

Studio n. 432-2012/C

L'attività notarile fra constatazione di fatti, verbalizzazione di dichiarazioni testimoniali, prova prima del processo e delega all'assunzione della prova (testimoniale)

Approvato dalla Commissione Studi Civilistici del 12 dicembre 2012

Lo studio in sintesi (abstract)

L'A. affronta la delicata e complessa tematica della verbalizzazione di dichiarazioni testimoniali da parte del notaio in una prospettiva de iure condito e de iure condendo.

De iure condito, all'esito di una approfondita indagine dottrinale e giurisprudenziale, si giunge a ritenere che la verbalizzazione di dichiarazioni testimoniali da parte del notaio:

- a) non determina alcuna violazione dell'art. 28 l. not.;*
- b) rientra, al pari delle altre possibili ipotesi di verbali di constatazione, nell'ambito della competenza notarile, che (anche) in forza del disposto di cui all'art. 1 l. not. ha una portata di carattere generale (non solo in tema di atti negoziali ma) anche in tema di atti non negoziali;*
- c) non integra una prova testimoniale in senso proprio, ossia alla stregua della nozione fatta propria dal nostro codice di procedura civile, ma bensì un'ipotesi di prova cd. atipica;*
- d) non possiede l'efficacia probatoria propria della prova testimoniale, ma bensì quella propria dell'indizio o dell'argomento di prova a condizione che si accolga, a monte, l'indirizzo (per lo più) giurisprudenziale, che trova riscontro anche in una parte della dottrina, tendente ad ammettere la possibilità per il giudice civile di fondare il proprio convincimento (anche) su prove atipiche, riconoscendo a queste ultime, per l'appunto, l'efficacia probatoria propria dell'indizio o dell'argomento di prova.*

De iure condendo, traendo anche spunto dalla normativa in tema di prova civile vigente in altri Paesi, si giunge a ritenere che, a fronte della profonda crisi in cui versa ormai da tempo la nostra giustizia civile, non si può rinunciare a strumenti deflattivi quali, per un verso, la delega al notaio di determinate attività giurisdizionali e, per altro verso, l'accertamento dei fatti prima del processo, i quali, ove opportunamente combinati fra loro, possono consentire di percorrere differenti possibili vie, fondamentalmente rappresentate:

1) dalla delega al notaio all'assunzione della prova testimoniale (e, se del caso, anche dell'ispezione) sia in pendenza del processo che prima del processo; in quest'ultimo caso, nell'ambito di un nuovo "procedimento probatorio" i cui presupposti siano differenti dall'attuale procedimento di istruzione preventiva (soprattutto sotto il profilo dei presupposti di accesso allo stesso e segnatamente del *periculum in mora*), in modo tale da consentire allo stesso di svolgere quella funzione deflattiva del contenzioso cui dovrebbe essere preordinato;

2) della dichiarazione resa dal terzo in assenza di contraddittorio delle parti ma sotto il "controllo" del giudice;

3) della dichiarazione resa dal terzo in assenza di contraddittorio delle parti e di "controllo" del giudice.

Lo studio ha altresì cura di rimarcare come gli stessi verbali di constatazione, lungi dall'integrare qualsivoglia violazione dell'art. 28 l. not., e rientrando piuttosto nell'ambito della competenza generale del notaio (tale, per l'appunto, anche in tema di atti non negoziali), ben possono svolgere un'importante funzione deflattiva del contenzioso, così come del resto già accade in altri ordinamenti (quali, in particolare, la Spagna) che ne hanno maggiormente valorizzato questa intrinseca potenzialità ed in piena conformità, peraltro, con la cd. funzione antiprocessuale da sempre riconosciuta al notaio nel nostro ordinamento.

Sommario: 1. Premessa; 2. La competenza notarile in tema di verbali di constatazione; 3. *Segue:* ... e quella in tema di verbalizzazione di dichiarazioni testimoniali nella dottrina e nella giurisprudenza; 4. Possibilità per il notaio di procedere alla verbalizzazione di dichiarazioni testimoniali ed efficacia probatoria delle stesse; 4.1. Premessa; 4.2. Competenza del notaio in tema di verbalizzazione di dichiarazioni testimoniali ed insussistenza di un contrasto con la previsione di cui all'art. 28 l. not.; 4.3. L'efficacia probatoria delle dichiarazioni testimoniali fatte oggetto di verbalizzazione da parte del notaio; 5. Il possibile ricorso alla figura del notaio per l'assunzione dei mezzi di prova (nella specie, testimoniale) in una prospettiva di riforma del sistema vigente (anche alla luce della disciplina esistente in altri ordinamenti); 5.1. Premessa; 5.2. Le vie astrattamente percorribili (anche alla luce delle scelte effettuate in materia da altri ordinamenti); 5.3. La "forma" della dichiarazione resa dal terzo; 5.4. Prova prima del processo e delega al notaio quali preziosi strumenti di deflazione del contenzioso civile; 5.5. *Segue:* la delega al notaio in pendenza del processo; 5.6. *Segue:* la delega al notaio prima del processo; 5.7. *Segue:* la dichiarazione resa dal terzo in assenza di contraddittorio delle parti e di "controllo" del giudice ed i verbali di constatazione; 5.8. *Segue:* la dichiarazione resa dal terzo in assenza di contraddittorio delle parti ma sotto il "controllo" del giudice; 6. Conclusioni.

1. Premessa

Da sempre discussa in dottrina e in giurisprudenza, nell'ambito della più ampia problematica legata alla possibilità o meno per il notaio di procedere alla redazione di verbali di constatazione nelle ipotesi in cui ciò non sia espressamente previsto dalla legge, è la possibilità o meno per quest'ultimo di procedere (anche) alla verbalizzazione di dichiarazioni testimoniali.

La tematica è, con ogni evidenza, di grosso interesse di carattere generale, in ragione della possibile efficacia probatoria (se del caso in sede processuale) di dichiarazioni di questo tipo, ed assai delicata nella prospettiva più strettamente notarile, trattandosi di una di quelle situazioni in cui il notaio, pur nell'assenza di un quadro normativo di riferimento certo, deve comunque fare i conti, da un lato, con l'obbligo di «prestare il suo ministero ogni volta che ne è richiesto» (di cui all'art. 27 della legge notarile) e, dall'altro lato, con il divieto di ricevere atti che siano «espressamente proibiti dalla legge, o manifestamente contrari al buon costume o all'ordine pubblico» (di cui all'art. 28 della legge notarile) ⁽¹⁾.

Il presente studio si ripropone di affrontare detta tematica, anche alla luce delle più recenti riforme in tema di prova testimoniale – e, segnatamente, della introduzione nel nostro ordinamento di una peculiare ipotesi di testimonianza scritta ⁽²⁾ – in una prospettiva che, guardando anche ad ordinamenti differenti dal nostro, non rimanga circoscritta nei confini del solo diritto vigente. Siamo, infatti, di fronte ad una tematica che ben si presta ad essere affrontata anche in una prospettiva (non *de iure condito* ma) *de iure condendo* soprattutto in un momento storico, qual è il nostro, in cui, per un verso, la giustizia civile versa (quanto meno nel nostro ordinamento, ma non solo in questo) in uno stato di profonda crisi e, per altro verso, altri ordinamenti hanno già da tempo intrapreso la via (se del caso anche muovendosi in una logica deflattiva del contenzioso civile) dell'assunzione della prova prima e/o comunque fuori del processo.

2. La competenza notarile in tema di verbali di constatazione

La competenza notarile trova il suo referente normativo fondamentale nella previsione di cui all'art. 1 della legge notarile, la cui formulazione divide però da sempre la dottrina, non sussistendo uniformità di vedute in ordine al modo in cui la stessa debba essere intesa e, conseguentemente, anche in ordine alla esatta delimitazione dei confini della competenza che disciplina.

