necessaria da espletare l’ha fatto dichiaratamente, com’è avvenuto nel caso del nuovo art. 702 *ter*, 3° co., c.p.c., ovvero in quello dell’abrogato art. 19, 3° co., D. Lgs. n° 5/2003.

C) Quanto all’istruzione sul *periculum in mora*, si è detto che se è vero che tale presupposto è dato dal rapporto fra eventi di cui il primo è costituito da un fatto già accaduto e l’altro invece è *futuro*, il giudice deve convincersi della esistenza del primo evento non in termini di *probabilità*, bensì di *certezza*, in quanto è la *specialità* dell’indagine sul *periculum*, ovvero il fatto che essa non sia *ripetuta* né *ripetibile* all’interno del giudizio di merito, ad imporre che gli elementi *già accaduti* della relazione di pericolo siano indagati avendo di mira *certezza* di risultati.

Se, dunque, si accetta la tesi per la quale sull'evento- *shock* il giudice non si può limitare ad un accertamento *probabilistico*, dovendo invece portare a termine una cognizione piena, il fatto che tale accertamento debba avvenire secondo il modello di istruttoria *deformalizzata* previsto dall'art. 669 *sexies* c.p.c. fa vacillare l'idea per la quale sarebbe conosciuto con cognizione *piena* solo quel fatto accertato a mezzo di un'attività istruttoria predeterminata dalla legge quanto a forme e termini.

D) Il processo cautelare è dunque caratterizzato da una *sommarietà quanto allo svolgimento*, avendo il Legislatore previsto che questo fine debba essere perseguito attraverso il compimento di *atti istruttori* tipici, ai quali il procedimento cautelare guarda come riferimento per poi operare la *deformalizzazione*.

Anche le *prove legali* sono ammissibili nel procedimento cautelare, anche se al solo scopo di sorreggere il convincimento *probabilistico*; dall'esperimento di esse, tuttavia, non deriva il vincolo contenutistico che obbliga il giudice a considerare come *vera* la rappresentazione del *factum probandum*.

E) Un ruolo fondamentale per l'individuazione del *grado di sufficienza* dell'istruttoria nel processo cautelare si è rinvenuta nella corretta interpretazione dell'aggettivo "indispensabili"; in merito a ciò, si è ritenuto di aderire alla lettura del dato come un indice del potenziamento della regola di cui all'art. 209 c.p.c.: considerato che nel processo ordinario l'istruttoria è dichiarata chiusa o quando siano stati assunti *tutti* i mezzi ammessi, ovvero quando il giudice ne ritenga *superflua* la prosecuzione dell'assunzione in virtù dei risultati raggiunti, *la sommarietà* della cognizione cautelare può intendersi come poterdovere di chiudere la relativa istruttoria in un momento anteriore e dunque prima che siano esaurite tutte le ordinarie possibilità cognitive.

F) Quanto alle *sommario informazioni* si è dell'opinione che la differenza rispetto al modulo di cui al primo comma dell'art. 669 *sexies* c.p.c. non stia tanto nella maggiore *informalità* che ispirerebbe le prime, poiché quando la legge consente di *deviare* dal modello istruttorio tipico, individuare una differenza avendo come parametro esclusivamente la maggiore o minore *intensità della deroga* dal modello tipico diventa un'operazione poco sicura; premesso allora che vi è apprezzabile e decisiva vicinanza tra le *sommario informazioni* del procedimento cautelare *i. a. p.* e le *informazioni* del rito camerale, più di quanto non ve ne sia tra le prime e gli *atti di istruzione indispensabili*, si è individuato nei *poteri officiosi* in materia d'istruzione probatoria quel tratto differenziale tra il procedimento a contraddittorio instaurato e procedimento *i. a. p.*

Il confronto col modello delle *informazioni* dei procedimenti in camera di consiglio, nonché la valorizzazione del dato letterale della norma di cui all'art. 669 *sexies*, 2° co., c.p.c., ci ha portato inoltre ad affermare che nel procedimento cautelare *i. a. p.* è ammissibile anche un giudizio di mera *verosimiglianza*.

G) In merito ai rapporti tra impulso al processo, allegazioni dei fatti e poteri dei protagonisti in merito alla prova degli stessi, premesso che l'espressione *principio inquisitorio* deve essere utilizzata solo per designare quel processo la cui *instaurazione* può essere effettuata dal giudice in via officiosa e nel quale questi sia dotato di poteri di iniziativa estesi anche alla *ricerca dei fatti e delle fonti di prova*, mentre l'espressione *poteri istruttori d'ufficio* è più consona per indicare le facoltà del giudice che riguardino l'attribuzione dell'iniziativa in ordine alla *deduzione del mezzo di prova* su *fatti e/o fonti* di prova comunque acquisiti al processo su iniziativa delle parti, si è rilevato che non convince la diffusa tendenza a qualificare quello cautelare come processo ispirato al *principio inquisitorio*, ovvero anche come sede privilegiata di

poteri istruttori officiosi, giacché l'esame delle *rationes* ispiratrici dei vari procedimenti analizzati, nei quali sono rinvenibili *poteri istruttori d'ufficio* (nella maggioranza di essi) o poteri propriamente *inquisitori* (più raramente) ha rafforzato la convinzione per la quale se nel procedimento cautelare *i. a. p.* l'utilizzo di poteri officiosi si giustifica per l'assenza di contraddittorio, non altrettanto si può dire per il procedimento cautelare ordinario; ciò, anche nella prospettiva che ha visto ridimensionarsi o più probabilmente perdere del tutto la funzione *pubblicistica* del procedimento cautelare e rafforzare invece quella tipicamente *giurisdizionale*.