Più in dettaglio, sin da epoca ormai risalente si contendono il campo sul punto due impostazioni contrapposte.

Secondo una prima impostazione, dalla formulazione dell'art. 1 l. not. (e più in particolare dalla formulazione, per un verso del primo comma, nella parte in cui definisce i notai come «pubblici ufficiali istituiti per ricevere gli atti tra vivi e di ultima volontà, attribuire loro pubblica fede, conservarne il deposito ...», e, per altro verso del secondo comma, nella parte in cui esordisce con l'espressione «ai notai è concessa anche la facoltà di ...») discenderebbe il principio di carattere generale secondo il quale il notaio, mentre avrebbe una competenza di carattere generale a ricevere atti negoziali, potrebbe, invece, ricevere atti non negoziali nei soli casi in cui sia espressamente autorizzato dalla legge ⁽³⁾.

Secondo una seconda e differente impostazione di fondo, il notaio possiederebbe, invece, una competenza di carattere generale a ricevere tanto atti negoziali che atti non negoziali ⁽⁴⁾. Ciò, proprio in forza del disposto di cui all'art. 1 l. not., la cui elencazione analitica, contenuta nel secondo comma, non avrebbe lo scopo di indicare in modo tassativo le competenze notarili in tema di atti non negoziali, ma soltanto quello di sgombrare il campo da ogni dubbio in ordine alla competenza del notaio a ricevere anche tali atti; nonché, in forza, oltre che della previsione di cui all'art. 1 r.d.l. n. 1666 del 1937, delle previsioni codicistiche (*in primis* l'art. 2699 c.c.) che ricollegano la pubblica fede all'atto pubblico, le quali non mirerebbero ad individuare la competenza del notaio ma la darebbero piuttosto per presupposta.

La prima impostazione, per quanto qui maggiormente interessa, finisce per circoscrivere la competenza del notaio (anche) in tema di verbali di constatazione ⁽⁵⁾, ritenendosi che il notaio possa riceverli nei soli casi espressamente previsti dalla legge, e dunque con riferimento alle sole ipotesi ivi indicate ⁽⁶⁾.

La seconda impostazione, all'opposto, amplia la competenza del notaio (anche) in tema di verbali di constatazione ⁽⁷⁾, ritenendosi che il notaio possa riceverli anche in assenza di una espressa disposizione di legge che lo abiliti a procedere in tal senso, e dunque anche con riferimento ad ipotesi che non siano fatte oggetto di previsione normativa espressa.

Anche la giurisprudenza, per lo più ormai risalente nel tempo, è divisa sul punto, pur tendendo a privilegiare la seconda delle due impostazioni indicate ⁽⁸⁾, la quale peraltro, a ben vedere, sembrerebbe aver ricevuto, da ultimo, un significativo avallo anche da parte del legislatore.

Il riferimento è alla modificazione, ad opera della legge n. 10 del 17 febbraio 2012, dell'art. 769 c.p.c., cui è stato aggiunto un nuovo comma, dopo il terzo, così che l'attuale testo di questa norma è il seguente:

«L'inventario può essere chiesto al tribunale dalle persone che hanno diritto di ottenere la rimozione dei sigilli ed è eseguito dal cancelliere del tribunale o da un notaio designato dal defunto con testamento o nominato dal tribunale.

L'istanza si propone con ricorso nel quale il richiedente deve dichiarare la residenza o eleggere domicilio nel comune in cui ha sede il tribunale.

Il tribunale provvede con decreto.

Quando non sono stati apposti i sigilli, l'inventario può essere chiesto dalla parte che ne assume l'iniziativa direttamente al notaio designato dal defunto nel testamento ovvero, in assenza di designazione, al notaio scelto dalla stessa parte».

A fronte, infatti, della innovazione legislativa di cui sopra, appare oggi ben più difficoltoso rispetto al passato ritenere, come ha fatto sinora la dottrina che propugna una interpretazione restrittiva della competenza notarile, che la previsione di carattere generale di cui al primo comma dell'art. 1 della legge notarile abbia ad oggetto i soli atti negoziali (e non anche gli atti non negoziali), dato che sussiste ormai nel nostro ordinamento una norma del codice di procedura civile, avente una portata di carattere generale in tema di inventari (e non circoscritta al solo inventario dei beni ereditari), qual è per l'appunto il nuovo art. 769 c.p.c., in forza della quale un significativo numero di inventari (non delegati dall'autorità giudiziaria) non sono sicuramente riconducibili nell'ambito della previsione di cui all'art. 1, secondo comma, n. 4 lett. b) (la quale presuppone inequivocabilmente la delega dell'autorità giudiziaria)⁽⁹⁾ e non possono, conseguentemente, non rinvenire il loro referente, sul piano della competenza notarile, nella previsione di carattere generale di cui al primo comma dell'art. 1 l. not., la quale dunque, così come ritenuto dalla dottrina che propugna una interpretazione estensiva della competenza notarile, non può non ricomprendere anche gli atti a contenuto non negoziale (siano essi inventari cd. volontari⁽¹⁰⁾ o, in via più generale, verbali di constatazione⁽¹¹⁾).

In altri termini, a differenza di quanto accadeva in passato, ormai esistono, senza più alcuna ombra di dubbio, numerose (e non isolate) ipotesi di inventario redatto dal notaio che prescindono dalla delega dell'autorità giudiziaria e che trovano, peraltro, la loro collocazione (non in singole previsioni specifiche ma) in una previsione di carattere generale del codice di procedura civile in tema di (procedimento di) inventario. E detta circostanza non può non avere delle ripercussioni, per i motivi in precedenza evidenziati, (anche) sull'interpretazione dell'art. 1 della legge notarile e sulla competenza del notaio da questo disciplinata⁽¹²⁾.

Sussistono, in definitiva, valide argomentazioni, anche alla luce della più recente evoluzione legislativa in materia, per ritenere che i verbali di constatazione rientrino a pieno titolo nell'ambito della competenza notarile, la quale, per i motivi efficacemente evidenziati dalla dottrina

prevalente in materia - in precedenza richiamati -, ha una portata di carattere generale con riferimento (non solo agli atti negoziali ma) anche agli atti non negoziali.

3. Segue: ... e quella in tema di verbalizzazione di dichiarazioni testimoniali nella dottrina e nella giurisprudenza

Nell'ambito del dibattito sui verbali di constatazione, in precedenza sinteticamente tratteggiato, una delle questioni più discusse è indubbiamente quella relativa alla possibilità o meno per il notaio di procedere alla verbalizzazione di dichiarazioni testimoniali e, per l'ipotesi in cui si ammetta detta possibilità, alla eventuale valenza probatoria (e se del caso di che tipo) delle stesse nell'ambito di un successivo processo civile. Posto che, evidentemente, si tratta di dichiarazioni rese con modalità differenti da quelle previste dal codice di procedura civile (al di fuori di un processo, dinanzi ad un notaio e non ad un giudice, etc.).

Anche con riferimento a questa specifica problematica, al pari di quanto riscontrato con riferimento a quella di carattere più generale attinente ai verbali di constatazione, non sussiste uniformità di vedute in dottrina e giurisprudenza.

Secondo un'impostazione giurisprudenziale, seppur ormai risalente nel tempo, che fa capo alla Corte di cassazione incorre nella violazione dell'art. 28 l. not. «il notaio che raccoglie deposizioni testimoniali preventive» ⁽¹³⁾. Più in dettaglio, secondo la S.C., detta ricezione di dichiarazioni testimoniali «è indubbiamente contraria all'ordine pubblico (rientrando così nella sfera di applicazione dell'art. 28, n. 1), giacché tende a fissare in una maniera determinata con carattere pubblico la verità di un fatto oggetto di future eventuali indagini dell'autorità giudiziaria, in aperta violazione della libertà dei testimoni e con alterazioni del corso regolare del processo» ⁽¹⁴⁾. Al contempo, la ricezione di dichiarazioni testimoniali importerebbe «l'usurpazione di funzioni riservate all'autorità giudiziaria» ⁽¹⁵⁾ ed al riguardo non potrebbe «farsi distinzione tra dichiarazioni riferentesi a procedimenti in corso e dichiarazioni relative a liti non ancora iniziate, perché anche le assunzioni di prove preventive partecipano sempre, quanto alle condizioni di ammissibilità, della garanzia giurisdizionale; mentre la loro esecuzione è soggetta, dal lato formale, alla disciplina comune dei mezzi probatori» ⁽¹⁶⁾.