H) Circa la vastissima problematica delle *prove atipiche*, premesso di convenire con quanti hanno sostenuto l'ammissibilità nel processo ordinario di strumenti di conoscenza *atipici*, abbiamo concluso nel senso che la stessa ammissibilità deve sostenersi nel procedimento cautelare ed in generale nei moduli istruttori *deformalizzati*, sempre che resti ben visibile il confine tra strumento *fuori catalogo* e strumento *illecito*.

Quanto all'*efficacia*, si è predicata l'idea che nel processo cautelare le prove *atipiche* siano idonee a fondare il *convincimento* del giudice utile alla verifica della sussistenza del *fumus*, poiché la loro presenza consente di raggiungere quel *grado di probabilità* dell'esistenza del diritto sufficiente per provvedere in sede cautelare, *grado* che invece non sarebbe da solo sufficiente, se non supportato da altre risultanze, a fondare la decisione nel merito. Quanto alla prova del *periculum*, invece, se è vero che gli accertamenti compiuti intorno a tale requisito non sono ripetibili all'interno del processo cautelare, e che quindi riguardo a tale presupposto si tratta di svolgere una cognizione *piena* nei limiti di quanto sia consentito dalla valutazione *prognostica* dell'evento futuro, allora si è detto che la prova dell'evento che ha generato nell'istante il timore del verificarsi del pregiudizio può essere sì fornita attraverso *prove atipiche quanto alla fonte*, ma non in via esclusiva.

I) Connessa con la problematica delle *prove atipiche* è quella relativa alla utilizzabilità delle prove raccolte secondo la tecnica della *deformalizzazione* nella fase cautelare all'interno del giudizio ordinario di merito. Si è criticata, in proposito, la tesi della giurisprudenza che tende a valorizzare le *circostanze concrete* nelle quali i singoli mezzi di prova vengono esperiti, attribuendo una diversa efficacia a seconda del *grado di formalismo* di volta in volta adottato, in quanto se è vero che la *deformalizzazione* è qui imposta dall'urgenza nel provvedere l'applicazione di tutti i formalismi previsti dal codice di procedura per il rito ordinario tradisce nelle premesse la funzione stessa del procedimento cautelare, spuntando l'arma più efficace per arrivare prima che si produca il danno. Pertanto, pur apprezzando la coerenza sistematica dell'opinione che ritiene debba essere applicato in via analogica il disposto dell'art. 310, 3° co., c.p.c., dettato in tema di efficacia di prove nel processo estinto, e quindi concludere che il valore probatorio da attribuire alle prove raccolte nel processo cautelare quando esse siano dedotte all'interno del processo di merito sia quello dell'*argomento di prova*, si è osservato pure che tale conclusione appare in contrasto con i più recenti approdi della giurisprudenza di legittimità in tema di *ragionevole durata* del processo: così, valorizzando il principio espresso dall'ultima parte del secondo comma dell'art. 111 Cost., la problematica dell'efficacia dei risultati probatori del cautelare all'interno del giudizio di merito si sgancerebbe dalla valutazione caso per caso del grado di *informalità* col quale i mezzi vengono assunti nella prima fase, per acquisire autonomia concettuale, in modo che essi potrebbero essere utilizzati dal giudice del merito quale fonte di convincimento liberamente apprezzabile laddove egli ritenesse che il grado di conoscenza offerto dall'istruttoria *deformalizzata* sia stato tale da aver somministrato *anche* la prova necessaria ai fini della decisione di merito, così che l'assunzione del mezzo istruttorio ordinario risulterebbe *superflua* nella misura in cui

tenderebbe a provare fatti intorno alla verità dei quali sia già sussistente il convincimento del giudice.

L) Infine, esaminando l'istruttoria dell'ancora acerbo procedimento *sommario* di cognizione si è creduto che, sebbene la significativa limitazione della discrezionalità del giudice nel determinare le *opportune forme* dell'istruzione sia ispirata da condivisibili preoccupazioni, ovvero rendere la *deformalizzazione* compatibile con i canoni costituzionali del "giusto processo" in un procedimento idoneo alla cosa giudicata, essa innanzitutto contrasta con l'affermazione in base alla quale la *stabilizzazione* degli effetti e l'attitudine alla cosa giudicata sostanziale non sono ragioni sufficienti per imporre l'espletamento di una istruttoria *ordinaria*; in secondo luogo, la riferita interpretazione restrittiva pare ispirata da una visione dell'istruttoria *deformalizzata* quale quasi mai è, ovvero come un incontrollabile insieme di attività poste in deroga ai principi processuali vigenti in tema di processo ordinario, e certamente quale non è né l'istruttoria del procedimento *ordinario* cautelare né tantomeno quella che, modulata su di essa, è prevista dal nuovo art. 702 *ter*, 5° co., c.p.c.

M) Da ultimo, si è affrontato il problema dell'efficacia probatoria dei risultati dell'istruttoria probatoria eventualmente espletata attraverso il modello *deformalizzato* prima dell'ordinanza di mutamento del rito ex art. 702 *ter*, 3° co., c.p.c., per concludere che essi possiedono il valore di *prova liberamente valutabile*, non riproponendosi in questo caso né le problematiche osservate in tema di individuazione del valore probatorio attribuibile alle prove raccolte nella fase cautelare, né essendo richiamabile il disposto di cui all'art. 427, 2° co., c.p.c. in tema di prove acquisite durante la fase *speciale* del rito nel caso di passaggio al rito ordinario, poiché tale previsione trova la propria giustificazione nella diversa estensione dei *poteri officiosi* di cui gode il giudice del lavoro

rispetto a quello ordinario e che arrivano fino alla possibilità di superamento dei limiti di ammissibilità dei singoli mezzi.

Il vero problema posto dalla *sommarietà* o *semplificazione* delle forme diventa allora il controllo dell'osservanza dei criteri che formano il *convincimento* del giudice, in quanto è inevitabile che esso diventi più difficile quando le forme sono *libere e non predeterminate* dalla legge; tuttavia, non sembra possibile negare i valori che ispirano la *semplificazione* delle forme, al punto da imporre un'inversione della rotta che oggi conduce verso la *deformalizzazione* quanto meno della fase dell'istruzione in senso stretto, sempre che si tengano costantemente a vista le coordinate *essenziali*, come il diritto di difesa ed il principio del contraddittorio, i quali devono potersi esplicitare in ogni momento della fase di conferma delle ipotesi sul fatto, in modo che si accresca il rispetto e la sensibilità degli interpreti nei confronti di essi.

Dott. Massimo Teresi

Bibliografia

A

ACIERNO, *Il nuovo procedimento sommario: le prime questioni applicative*, in Corr. giur. 2010, 4, 503 ss.;

ACONE - SANTULLI, *Competenza, II*), *Diritto Processuale Civile*, Enc. giur., VII, Roma 1989;

ANDOLINA - VIGNERA, *Il modello costituzionale del processo civile italiano*, Torino 1990;

ANDRIOLI, *Presunzione (diritto civile e diritto processuale civile)*, in Nss. d. i. XIII, Torino 1966;

ID., *Commento al codice di procedura civile*, Napoli 1964, III ed., IV;

ID., *Diritto processuale civile*, Napoli 1979;

ID., *Prova in genere (dir. civ.)*, in N. d. i., X, Torino 1939, 813 ss.;

ANGELONI, *Le prove illecite*, Padova 1992;

ARIETA, *Diritto processuale civile*, Torino 1999;

ID., *La sentenza sulla competenza*, Padova 1990;

ID., *Procedimenti in camera di consiglio*, in Dig. disc. priv., sez. civ., XIV, Torino 2006, 435 ss.;

ID., in *Il "rito semplificato" di cognizione*, in Scritti in onore di Accone, Napoli 2010, ed in www.judicium.it;

ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova 1991;

ID., *L'interesse ad agire*, Padova 1958;

AULETTA, *Misure (civili) contro la violenza nelle relazioni familiari: ipotesi ricostruttive della legge n. 154/2001*, in Fam. dir. 2003, 294 ss.;

ID., *L'azione civile contro la violenza nelle relazioni familiari (art. 736 bis c.p.c.)*, in Riv. dir. proc. 2001, 1045 ss.;

ID., *Codice di procedura civile commentato*, a cura di Vaccarella - Verde, IV, Torino 1997, art. 669 *sexies*;

ID., *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, Padova 2002;

B

BALBI, *Provvedimenti d'urgenza*, in Dig. disc. priv., sez. civ., XVI, Torino 2006, 73 ss.;

BALENA, *Procedimento di istruzione preventiva*, in Enc. giur., XVIII, Roma 1990;

ID., *Giuramento*, Dig. disc. priv., sez. civ., IX, Torino 2006, 105 ss.;

ID., *Elementi di diritto processuale civile, III. I processi speciali e l'esecuzione forzata*, Bari 2007;

ID., *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile*, in Giust. proc. civ. 2009, 749 ss.;

BALENA - BOVE, *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari 2006;

BALENA – CAPONI – CHIZZINI - MENCHINI, *La riforma della giustizia civile. Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/2009*, Torino 2009;

BARLETTA, *La riproposizione della domanda cautelare*, Milano 2008;

BARONE C. M., *Informazioni presso la pubblica amministrazione (richiesta di)*, in Enc. giur., XVI, Roma 1989;

BATTAGLIO, “Indizio” e “prova indiziaria” nel processo penale, Riv. it. dir. proc. pen. 1995, 374 ss.;