Detta impostazione giurisprudenziale, oltre che risalente e circoscritta ad un esiguo numero di pronunce, non può neanche considerarsi pienamente uniforme in quanto la S.C., nell'intervenire sul tema, in una occasione, pur ribadendo il principio di fondo secondo il quale si deve «escludere ... la competenza del notaio ad assumere mezzi di prova destinati ad essere utilizzati nel processo, poiché tale competenza è riservata esclusivamente al giudice, con la garanzia del contraddittorio, anche nei casi di particolare urgenza (art. 692 e ss. c.p.c.)», ha

ritenuto comunque che «la dichiarazione giurata resa al notaio su fatti che possono essere rilevanti al fine della risoluzione della controversia non ha il valore della deposizione resa al giudice nel processo, ma può costituire solo un elemento indiziario, come un qualsiasi scritto proveniente da un terzo estraneo al processo in cui essa venga esibita»⁽¹⁷⁾.

Il quadro complessivo di riferimento si fa ancor più variegato quando si volge lo sguardo dalla giurisprudenza alla dottrina, tutt'altro che uniforme sul punto, posto che occorre anzitutto aver ben presente come non sussiste (non solo in astratto, ma anche alla luce dei risultati cui è approdata la dottrina esistente in materia) un rapporto di consequenzialità necessitata fra accoglimento dell'impostazione estensiva in tema di competenza notarile (in precedenza riferita) e ritenuta ammissibilità della verbalizzazione di dichiarazioni testimoniali da parte del notaio.

Più in dettaglio, in via tendenziale e di prima approssimazione, si può affermare che:

- i sostenitori della lettura estensiva della competenza notarile di cui all'art. 1 della legge notarile (in precedenza riferita), oltre ad escludere la sussistenza di qualsivoglia violazione dell'art. 28 della l. not. in ipotesi di verbalizzazione di dichiarazioni testimoniali da parte del notaio, tendono a ricomprendere lo svolgimento di questa attività nell'ambito della competenza notarile, riconoscendo al contempo a tali dichiarazioni la valenza di mero indizio o di argomento di prova⁽¹⁸⁾,

- i sostenitori della lettura restrittiva della competenza notarile di cui all'art. 1 della legge notarile (in precedenza riferita), ritengono, invece, talvolta non consentita la verbalizzazione di dichiarazioni testimoniali, con conseguente violazione dell'art. 28 l. not., e più spesso semplicemente inutile la stessa, nel senso che, pur nell'assenza di una violazione dell'art. 28 l. not., dette dichiarazioni sarebbero prive di ogni valenza probatoria⁽¹⁹⁾.

Ma, al contempo, non manca chi, pur accogliendo a monte la lettura estensiva della competenza notarile di cui all'art. 1 della legge notarile (in precedenza riferita), giunge comunque ad escludere l'ammissibilità della verbalizzazione di dichiarazioni testimoniali da parte del notaio, per lo più in ragione della presenza di specifiche norme ritenute ostative con riferimento al singolo caso di specie, quali, segnatamente, gli art. 692 ss. del codice di procedura civile in tema di istruzione preventiva⁽²⁰⁾.

Questo dato è già di per sé esplicativo della peculiarità propria della problematica in esame, rispetto a quella di carattere più generale in tema di verbali di constatazione, come del resto comprovato anche dalla rilevanza attribuita dalla dottrina intervenuta sul tema, ai fini della individuazione della soluzione più corretta da dare al problema, alla differente normativa processuale esistente in tema di istruzione preventiva sotto il vecchio codice di procedura civile del 1865 e sotto quello attuale del 1940.

Sotto il vigore del previgente codice di procedura civile del 1865, in cui l'assunzione giudiziale preventiva o anticipata di una prova era circoscritta alla sola ipotesi dell'assunzione a futura memoria della prova testimoniale (art. 251 c.p.c.), autorevole dottrina ⁽²¹⁾, infatti, nell'occuparsi della "assunzione di prove per mezzo del notaio" con riferimento all'ispezione di un fatto, argomentava in favore dell'ammissibilità della stessa (anche) in ragione dell'assenza di una norma che ne consentisse l'assunzione in via preventiva da parte del giudice ⁽²²⁾. Mentre, invece, altra dottrina, giunge alla conclusione opposta sotto il vigore del codice di procedura civile del 1940 argomentando (anche) dalla presenza di una norma che consente al giudice l'assunzione in via preventiva (non solo della prova testimoniale ma) anche dell'accertamento tecnico e dell'ispezione giudiziale ⁽²³⁾.

4. Possibilità per il notaio di procedere alla verbalizzazione di dichiarazioni testimoniali ed efficacia probatoria delle stesse

4.1 Premessa

Un primo risultato dell'indagine sinora condotta mi pare sia, dunque, inequivocabilmente rappresentato dalla specificità della problematica sottesa alla verbalizzazione di dichiarazioni testimoniali rispetto a quella, di carattere più generale, sottesa ai cd. verbali di constatazione, fondamentalmente ravvisabile, alla luce di quanto in precedenza evidenziato, nella presenza di specifiche norme del codice di procedura civile (quali, in particolare, quelle di cui agli artt. 692 ss. c.p.c.) cui sarebbe legata, secondo risalente giurisprudenza della Cassazione e parte (seppur minoritaria) della dottrina, la violazione dell'art. 28 l. not. (*sub specie* di contrarietà con l'ordine pubblico) in ipotesi di verbalizzazione di dichiarazioni testimoniali da parte del notaio (indipendentemente dalla circostanza che si tratti di dichiarazioni relative a procedimenti in corso ovvero non ancora iniziati).

Ciò significa che, per intendersi, il ritenere, come pure pare corretto, che il notaio abbia una competenza generale (non solo in tema di atti negoziali ma) anche in tema di atti non negoziali (e, dunque, anche di verbali di constatazione) ⁽²⁴⁾ non costituisce motivo di per sé solo idoneo a supportare la conclusione tendente a ritenere che il notaio possa procedere (anche) alla verbalizzazione di dichiarazioni testimoniali. In tal caso, infatti, in ragione della suddetta specificità propria di tale ipotesi, occorre superare un ulteriore ostacolo rappresentato dalla presenza nel nostro ordinamento di specifiche norme che, quanto meno secondo taluna giurisprudenza e dottrina, osterebbero comunque alla verbalizzazione di dichiarazioni testimoniali da parte del notaio. Tanto è vero che, come abbiamo visto, vi è chi in dottrina, pur aderendo ad una interpretazione estensiva della competenza notarile di cui all'art. 1 l. not., non ammette poi,

proprio in ragione della presenza delle suddette norme, la possibilità per il notaio di procedere alla verbalizzazione di dichiarazioni testimoniali ⁽²⁵⁾.

Occorre chiedersi, a ben vedere e più in dettaglio:

- 1) se sussiste o meno una competenza del notaio a procedere alla verbalizzazione di dichiarazioni testimoniali nonostante la presenza nel nostro ordinamento di norme, quali quelle del codice di procedura civile in tema di istruzione preventiva, che riservano al giudice l'assunzione dei mezzi di prova (anche) prima del processo;
- 2) se il notaio che procede alla verbalizzazione di dichiarazioni testimoniali incorre o meno nella violazione dell'art. 28 della legge notarile.

Avendo, dunque, sin d'ora ben presente che fra i due profili di cui sopra non sussiste un rapporto di consequenzialità necessitata, nel senso che non può affatto escludersi, in via di principio, che il compimento della suddetta attività da parte del notaio, pur non rientrando nell'ambito della competenza notarile – così come delineata dall'art. 1 della l. not. –, non determini comunque una violazione dell'art. 28 l. not. (se del caso *sub specie* di contrarietà con l'ordine pubblico), conformemente a quanto, del resto, già sostenuto da taluna dottrina ⁽²⁶⁾.

4.2 Competenza del notaio in tema di verbalizzazione di dichiarazioni testimoniali ed insussistenza di un contrasto con la previsione di cui all'art. 28 l. not.

Giova prender le mosse proprio da quest'ultimo profilo, sgombrando subito il campo da ogni possibile dubbio in ordine alla insussistenza di qualsivoglia violazione dell'art. 28 l. not. da parte del notaio che proceda alla verbalizzazione di dichiarazioni testimoniali.

A tal proposito, occorre, infatti, anzitutto evidenziare come il suddetto indirizzo giurisprudenziale, ormai risalente, che fa capo alla S.C. non appare per nulla affatto convincente né tanto meno condivisibile tanto sotto il profilo della nozione di ordine pubblico ivi delineata, quanto sotto il profilo della connessa usurpazione di funzioni giudiziarie imputata al notaio nel caso di specie.

Sotto il primo profilo, già in epoca ormai risalente autorevole dottrina, pur negando la sussistenza di una competenza del notaio in tema di verbalizzazione di dichiarazioni testimoniali – per lo più in ragione di una lettura restrittiva della previsione di cui all'art. 1 della legge notarile ⁽²⁷⁾ –, ha efficacemente evidenziato come «ridurre il problema della individuazione dei principi che compongono, in un dato momento storico, l'ordine pubblico alla ricerca delle norme che ne

costituiscono l'ordinamento positivo, equivale, nientemeno, a negare la nozione teorica e la concreta funzionalità dell'ordine pubblico»⁽²⁸⁾.

Sotto il secondo profilo, muovendo dalla medesima premessa di fondo secondo la quale «è erroneo affermare che ciò che non è previsto dalla norma positiva è contrario all'ordine pubblico», altra dottrina, dopo aver conseguentemente ritenuto che «l'atto non previsto dalla legge notarile ... non è per ciò solo, contrario all'ordine pubblico»⁽²⁹⁾, ha altresì evidenziato⁽³⁰⁾ l'insussistenza della usurpazione di funzioni riservate all'autorità giudiziaria, la quale, ove intesa in senso tecnico, «richiede l'immissione arbitraria di un soggetto in un pubblico ufficio, in modo da volerne esercitare le funzioni», e dunque, nel caso di specie, che il notaio faccia «apparire gli atti di istruzione preventiva che riceve come sostanzialmente inerenti ad una funzione giudiziaria che si è attribuita»; ipotesi, questa, che non ricorre, evidentemente, nel caso di specie, ove il notaio, lungi dal porre in essere un atteggiamento di questo tipo, si limita, piuttosto, a redigere «non degli atti destinati a porsi sullo stesso piano di quelli istruttori assunti dal giudice, ma semplicemente degli atti che valgono come surrogati delle prove che il giudice può raccogliere»⁽³¹⁾.

La non divisibilità dell'indirizzo giurisprudenziale in precedenza riferito costituisce indubbiamente già un dato particolarmente significativo per escludere la sussistenza, con riferimento all'ipotesi che ci occupa, di qualsivoglia violazione dell'art. 28 l. not. Ma direi che, con un passaggio ancor più significativo, alla medesima conclusione ci conduce anche la più recente evoluzione dottrinale e giurisprudenziale in punto di delimitazione dell'ambito di applicazione della previsione, da sempre assai delicata e controversa, di cui all'art. 28 della legge notarile⁽³²⁾.

Basti a tal proposito evidenziare, ai circoscritti fini che qui rilevano, come:

- a) se si accede all'impostazione fatta propria da buona parte della dottrina secondo la quale l'art. 28 l. not. troverebbe applicazione soltanto con riferimento agli atti negoziali⁽³³⁾, la problematica in esame si risolve in radice non venendo in rilievo nel caso di specie un atto negoziale;
- b) se si accede invece, come fa un'altra parte della dottrina, all'impostazione tendente ad estendere l'ambito di applicazione dell'art. 28 anche agli atti non negoziali⁽³⁴⁾, la problematica si pone ovviamente (anche) con riferimento al caso di specie in tutta la sua delicatezza ma va comunque risolta nel senso della esclusione di qualsivoglia violazione dell'art. 28 l. not., ivi compreso il profilo della possibile contrarietà con l'ordine pubblico in quanto:

b1) se si identifica la nozione di ordine pubblico, di cui alla norma in esame, con la contrarietà con norme imperative⁽³⁵⁾, come fa una parte della dottrina⁽³⁶⁾, la non contrarietà con l'ordine pubblico (e dunque anche con norme imperative) discende *de plano* dall'assenza, con riferimento al caso di specie, di una norma imperativa che faccia «espressamente» divieto al notaio di procedere alla verbalizzazione di dichiarazioni testimoniali; e ciò, si badi, non solo ove si interpreti il controverso inciso «atti espressamente proibiti dalla legge»⁽³⁷⁾ nel senso di ritenere indispensabile un espresso divieto di ricevere un determinato atto, che evidentemente non ricorre nel caso di specie, ma anche ove lo si interpreti estensivamente, come fa taluna dottrina e giurisprudenza, riconducendovi anche le ipotesi in cui il divieto sia desunto in via interpretativa dalla dottrina e dalla giurisprudenza, posto che, per tale ipotesi: anzitutto, si tende comunque a ritenere indispensabile la presenza di un indirizzo giurisprudenziale e dottrinale consolidato⁽³⁸⁾, che - come abbiamo visto a suo tempo - non ricorre nel caso di specie; in secondo luogo, è fortemente dubitabile, a monte ed in radice, che detto indirizzo dottrinale e giurisprudenziale possa trovare applicazione con riferimento al caso di specie, in cui, a ben vedere, manca non solo un divieto espresso, ma altresì, ancor più radicalmente, una previsione espressa che se ne occupi⁽³⁹⁾,

b2) se si dà, invece, una autonoma rilevanza alla nozione di ordine pubblico, rispetto alla contrarietà a norme imperative, come fa altra parte della dottrina⁽⁴⁰⁾, conseguentemente contrapponendo al controllo di legittimità (correlato alla valutazione di conformità alle norme imperative) che il notaio dovrebbe esplicare nell'esercizio della sua funzione un controllo di liceità, non sussiste comunque nel caso di specie una contrarietà con l'ordine pubblico in quanto, a prescindere dalla nozione di ordine pubblico che si vada conseguentemente ad enucleare⁽⁴¹⁾, la norma in esame richiede inequivocabilmente che si tratti di una «manifesta» contrarietà con l'ordine pubblico⁽⁴²⁾, circostanza, questa, che non si vede come potrebbe ricorrere con riferimento al caso di specie a fronte di un dato (anzitutto) normativo (ma anche dottrinale e giurisprudenziale) quale quello in precedenza evidenziato.