BENVENUTI, *L’istruzione nel processo amministrativo*, Padova 1953;

BESSO, *La prova prima del processo*, Torino 2004;

BONGIORNO, *I provvedimenti del Tribunale fallimentare*, Milano 1979;

BORGHESI, *Compensazione nel diritto processuale civile*, in Dig. disc. priv., sez. civ., III, Torino 2006, 78 ss.;

BOVE, *Rito camerale e “giusto processo regolato dalla legge” (a proposito dell’ordinanza della Corte di Appello di Genova 4 gennaio 2001)*, in Giust. civ. 2002, II, 403 ss.;

BRANDI, *Contumacia*, Enc. dir., X, Milano 1962, 458 ss.;

BUCCI - CRESCENZI, *Il procedimento per convalida di sfratto*, Padova 1990;

BUCCI- SOLDI, *Le nuove riforme del processo civile*, Padova 2006;

BUCOLO, *Appunti interpretativi sugli aspetti processuali dell’art. 4 della legge sul divorzio*, in Giur. it. 1971, IV, 210 ss.;

BUONCRISTIANI, *L’allegazione dei fatti nel processo civile, Profili sistematici*, Torino 2001;

C

CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova 1936;

ID., *La sentenza civile come mezzo di prova*, ora in Opere Giuridiche, V, Napoli 1972;

CALVOSA, *Sui provvedimenti presidenziali ex art. 708 cod. proc. civ.*, Riv. dir. proc. 1962, 19 ss.;

CANTAFIO, *La cognizione camerale prefallimentare tra cognizione sommaria e logica inquisitoria*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1998, 1355 ss.;

CAPONI, *Il sequestro giudiziario di beni nel processo civile*, Milano 2000;

CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità. Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, I, Milano 1962;

CAPPONI, *Note in tema di rapporti tra competenza e merito*, Torino 1997;

ID., *Le informazioni del giudice civile (appunti per una ricerca)*, Riv. trim. dir. proc. civ. 1990, 911 ss.;

ID., *Note sul procedimento sommario di cognizione (artt. 702 bis ss. c.p.c.)*, in www.judicium.it;

CARBONARI, *Contumacia (Procedimento in): I) diritto processuale civile*, Enc. giur., IX, Roma 1988, 6 ss.;

CARNELUTTI, *Istituzioni di diritto processuale civile italiano*, V ed., III, Roma 1956;

ID., *Controversia sulla proprietà e sequestro giudiziario*, in Riv. dir. proc. 1953, II, 184 ss.;

CARPI, *I processi cautelari e l'esecuzione nel disegno di legge per la riforma urgente del c.p.c.: la competenza e il procedimento*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1990, 1258 ss.;

CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, Torino 1997;

ID., *Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto nel processo e sistema probatorio)*, in Riv. dir. proc. 2001, 73 ss.;

ID., *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in Riv. dir. proc. 2003, 41 ss.;

ID., *I procedimenti cameral- sommari in recenti sentenze della Corte Costituzionale*, in Riv. trim. dir. proc. civ. 1992, 1049 ss.;
 ID., *Il principio di non contestazione nel processo civile*, Milano 1995;
 CARRERA, *Violenza domestica e ordini di protezione contro gli abusi familiari*, in Fam dir. 2004, 388 ss.;
 CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova 1991;
 ID., *Esibizione delle prove nel diritto processuale civile*, in Dig. disc. priv., sez. civ., VII, Torino 2006, 664 ss.;
 CEA, *Il principio di non contestazione al vaglio delle sezioni unite*, in Foro it. 2002, I, 2019 ss.;
 ID., *La tecnica della non contestazione nel processo civile*, in Gius. proc. civ. 2006, 2, 173 ss
 CECHELLA, *Il processo civile dopo le riforme*, a cura di Vaccarella - Capponi - Cecchella, Torino 1992;
 ID., *Cognizione ordinaria e cognizione sommaria in relazione al principio di tipicità delle prove e alla regola finale di giudizio*, in Riv. dir. civ. 1986, 218 ss.;
 ID., *Il processo cautelare. Commentario*, Torino 1997;
 CERINO CANOVA, *Per la chiarezza delle idee in tema di procedimento camerale e di giurisdizione volontaria*, in Riv. dir. civ. 1987, I, 431 ss. ed in Studi Allorio, I, Milano 1989;
 CHIARLONI, *Prime riflessioni sui valori sottesi alla novella del c.p.c.*, in Riv. dir. proc. 1991, 657 ss.;
 ID., *Il nuovo art. 111 e il processo civile*, in Riv. dir. proc. 2000, 1010 ss.;
 ID., *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1986, 833 ss.;
 CHIOVENDA, *Azioni sommarie. La sentenza di condanna con riserva*, in *Saggi di diritto processuale civile (1900- 1930)*, I, Roma 1930;
 ID., *Principii di diritto processuale civile*, III ed., Napoli 1980;

CHIZZINI, *La revoca dei provvedimenti di volontaria giurisdizione*, Padova 1994;

CIACCA CAVALLARI, *La contestazione nel processo civile*, II, Milano 1993;

CICU, *Il diritto di famiglia*, Roma 1914;

CIPRIANI, *Procedimento camerale e diritto alla difesa*, in Riv. dir. proc. 1974, 189 ss.;

CIVININI, *I procedimenti in camera di consiglio*, Torino 1994;

COLESANTI, *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, in Riv. dir. proc. 1975, 577 ss.;

COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino 1998;

ID., *Garanzie costituzionali e prove atipiche nel procedimento camerale*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1150 ss.;

ID., *Le garanzie fondamentali del "giusto processo"*, in Nuova giur. civ. comm., 2001, II, 1 ss.

ID., *Istruzione e trattazione nel processo civile*, in Dig. disc. priv., sez. civ., X, Torino 2006, 217 ss.;

ID., voce *Giuramento (dir. proc. civ.)*, in Enc. giur., XV, Roma 1989, 6 ss.;

ID., *Il principio di economia processuale*, I, Padova 1980;

CONSOLO, *La riforma del processo di cognizione*, Milano 1991;

ID., *Il nuovo processo cautelare. Problemi e casi*, Torino 1998;

ID., *La riforma del processo civile*, a cura di Consolo- Luiso- Sassani, Milano 1991, sub art. 74 (669 *sexies*);

ID., *Una buona "novella" al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360 bis e 614 bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, in Corr. Giur. 2009, 6, 737 ss.;

ID., *Il processo cautelare: profili generali*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1996, 345 ss.;

CONSOLO - LUISO, *Codice di procedura civile commentato*, Milano 2007;

CORDER, *Giudizio contenzioso di separazione e di divorzio. Giudizio di primo grado*, in *Separazione, Divorzio, Annullamento*, a cura di Sicchiero, Bologna 2005;

CORDOPATRI, *Inferenza probatoria e massime d'esperienza, prova, presunzione e indizio*, in *Giur. mer.*, 1999, 3, IV, 632 ss.;

CORSINI, *Il sequestro giudiziario di beni, in I procedimenti sommari e speciali, II. Procedimenti cautelari*, 2, a cura di Chiarloni- Consolo, Torino 2005;

ID., *Il reclamo cautelare*, Torino 2002;

D

D'ALESSANDRO, *Gli ordini civili di protezione contro gli abusi familiari: profili processuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 1, 225 ss.;

DELLA PIETRA, *Procedimento possessorio, Contributo allo studio della tutela del possesso*, Torino 2003;

DE MATTEIS, *Illecita acquisizione documentale e principio inquisitorio nell'opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento*, in *Il Fallimento* 2005, 871 ss.;

DENTI, *Interrogatorio formale della parte non legittimata a confessare*, in *Giur. it.*, 1960, 863 ss.;

DE SANTIS – JORIO – M. FABIANI, *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna 2006;

DE STEFANO, *Manuale di volontaria giurisdizione*, Padova 2002;

DINI, *I provvedimenti d'urgenza*, Milano 1973;

DI ROSA, *Il procedimento di ingiunzione*, Milano 2003;

DITTRICH, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.* 2009, 1582 ss.;

DOGLIOTTI, in *Il diritto di famiglia, Trattato a cura di Bonilini - Cattaneo*, I. *Famiglia e matrimonio*, 2, Torino 1999;

F

FABBRINI, *Potere del giudice (dir. proc. civ.)*, in Enc. dir., XXXIV, Milano 1985, 721 ss.;

ID., *Presunzioni*, in Dig. disc. priv., sez. civ., XIV, Torino 2006, 279 ss.;

FABIANI E., *I poteri istruttori del giudice civile. Contributo al chiarimento di un dibattito*, Salerno 2008;

FABIANI M., *L'impulso officioso nella gestione del procedimento fallimentare*, in Foro it., I, 605 ss.;

ID., *Il valore probatorio della non contestazione del fatto allegato*, in Corr. giur. 2003, 1335 ss.;

FANTICINI, *Accertamento delle potenzialità economiche delle parti, anche a mezzo della polizia tributaria*, in Fam. pers. succ., 11, 2006, 933 ss.;

FAZZALARI, *Giurisdizione volontaria*, Enc. dir., XIX, Milano 1979, 341 ss.;

ID., *Note in tema di diritto e di processo*, Milano 1957;

ID., *Profili della cautela*, in Riv. dir. proc. 1991, 1 ss.;

ID., *I poteri del giudice nel processo del lavoro*, in Riv. dir. proc. 1974, 586 ss.;

FERRARI, *La "prova migliore". Una ricerca di diritto comparato*, Milano 2004;

FERRO, *L'istruttoria prefallimentare*, Torino 2001;

FIGONE, *La legge sulla violenza in famiglia*, in Fam. dir. 2001, 355 ss.;

ID., *Violazione in famiglia ed intervento del giudice*, Fam. dir. 2002, 506 ss.;

FRANCHI, *La perizia civile*, Padova 1959;

FRASCA, *Il procedimento per convalida di sfratto*, Torino 2001;

FRAU, in *La riforma del processo cautelare, finalità politiche e fonti reali*, in Giur. it., 1992, 11, IV, 474 ss.;