Giova altresì evidenziare, in via più generale con riferimento all'art. 28 l. not. - guardando, dunque, anche al di là dello specifico profilo della contrarietà con l'ordine pubblico invocato dall'indirizzo giurisprudenziale qui avversato -, come, anche la dottrina che tende ad estendere l'ambito di applicazione della previsione normativa in esame (sotto il profilo, in particolare, delle differenti possibili patologie dell'atto che vi rientrano, non circoscrivibili alla sola nullità), ritiene comunque imprescindibile, ai fini della applicabilità dell'art. 28 l. not., il requisito della «inequivocabilità del vizio»⁽⁴³⁾, nel senso che «l'ordinamento vigente (comprensivo della legalità costituzionale)» impone, «di regola, al notaio l'irricevibilità, ex art. 28 l. not., qualora, a

prescindere dagli eventi (o dagli accidenti) successivi (siano essi di fonte convenzionale o legislativa), si accinga a realizzare un atto espressamente vietato (*rectius* proibito) dalla legge, manifestamente contrario al buon costume o all'ordine pubblico, nonché, quindi, portatore in modo *inequivocabile* (sia sul piano *normativo* che su quello *fattuale* della rilevabilità del vizio) di un "disvalore", totale, parziale, strutturale o funzionale»⁽⁴⁴⁾.

E' di ogni evidenza che nel caso di specie non ricorre detta «*inequivocabilità* del vizio», così come non sussiste uno specifico divieto, seppur non sanzionato a pena di nullità, né tanto meno la proibizione può farsi discendere, ancorché implicitamente, in modo inequivoco da una espressa sanzione di nullità, che è quanto richiedono quegli orientamenti dottrinali⁽⁴⁵⁾ che non accedono a quell'indirizzo, ancor più rigoroso⁽⁴⁶⁾, secondo il quale l'art. 28 l. not. si riferirebbe «ai soli casi in cui una norma di legge sancisca espressamente un divieto di ricevere l'atto (come in tutte le ipotesi *ex art. 1471 c.c.*), con esclusione, pertanto, dei casi in cui sia prevista soltanto la sanzione di nullità, o, *a fortiori*, una sanzione meno grave, come l'annullabilità».

La stessa S.C. ha di recente avuto modo di evidenziare come, «il divieto per il notaio di ricevere atti nulli sussiste solo quando la nullità dell'atto sia inequivoca ed indiscutibile, dovendosi intendere l'avverbio espressamente, che nell'art. 28 l. 16 febbraio 1913 n. 89 qualifica la categoria degli "atti proibiti dalla legge", come "inequivocabilmente"; pertanto, tale divieto si riferisce a contrasti dell'atto con la legge che risultino in termini inequivoci, anche se la sanzione della nullità deriva solo attraverso la disposizione generale dell'art. 1418, 1° comma, c.c., per effetto di un consolidato orientamento interpretativo giurisprudenziale o dottrinale»⁽⁴⁷⁾.

In definitiva, quale che sia l'impostazione che si accolga a monte in ordine all'art. 28 l.not., non pare dubitabile che questa norma non possa trovare applicazione con riferimento alla verbalizzazione di dichiarazioni testimoniali da parte del notaio; ed anzi, a ben vedere, in ragione di quanto sinora evidenziato e di quanto verrà meglio esplicitato più avanti, l'attività del notaio consistente nella formazione di verbali di constatazione (ivi compresa la peculiare ipotesi della verbalizzazione di dichiarazioni testimoniali), lungi dal contrastare con norme e/o principi fondamentali del nostro ordinamento, costituisce piuttosto una significativa espressione della funzione di prevenzione delle liti insita nella funzione notarile⁽⁴⁸⁾, e dunque, di interessi (di carattere generale) meritevoli di tutela, anche in ragione della più o meno stretta connessione con principi, anche di rango costituzionale, quali l'effettività della tutela giurisdizionale, il diritto alla prova e la ragionevole durata del processo.

4.3 L'efficacia probatoria delle dichiarazioni testimoniali fatte oggetto di verbalizzazione da parte del notaio

Se si prescinde da argomentazioni trancianti, quali quella che esclude l'applicabilità dell'art. 28 con riferimento agli atti non negoziali, la fondamentale argomentazione di fondo che induce comunque ad escludere l'applicabilità di questa norma con riferimento al caso di specie è quella tendente a far leva sulla non equiparabilità dell'attività posta dal giudice in sede di istruzione preventiva all'attività posta in essere dal notaio in sede di verbalizzazione di dichiarazioni testimoniali ⁽⁴⁹⁾, cui è peraltro legata anche la ritenuta esclusione della ricorrenza, con riferimento al caso di specie, di una usurpazione da parte del notaio di funzioni riservate dalla legge all'autorità giudiziaria (trattandosi, per l'appunto, dello svolgimento di una attività differente da quella che la legge riserva all'autorità giudiziaria) ⁽⁵⁰⁾.

A ben vedere, detto assunto di fondo, ove adeguatamente valorizzato, ci consente di sciogliere anche l'ulteriore quesito posto dalla tematica in esame, e cioè quello relativo alla efficacia probatoria delle dichiarazioni testimoniali fatte oggetto di verbalizzazione da parte del notaio.

Per stabilire quale sia l'efficacia probatoria occorre evidentemente chiedersi, a monte, dinanzi a cosa ci troviamo di fronte, e dunque, più precisamente, se si tratti di una "prova" e, se del caso, di che tipo.

Nella specie, evidentemente, i due parametri di riferimento rispetto ai quali sarebbe astrattamente possibile tentare una operazione sussuntiva sono rappresentati, da un lato, dalla prova testimoniale e, dall'altro lato, dalla prova documentale. E l'esito di tale possibile operazione sembra imprescindibilmente dipendere dalla nozione di prova testimoniale ⁽⁵¹⁾ che si assuma a parametro di riferimento e, più precisamente, dalla rilevanza (decisiva o meno) che si attribuisca nell'ambito della stessa alla natura "giudiziale" delle dichiarazioni testimoniali ⁽⁵²⁾ ed al connesso profilo della "oralità", nel senso che, se si assume ad elemento caratterizzante della prova testimoniale la natura giudiziale e/o l'oralità, nel caso di specie deve ritenersi che ci troviamo di fronte (non ad una prova testimoniale ma) ad una prova documentale. Viceversa, se si ritiene che la natura giudiziale e/o l'oralità non costituiscano elementi indefettibili della nozione di prova testimoniale, quanto meno non può escludersi in via di principio che nel caso di specie ci si trovi di fronte ad una prova testimoniale (seppur latamente intesa) ⁽⁵³⁾.

Ma, a prescindere da tale inquadramento di fondo, ciò che preme ancor più evidenziare in questa sede è che, se si volge lo sguardo a detti mezzi di prova così come disciplinati dal nostro codice civile e da quello di rito civile, non può non prendersi atto, nell'andare al di là di possibili qualificazioni di carattere più generale, del fatto che ci troviamo comunque di fronte ad una ipotesi di prova c.d. atipica ⁽⁵⁴⁾, posto che:

- per un verso, si riconducono comunemente nell'ambito di questa nozione, i cui confini non sono peraltro sempre delimitati con nettezza rispetto alle c.d. prove illecite ⁽⁵⁵⁾, sia le prove che non rientrano nel "catalogo" risultante dal codice civile e da quello di procedura civile sia le prove che, pur trovando corrispondenza in tale catalogo, siano state assunte con modalità diverse da quelle prescritte dalla legge ⁽⁵⁶⁾, con la conseguenza, dunque, che ci troviamo indubbiamente di fronte ad una nozione nel cui ambito finisce per essere ricondotta una casistica estremamente variegata; che va, per intendersi (ed a mero titolo esemplificativo), dalla dichiarazione (di scienza) contenuta in uno scritto proveniente da un terzo, alla c.d. perizia stragiudiziale, alle prove raccolte in un diverso giudizio ⁽⁵⁷⁾, alla sentenza resa in un diverso processo (spesso penale) per i fatti in essa accertati, fino ad arrivare alle nuove prove create dal progresso delle scienze e della tecnologia (quali, ad esempio, le prove ematologiche e quelle del dna) non assimilabili, neanche ricorrendo all'analogia, alle prove tipiche (così come accade invece, quanto meno stando all'impostazione prevalente, per ipotesi quali il telex e il telefax) ⁽⁵⁸⁾;

- per altro verso, nella specie ci troviamo di fronte a dichiarazioni (di scienza) di un terzo contenute in un documento che non integra nessuna delle tipologie codicistiche di prova documentale (atto pubblico, scrittura privata, etc.) ed assunte al contempo con modalità differenti da quelle disciplinate dal codice di rito civile, così che deve al contempo escludersi che la fattispecie in esame possa integrare gli estremi di una testimonianza nella accezione fatta propria dal nostro codice di procedura civile ⁽⁵⁹⁾; e ciò, si badi, non solo ove si guardi alla testimonianza orale (ossia resa nelle forme tradizionalmente previste dal nostro codice di rito civile) ma anche alla testimonianza scritta (ossia resa nelle peculiari forme recentemente introdotte nel nostro ordinamento dalla legge n. 69 del 2009).

Giova infatti evidenziare, a quest'ultimo proposito, come indubbiamente l'intervenuta "generalizzazione" della figura della testimonianza cd. scritta ⁽⁶⁰⁾, prima circoscritta esclusivamente al giudizio arbitrale ⁽⁶¹⁾, modifica i termini del "rapporto" fra prova testimoniale ed atipicità della prova, ma ciò non significa affatto che, per l'effetto, sia venuta meno l'atipicità della dichiarazione proveniente da un terzo contenuta in un documento (indipendentemente dal fatto che detta dichiarazione sia stata o meno raccolta da un pubblico ufficiale).

A ben vedere, infatti, per effetto della riforma di cui alla legge n. 69 del 2009 cessa di essere atipica, in quanto tale, la modalità di assunzione della testimonianza per iscritto ma lo è, comunque, la sua assunzione (in forma scritta) al di fuori delle modalità predeterminate dai nuovi artt. 257-bis c.p.c. e 103-bis c.p.c., ossia in assenza di un processo già pendente, di un provvedimento del giudice che disponga l'assunzione della prova per iscritto, di una

predeterminazione dei relativi capitoli, della utilizzazione del relativo “modello di testimonianza”, etc. ⁽⁶²⁾.

Per cui, per intendersi, anche dopo la riforma del 2009, l’assunzione della prova testimoniale in forma scritta (non è “tipica” ma) resta (piuttosto) “atipica” qualora avvenga con modalità differenti da quelle predeterminate dal legislatore del 2009, con conseguente impossibilità di riconoscerle la medesima valenza probatoria della prova testimoniale (sia essa assunta nella tradizionale forma orale oppure nella nuova forma scritta di cui agli artt. 257-*bis* c.p.c. e 103-*bis* c.p.c.) ⁽⁶³⁾.

Se così è, anche nel caso della verbalizzazione di dichiarazioni testimoniali da parte del notaio, posto che si tratta indubbiamente di modalità di assunzione differenti da quelle predeterminate dal legislatore del 2009, non può non ritenersi che ci troviamo di fronte ad una prova atipica e che, dunque, anche la sua efficacia probatoria debba essere valutata alla stregua dell’eventuale efficacia probatoria riconosciuta nel nostro ordinamento alle prove atipiche ⁽⁶⁴⁾.

Al qual proposito basti in questa sede evidenziare come nel nostro ordinamento, a differenza di quanto accade in altri ordinamenti ⁽⁶⁵⁾, con riferimento al processo civile, nell’assenza – a differenza del processo penale ⁽⁶⁶⁾ – di una norma espressa, sussiste anzitutto, a monte, una profonda divisione fra giurisprudenza e dottrina in ordine alla possibilità stessa per il giudice di fondare il proprio convincimento (anche) su prove atipiche ⁽⁶⁷⁾.

Mentre la giurisprudenza, infatti, è decisamente incline, senza porsi particolari problemi di sorta, ad ammettere il ricorso da parte del giudice civile alle c.d. prove atipiche, per lo più facendo leva sull’assenza di una disposizione che sancisca la tassatività delle prove indicate dalla legge e/o sul principio del libero convincimento del giudice ⁽⁶⁸⁾. La dottrina, invece, o è arroccata su posizioni di radicale chiusura ⁽⁶⁹⁾ (talvolta ritenendo che sia possibile la sola applicazione analogica, entro certi limiti, delle disposizioni relative alle prove tipiche) o, per lo più, pur ammettendo in via di principio la possibilità per il giudice civile di fondare il proprio convincimento (anche) su prove c.d. atipiche (facendo leva, per lo più, sul principio del libero convincimento del giudice ⁽⁷⁰⁾ o sulla «presenza, nel repertorio dei mezzi di prova normalmente ammessi ... dell’indizio, che ha di per sé natura intrinsecamente atipica» ⁽⁷¹⁾ o sull’assenza di un catalogo tassativo e completo ⁽⁷²⁾ o sul diritto alla prova garantito dall’art. 24 Cost. ⁽⁷³⁾), la subordina a limitazioni più o meno significative, a seconda dei casi, quali, a titolo meramente esemplificativo: il rispetto del principio del contraddittorio (tanto nella fase di formazione della prova, quanto in quella della sua valutazione)

⁽⁷⁴⁾, il trattarsi di prove in concreto *sostitutive* di quelle disciplinate dalla legge (sulla cui base dovrebbe, in particolare, negarsi l'ammissibilità per la dichiarazione di scienza contenuta in uno scritto proveniente da un terzo – al di fuori, ovviamente, della specifica ipotesi di cui all'art. 257-*bis* c.p.c. – e per la perizia stragiudiziale nella misura in cui essa contenga la rappresentazione di fatti percepiti dal perito ⁽⁷⁵⁾) ovvero della irrituale assunzione di una prova tipica (sulla cui base dovrebbe, in particolare, escludersi l'utilizzabilità da parte del giudice civile, sotto il profilo della atipicità della prova, di una testimonianza resa da un soggetto incapace a norma dell'art. 246 c.p.c. ⁽⁷⁶⁾).

In particolare, con riferimento all'ipotesi – di maggior interesse avuto riguardo all'oggetto del presente studio – delle scritture contenenti dichiarazioni provenienti da terzi, sussistono significative aperture (soprattutto) giurisprudenziali ⁽⁷⁷⁾, pur contrastate da una parte della dottrina ⁽⁷⁸⁾, in favore del riconoscimento di una qualche valenza probatoria alle stesse, soprattutto qualora il documento contenente la dichiarazione del terzo, in quanto ricevuto da un pubblico ufficiale, fornisca particolari garanzie di attendibilità circa la provenienza della dichiarazione ⁽⁷⁹⁾. E a tali aperture giurisprudenziali se ne affiancano altre, avallate anche da una parte della dottrina ⁽⁸⁰⁾, in tema di dichiarazione sostitutiva di atto notorio proveniente (non dalla parte ma) da un terzo ⁽⁸¹⁾.

Quanto, infine, all'ulteriore profilo attinente alla tipologia di efficacia probatoria propria delle prove atipiche ⁽⁸²⁾, tanto la giurisprudenza (che, come già evidenziato, non pone particolari limitazioni alla utilizzabilità da parte del giudice civile di prove cd. atipiche per la formazione del suo convincimento), quanto la dottrina, per le ipotesi in cui ritenga legittimo che il giudice civile fondi il proprio convincimento (anche) su prove c.d. atipiche (posto che questa, come già evidenziato, a differenza della giurisprudenza, subordina invece la utilizzabilità delle prove atipiche a limitazioni più o meno significative, a seconda dei casi), tendono per lo più a riconoscere alle cd. prove atipiche un valore indiziario ⁽⁸³⁾. Anche se non manca chi, per lo più facendo leva sulla previsione in tema di prove raccolte in un precedente procedimento estinto di cui all'art. 310, 3° comma, c.p.c., riconosce alle prove atipiche la valenza probatoria propria dell'argomento di prova ⁽⁸⁴⁾ o, nel rigettare entrambe le prospettive di cui sopra – ed in via più generale la prospettiva tendente a ritenere che «la prova atipica costituisca, di per sé, una *probatio inferior* rispetto alle prove tipiche» -, ritiene che «la determinazione dell'efficacia probatoria della prova atipica deve essere rimessa al “prudente apprezzamento del giudice”, secondo quanto prescrive l'art. 116 c.p.c., che è norma generale e, in quanto tale, vale per tutte le prove» ⁽⁸⁵⁾, se del caso nell'ambito di una prospettiva tendente al contempo a ricostruire la prova atipica come «prova utilizzabile in via sussidiaria» ⁽⁸⁶⁾.