FRUS, *Commento all'art. 74/669 bis*, in *Le riforme del processo civile*, a cura di Chiarloni, Bologna 1992;

ID., *Note sull'onere del convenuto di "prendere posizione" nel processo del lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1991, 63 ss.;

G

GARBAGNATI, *I procedimenti per ingiunzione e per convalida di sfratto*, Milano 1979;

GHIRGA, *Principi generali del processo e misure provvisorie*, in *Riv. dir. proc.* 1997, 489 ss.;

GIONFRIDA, *Competenza civile*, Enc. dir., VIII, Milano 1961, 46 ss.;

GIORGI, *Poteri del giudice ed attività delle parti nel giudizio di opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento*, in *Giur. Comm.* 1985, I, 444 ss.;

ID., *Profili istruttori delle procedure concorsuali*, Milano 1988;

GIUDICEANDREA, *Consulente tecnico (dir. proc. civ.)*, in Enc. dir., IX, Milano 1961, 531 ss.;

GIUSSANI, *Le riforme della giustizia civile*, a cura di Taruffo, Torino 1993, 177 ss.;

GLENDI, *La circolarità dell'azione tra le diverse giurisdizioni dell'ordinamento nazionale*, in *Circ. trasp.* 2009, 2665 ss.;

GRASSO, *Dei poteri del giudice*, in *Commentario del codice di procedura civile* diretto da Allorio, I, 2, Torino 1973;

GRAZIOSI, *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, Milano 2003;

GUARNIERI, *Il sequestro giudiziario e il sequestro liberatorio*, in *Il processo cautelare*, a cura di Tarzia, Padova 2004;

GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino 2006;

L

LA CHINA, *Giudice (Astensione e ricusazione)*, Dig disc. priv., sez. civ., IX, Torino 2006, 26 ss.;

ID., *L'esibizione delle prove nel processo civile*, Milano 1960;
 LANCELLOTTI, *Osservazioni critiche intorno all'autonomia processuale della tutela cautelare*, Riv. dir. proc. 1939, I, 232 ss.;
 LANDI, *Rendimento dei conti (diritto processuale civile)*, in Enc. giur., XXVI, Roma 1991, 3 ss.;
 LANFRANCHI, *Procedimenti decisori sommari*, in Enc. giur., XXIV, Roma 1991, 4 ss.;
 LASERRA, *Istruzione (dir. proc. civ.)*, in Nss. dig. it., IX, Torino, 1963, 262 ss.;
 LEANZA, *Le prove civili*, Torino 2005;
 LEONE, *Istruzione della causa*, in Enc. dir., XXIII, Milano 1973, 141 ss.;
 LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, VI ed., *Principi*, Milano 2002;
 ID., *Unità del procedimento cautelare*, in Riv. dir. proc. 1954, 248 ss.;
 LOMBARDI, *E' arrivato il procedimento sommario di cognizione generale*, in Gazz. for. 2009, 4, 19 ss.;
 LOMBARDO, *Natura e caratteri dell'istruttoria cautelare*, in Riv. dir. proc. 2001, 464 ss.;
 ID., *La prova giudiziale*, Milano 1999;
 ID., *Profili delle prove civili atipiche*, Relazione al convegno di studi sul tema "Il diritto delle prove", 21-22.11.2008, Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Catania, in www.judicium.it;
 LUIISO, *Rendiconto*, Enc. dir., XXXIX, Milano 1988, 805 ss.;
 ID., *La riforma dei procedimenti cautelari nei "Provvedimenti urgenti" per il processo civile*, in *Documenti Giustizia*, 1990, 7 ss.;
 ID., *Commentario alla riforma del processo civile*, in Consolo – Luiso - Sassani, Milano 1996, sub art. 38, 27 ss.;

ID., *Richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione*, in Enc. dir., XL, Milano 1989, 483 ss.;

ID., *Il processo del lavoro*, Torino 1992;

M

MANDRIOLI, *Delle parti*, Comm. UTET, I, 2, Torino 1973, 919 ss.;

ID., *Diritto Processuale civile*, XIII ed., III, Torino 2005;

ID., *I provvedimenti presidenziali nel giudizio di separazione dei coniugi*, Milano 1953;

MENCHINI, *L'ultima "idea" del legislatore per accelerare i tempi della tutela dichiarativa dei diritti: il processo sommario di cognizione*, in Corr. Giur. 2009, 8, 1025 ss., ed in www.judicium.it;

MENCHINI – MOTTO, *Art. 140 bis*, in www.judicium.it;

MERLIN, *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, in Dig. disc. priv., sez. civ., XIV, Torino 2006, 393 ss.;

MICHELI, *Camera di consiglio (diritto processuale civile)*, in Enc. dir., V, Milano 1959, 990 ss.;

MONTANARI, *Il principio di prova per iscritto*, Torino 2005;

MONTELEONE, in *Diritto Processuale civile*, Padova 2002;

MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, II ed., Torino 1994;

ID., *Strumentalità e superficialità della cognizione cautelare*, in Riv. dir. proc. 1999, 309 ss.;