Ciò posto, in definitiva, dunque, anche con riferimento all'ipotesi di prova atipica che ci occupa, ossia le dichiarazioni testimoniali fatte oggetto di verbalizzazione da parte del notaio, qualora dovesse accedersi all'indirizzo (per lo più di matrice giurisprudenziale) che consente al giudice di fondare il proprio convincimento (anche) su prove atipiche, e più specificamente (anche) su dichiarazioni (di scienza) contenute in scritti provenienti da un terzo, dovrebbe riconoscersi alle stesse l'efficacia probatoria dell'indizio, dell'argomento di prova, della prova rimessa al prudente apprezzamento del giudice e/o utilizzabile esclusivamente «in via sussidiaria» (a seconda dell'impostazione dottrinale e/o giurisprudenziale accolta sul punto).

Il che significa, più in dettaglio, che la rilevanza probatoria di queste dichiarazioni:

- nell'ambito del processo a cognizione piena, ove la si ammetta – in forza del suddetto indirizzo (per lo più di matrice giurisprudenziale) -, dovrebbe essere, quanto meno in via di principio, modesta, pur dovendosi tener presente, a tal proposito, come la problematica in esame non può non risentire a monte: degli effetti di quella, di carattere più generale, legata al dibattito (per lo più dottrinale) esistente con riferimento sia all'effettiva valenza probatoria del cd. indizio ⁽⁸⁷⁾ che all'efficacia probatoria propria dell'argomento di prova ⁽⁸⁸⁾; nonché della sostanziale impossibilità di predeterminare il peso specifico dei singoli mezzi di prova rimessi al prudente apprezzamento del giudice;
- nell'ambito dei processi a cognizione sommaria (o quanto meno di taluni di essi, quali, a titolo esemplificativo, il procedimento cautelare uniforme), dovrebbe essere, quanto meno in via di principio, più significativa, in ragione delle caratteristiche proprie della cognizione sommaria (e più specificamente della relativa istruttoria), in considerazione delle quali non a caso anche la dottrina contraria ad operare aperture avverso l'utilizzabilità di prove atipiche nell'ambito del processo a cognizione piena, opera 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 e di procedura civile» ⁽⁸⁹⁾ e/o sottolinea, *de iure condendo*, l'opportunità di ricorrere anche nel nostro Paese all'istituto dell'*affidavit* ⁽⁹⁰⁾.

Giova infine evidenziare, sotto il profilo delle modalità di redazione del verbale da parte del notaio, come, in conformità ed a completamento di tutto quanto sinora sostenuto ed evidenziato, quest'ultimo dovrà improntare il proprio operato alle regole che presiedono alla predisposizione dei verbali di constatazione, non trovandoci di fronte, come più volte evidenziato, ad una vera e propria prova testimoniale ⁽⁹¹⁾.

A differente conclusione potrebbe giungersi, infatti, solo muovendosi nella differente prospettiva, che si percorrerà di qui a breve, di riforma della normativa vigente, *sub specie*, più in

dettaglio, di previsione della delegabilità al notaio, in pendenza del processo e/o prima del processo, dell'assunzione, nel contraddittorio delle parti, di una vera e propria prova testimoniale ⁽⁹²⁾.

5. Il possibile ricorso alla figura del notaio per l'assunzione dei mezzi di prova (nella specie, testimoniale) in una prospettiva di riforma del sistema vigente (anche alla luce della disciplina esistente in altri ordinamenti)

5.1 Premessa

La crisi in cui versa ormai da tempo la giustizia civile in Italia, nonché la differente disciplina vigente in altri ordinamenti con riferimento alla possibile assunzione dei mezzi di prova prima (o comunque fuori) del processo, impongono di chiedersi, nell'affrontare una tematica quale quella in esame, se si possa andar oltre, e se del caso in quale direzione, rispetto a quelle che risultano essere le risultanze dell'indagine sinora condotta, e cioè, in sostanza: per un verso, la possibilità per il notaio di procedere alla verbalizzazione di dichiarazioni testimoniali senza incorrere in una violazione dell'art. 28 della legge notarile; e, per altro verso, l'esclusione della qualificabilità di quest'attività in termini di assunzione di una prova testimoniale in senso proprio (ossia alla stregua della nozione fatta propria dal nostro codice di rito civile), con conseguente riconduzione della stessa nell'alveo delle c.d. prove atipiche, da cui mutuano anche l'eventuale efficacia probatoria.

5.2 Le vie astrattamente percorribili (anche alla luce delle scelte effettuate in materia da altri ordinamenti)

Muovendosi in questa direzione, si potrebbe astrattamente immaginare, se del caso valorizzando al contempo la prospettiva di carattere più generale della giurisdizione cd. aperta ⁽⁹³⁾ - nel cui ambito il notaio potrebbe sicuramente rappresentare un interlocutore particolarmente qualificato e privilegiato ⁽⁹⁴⁾ -, di disciplinare normativamente una o entrambe le possibili vie di seguito indicate ⁽⁹⁵⁾:

- 1) possibilità per il giudice, prima del processo o in pendenza del processo, di delegare ad un notaio l'assunzione, nel contraddittorio fra le parti, di determinati mezzi di prova, e segnatamente, per quanto qui interessa, l'assunzione della prova testimoniale sui capitoli ammessi dallo stesso giudice;
- 2) possibilità per il terzo, prima del processo o in pendenza del processo, di rendere dichiarazioni testimoniali dinanzi ad un notaio, in assenza di contraddittorio fra le parti, su iniziativa di queste ultime, del giudice o dello stesso terzo; e dunque, a seconda dei casi,

senza alcuna preventiva determinazione dei possibili contenuti della dichiarazione ovvero in relazione a quesiti predeterminati dal giudice.

Ove ci si allontani, infatti, dalla tradizionale figura di prova testimoniale (resa oralmente dinanzi al giudice) si apre un panorama estremamente vasto di possibilità per lo più ricondotte dalla dottrina nell'ambito di una nozione atecnica o comunque omnicomprensiva di "testimonianza scritta" ⁽⁹⁶⁾, nel cui ambito finiscono per rientrare una serie di ipotesi, anche significativamente differenti fra loro, quali, in particolare:

- l'acquisizione di dichiarazioni testimoniali oralmente e nel contraddittorio delle parti ma dinanzi ad un soggetto (neutrale) diverso dal giudice (sul modello statunitense, per intendersi, della *deposition* ⁽⁹⁷⁾);
- la dichiarazione resa dal terzo, prima del processo o durante il processo, in relazione a quesiti preventivamente formulati dal giudice e, dunque, sotto il "controllo" (latamente inteso) di quest'ultimo (sulla falsariga, per intendersi, del modello tedesco della *schriftliche Beantwortung alle Beweisfragen* ⁽⁹⁸⁾);
- la dichiarazione resa dal terzo liberamente, prima del processo o durante il processo, senza alcun controllo da parte del giudice, su iniziativa delle parti o dello stesso terzo (in conformità a quanto può accadere sia nel modello francese dell'*attestation* ⁽⁹⁹⁾ che in quello inglese del *written statement* ⁽¹⁰⁰⁾).