ID., *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile*, in Riv. trim. dir. e proc. civ. 1978, 189 ss.;

ID., *"Dovuto processo" su diritti incisi da giudizi camerali e sommari*, in Riv. dir. proc. 1989, 915 ss.;

ID., *Le "prove atipiche" nelle "presunzioni" e negli "argomenti" del giudice civile*, in Riv. dir. proc. 1980, 233 ss.;

MONTESANO - ARIETA, *Il nuovo processo civile. Legge 353/1990*, Napoli 1991;

MONTESANO - VACCARELLA, *Manuale di diritto processuale del lavoro*, III ed., Napoli 1996;

N

NARDO, *Contributo allo studio dell'istruzione preventiva*, Napoli 2005;

O

OLIVIERI, *I provvedimenti cautelari nel nuovo processo civile (legge 26 novembre 1990, n. 353)*, in Riv. dir. proc. 1991, 702 ss.;

ID., *Al debutto il rito sommario di cognizione*, in G. dir. 2009, 28, 37 ss.;

ORIANI, *Il nuovo testo dell'art. 38 c.p.c. (art. 4 l. 353/'90)*, in Foro it. 1991, V, 336;

ID., *Le modifiche al codice di procedura civile previste dalla l. n. 80 del 2005. Titolo esecutivo, opposizioni, sospensione dell'esecuzione*, in Foro it. 2005, IV, 107;

P

PAGANO, *Contributi allo studio dei procedimenti in camera di consiglio*, Napoli 1996;

PATTI, *Prova. Diritto processuale civile*, in Enc. giur., XXV, Roma 1991, 4 ss.;

PENTANGELO, *L'istruttoria nei procedimenti sommari*, Relazione tenuta all'incontro di studio organizzato dal CSM sul tema *Le prove nel processo civile*, Frascati, 24-26 maggio 1999, ora in Quaderni del CSM, I, 1999, 133 ss.;

PETRONE, *La consulenza tecnica tra mezzo istruttorio e mezzo di prova: aspetti problematici e profili applicativi*, in www.judicium.it;

PIERRO, *Il giudicato cautelare*, Torino 2000;

POGGESCHI, *Il processo di interdizione e di inabilitazione*, Milano 1958;

PREDEN, *Sfratto*, in Enc. dir., XLII, Milano 1990, 455 ss.;

PROTETTI', *Le azioni possessorie, La responsabilità ed il procedimento in materia possessoria*, VIII ed., Milano 1995;

PROTO PISANI, *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. c.p.c.*, in Riv. dir. civ. 1990, 393 ss.;

ID., *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli 1991;

ID., *Lezioni di diritto processuale civile*, V ed., Napoli 2006;

ID., *Il procedimento per convalida di sfratto*, in Riv. trim. dir. proc. civ. 1988, 1354 ss.;

ID., *L'istruzione nei procedimenti sommari*, in Foro it. 2002, V, 17 ss.;

ID., *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, in Riv. dir. proc. 1979, 575 ss.;

ID., *Appunti sulla tela cautelare*, in Riv. dir. civ., 1987, I, 125 ss.;

ID., voce *Procedimenti cautelari*, in Enc. giur., XXIV, Roma 1991, 12 ss.;

ID., *Appunti sulle prove civili*, in Foro it. 1994, V, 49 ss.;

ID., *Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile*, in Foro it. 2003, I, 604 ss.;

ID., *Le controversie in materia di lavoro*, a cura di Andrioli- Barone-Pezzano – Proto Pisani, II ed., Bologna- Roma 1987;

PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, I, Torino 2008;

R

RAMPAZZI - GONNET, *Il giudizio civile di rendiconto*, Milano 1991;

RASCIO, *Note brevi sul "principio di non contestazione" (a margine di una importante sentenza)*, in Dir. giur. 2002, 78 ss.;

RECCHIONI, *Il Processo cautelare uniforme, I procedimenti sommari e speciali*, a cura di Chiarloni-Consolo, Torino 2005;

REDENTI, *Diritto processuale civile*, III, Milano 1997;

ID., *Natura del processo di interdizione e conseguenze sulle spese*, (nota a Tribunale Torino 9.3.1942 già in Temi del 1946), ora in *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo, I. Intorno al diritto processuale*, Milano, 1962;

RICCI E. F., *Lezioni sul fallimento*, II, Milano 1997;

RICCI G. F., *Le prove atipiche*, Milano 1999.;

ROMANO A. A., *La tutela cautelare della prova nel processo civile*, Napoli 2004;

RONCO, *Procedimento per decreto ingiuntivo. I procedimenti sommari e speciali*, a cura di Chiarloni-Consolo, I, *I procedimenti sommari*, Torino 2003;

RUFFINI, “Argomenti di prova” e “fondamento della decisione” del giudice civile, in Riv. trim. dir. proc. civ. 2004, II, 1329 ss.;

S

SALETTI, *Appunti sulla nuova disciplina delle misure cautelari*, in Riv. dir. proc. 1991, 355 ss.;

SALETTI, *Procedimento e sentenza di divorzio*, in *Il diritto di famiglia*, Trattato a cura di Bonilini- Cattaneo, I, *Famiglia e matrimonio*, Torino 1997;

SALVANESCHI, *La domanda ed il procedimento*, in *Il processo cautelare*, a cura di Tarzia- Saletti, Padova 2004;

ID., *I provvedimenti di istruzione preventiva*, in Riv. dir. proc. 1988, 800 ss.

ID., *I procedimenti di separazione e divorzio*, Fam dir. 2006, 356 ss.;

ID., *Il processo civile di riforma in riforma*, a cura di Consolo – Luiso Menchini - Salvaneschi, Milano 2006;

SANTARCANGELO, *La volontaria giurisdizione*, Milano 2003;

SARACENI, *Opposizione tardiva a decreto ingiuntivo: presupposti circa la sua ammissibilità e prova di conoscenza non tempestiva del provvedimento monitorio irregolarmente notificato* (nota a Cass. SS. UU. 12.5.2005 n. 9938) in Giust. civ. 2006, 10, 2119 ss.;

SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano 1968;

SATTA - PUNZI, *Diritto Processuale civile*, Padova 2000;

SCALAMOGNA, *L’efficacia probatoria degli argomenti di prova*, in Riv. dir. proc., 2009, 1161 ss.;

SCARANO, *L'ordine di allontanamento dalla casa familiare*, in *Famiglia* 2003, 333 ss.;

SCARSELLI, *La condanna con riserva*, Milano 1989;

SEGRE', *Premesse sulla competenza in generale*, in *Comm. UTET*, I, 1, Torino 1973;

ID., *Astensione, ricusazione e responsabilità dei giudici*, *Comm. UTET*, I, 1, Torino 1973;

T

TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano 1992;

ID., *Note per una riforma del diritto delle prove*, in *Riv. dir. proc.* 1986, 237 ss.;

ID., *Il giudizio prognostico del giudice tra scienza privata e prova scientifica*, in *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna 2002;

ID., *Interrogatorio*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., X*, Torino 2006, 57 ss.;

ID., *Modelli di prova e di procedimento probatorio*, in *Riv. dir. proc.* 1990, 420 ss.;

ID., *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 451 ss.;

ID., voce *Prova testimoniale*, in *Enc. dir. XXXVII*, Milano 1988, 735 ss.;

ID., *Prove atipiche e convincimento del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1973, 389 ss.;

TARZIA, *Manuale del processo del lavoro*, IV ed., Milano 1999;

ID., *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, in *Riv. dir. proc.* 1984, 639 ss.;

TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova 2006;

TISCINI, *L'accertamento del fatto nei procedimenti con struttura sommaria*, Relazione per l'incontro di studio al CSM sul tema "La tutela sommaria", Roma 2010, ora in www.judicium.it.

TOMMASEO, *Legge 26 novembre 1990 n. 353*, in *Corr. giur.* 1991, 100 ss.;

ID., *Abuso della potestà e allontanamento coattivo dalla casa familiare*, in *Fam. dir.* 2002, 637 ss.;

ID., *I provvedimenti d'urgenza*, Padova 1983;

ID., *I processi a contenuto oggettivo*, in *Riv. dir. civ.* 1988, 495 ss.;

TOTA, *Tutela camerale dei diritti e giusto processo*, in *Giust. civ.* 2002, 1476 ss.;

TURRONI, *Opposizione tardiva a decreto ingiuntivo per nullità della notifica ai sensi dell'art. 11, comma 3, r.d. 30 ottobre 1933 n. 1611* (nota a *Cass. Civ.* 10.1.1996 n. 147), in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, I, 555 ss.;

TRISORIO LIUZZI, *I procedimenti sommari e speciali. Procedimenti sommari*, Torino 2005;

ID., *Ispezione nel processo civile*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, X, Torino 2006, 188 ss.;

V

VACCARELLA, *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, II ed., Torino 1993;

ID., *Interrogatorio delle parti*, in *Enc. dir.* XXII, Milano 1972, 353 ss.;

VALITUTTI, *I procedimenti possessori e camerali*, a cura di Chiarloni – Consolo, III, Torino 2005;

VALITUTTI – DE STEFANO, *Il decreto ingiuntivo e la fase di opposizione*, Padova 2000;

VERDE, *Intervento e prova del credito nell'espropriazione forzata*, Milano 1968;

ID., *Prova (dir. proc. civ.)*, *Enc. dir.*, XXXVII, Milano 1988;

ID., *La prova nel processo civile (profili di teoria generale)*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 4 s.;

ID., *Diritto processuale civile*, Bologna 2010;

ID., *Dispositivo (principio)*, in Enc. giur., XI, Roma 1989, 4 ss.;

ID., *Spunti critici sulla non contestazione*, in Dir. Lav. 2003, I, 285 ss.;

VIGNOLO, *Principio inquisitorio e impulso d'ufficio nel procedimento di interdizione*, in Riv. dir. civ. 1975, 336 ss.

VOCINO, *Intorno al nuovo verbo "tutela giurisdizionale differenziata"*, in Studi in onore di Carnacini, vol. II, Milano 1984, 761 ss.