Al contempo, in relazione alle suddette ipotesi, o quanto meno con riferimento a talune di esse, si possono effettuare delle differenti scelte in ordine alla "forma" della dichiarazione (di scienza) resa dal terzo, nel senso che si può optare per una:

- a) dichiarazione giurata resa davanti ad un pubblico ufficiale (sul modello, per intendersi, dell'*affidavit* ⁽¹⁰¹⁾);
- b) dichiarazione seguita dall'affermazione che i fatti narrati sono veri (sulla falsariga del *witness statement*) o che il dichiarante è consapevole delle sanzioni penali cui va incontro se afferma il falso (sulla falsariga dell'*attestation*);
- c) semplice dichiarazione (sulla falsariga della *schriftliche Beantwortung alle Beweisfragen*) ⁽¹⁰²⁾.

Varie sono evidentemente le scelte di campo da effettuarsi nell'ambito del vasto perimetro di riferimento appena più sopra sinteticamente tratteggiato, tanto sotto il profilo, da ultimo segnalato, della possibile "forma" della c.d. testimonianza scritta, quanto sotto il profilo, di carattere più generale, delle modalità di acquisizione di quest'ultima (in relazione, in particolare, al contraddittorio delle parti) e dei "rapporti" con il processo (già pendente o meramente eventuale), ivi compreso il "controllo" del giudice (*sub specie*, in particolare, di predeterminazione o meno dei fatti su cui verterà la dichiarazione del terzo).

5.3 La “forma” della dichiarazione resa dal terzo

Sotto il profilo della “forma” della dichiarazione resa dal terzo, non avrei dubbi nel ritenere che vadano privilegiate soluzioni tendenti ad accrescere al massimo l’affidabilità della stessa, facendo conseguentemente leva sulla presenza del pubblico ufficiale, sulla natura (se del caso giurata) della dichiarazione e sulle connesse sanzioni penali.

Basti a tal proposito evidenziare, sotto quest’ultimo profilo, come le sanzioni penali potrebbero essere disciplinate, anche in ragione degli altri tratti caratterizzanti della figura di testimonianza scritta privilegiata – fra quelle in precedenza indicate -, avendo quale parametro di riferimento le sanzioni penali previste per la dichiarazione mendace resa al pubblico ufficiale⁽¹⁰³⁾ o quelle previste per la falsa testimonianza⁽¹⁰⁴⁾. E come, muovendosi nella medesima prospettiva di fondo tendente ad accrescere al massimo l’affidabilità della dichiarazione resa dal terzo, si potrebbe anche pensare di procedere ad un inasprimento delle suddette sanzioni ed alla “valorizzazione”, al contempo, delle sanzioni penali previste in ipotesi di «false dichiarazioni o attestazioni in atti destinati all’autorità giudiziaria»⁽¹⁰⁵⁾.

5.4 Prova prima del processo e delega al notaio quali preziosi strumenti di deflazione del contenzioso civile

Sotto il profilo, indubbiamente più articolato e complesso, delle modalità di acquisizione della dichiarazione del terzo e dei “rapporti” con il processo (ivi compreso il profilo attinente al “controllo” del giudice), occorre premettere come quanto si dirà sul punto non può non essere in qualche modo influenzato dalla grave crisi in cui versa da tempo il nostro processo civile.

Ciò in quanto, se, per un verso, non pare dubitabile che la soluzione in astratto preferibile sarebbe quella tendente a far leva su una prova testimoniale assunta nel contraddittorio delle parti dinanzi al giudice che decide nell’immediato (o comunque in tempi rapidi) la controversia (in modo tale da poter beneficiare di tutti i vantaggi connessi all’oralità, all’immediatezza, al contraddittorio delle parti, etc.), per altro verso non pare al contempo dubitabile che detta soluzione sia al momento irrealizzabile⁽¹⁰⁶⁾ e che, all’opposto, si assista, ormai da tempo, all’assunzione della prova testimoniale con modalità ben lontane da quelle previste dal codice di rito civile. Basti per tutti pensare, a quest’ultimo proposito, alla prassi invalsa presso taluni tribunali di procedere all’assunzione della prova testimoniale, e alla relativa verbalizzazione, da parte degli avvocati senza il contestuale controllo del giudice⁽¹⁰⁷⁾, il quale peraltro, anche nelle ipotesi in cui provvede in prima persona all’assunzione della prova testimoniale (così come prescritto, in modo inequivocabile, dal nostro codice di rito civile), finisce comunque per decidere

pressoché sistematicamente la controversia molto tempo dopo l'assunzione della prova testimoniale e non di rado si trova a decidere controversie le cui prove (ivi compresa quella testimoniale) sono state assunte, molto tempo prima, da un altro giudice ⁽¹⁰⁸⁾.

Detta situazione di fatto induce evidentemente lo studioso del processo civile a guardare con maggior favore all'introduzione di modalità di assunzione della prova testimoniale differenti rispetto a quella (orale, nel contraddittorio delle parti e dinanzi al giudice) tradizionalmente prevista dal codice di rito civile, così come, del resto, mi pare sia di recente accaduto con riferimento alla peculiare forma di testimonianza scritta introdotta nel nostro ordinamento dalla legge n. 69 del 2009 ⁽¹⁰⁹⁾.

A ciò si aggiunga che, per quanto la prova testimoniale venga tradizionalmente considerata nel nostro ordinamento la prova orale per antonomasia ⁽¹¹⁰⁾, e dunque una delle principali espressioni del principio di oralità ⁽¹¹¹⁾, sussistono comunque da sempre significativi indici di segno contrario, che indubbiamente ridimensionano la portata del suddetto assunto, quali, su tutti: la possibilità di procedere all'assunzione della prova testimoniale dinanzi ad un giudice diverso da quello presso il quale pende il processo, sia pur nelle circoscritte ipotesi in cui si debba procedere all'assunzione fuori della circoscrizione del tribunale (art. 203 c.p.c.) o all'estero (art. 204 c.p.c.) ⁽¹¹²⁾; l'assunzione della prova testimoniale da parte del solo giudice istruttore nelle ipotesi in cui il tribunale giudica in composizione collegiale ⁽¹¹³⁾; la possibilità per il presidente del collegio, in talune ipotesi, di delegare l'assunzione dei mezzi istruttori ad uno dei componenti del collegio ⁽¹¹⁴⁾; la conservazione dell'efficacia della prova testimoniale in caso di mutamento del giudice ⁽¹¹⁵⁾; la possibilità per il giudice d'appello di porre a fondamento della decisione la prova testimoniale assunta dal giudice di primo grado senza procedere alla rinnovazione ⁽¹¹⁶⁾. E ciò, peraltro, nell'ambito di un contesto di carattere più generale inequivocabilmente caratterizzato da un progressivo ridimensionamento del principio di oralità ⁽¹¹⁷⁾.

Muovendomi apertamente nel suddetto ordine di idee, riterrei che andrebbe valorizzata non solo la prospettiva dell'assunzione della prova prima del processo ma anche quella della delega al notaio dell'attività di assunzione della prova (nella specie, testimoniale), se del caso opportunamente combinate fra loro nei termini che saranno di seguito evidenziati.

Lo scopo deflattivo del contenzioso civile è, infatti, in entrambi i casi di ogni evidenza, in quanto:

- a) l'assunzione della prova prima del processo consente alle parti di conoscere preventivamente, rispetto a quest'ultimo, l'esito (in tutto o in parte) dell'istruttoria dell'eventuale futuro processo ⁽¹¹⁸⁾ e ben può, dunque, indurre il soggetto obbligato ad

adempiere spontaneamente o, comunque, agevolare l'individuazione di una soluzione transattiva della controversia ⁽¹¹⁹⁾;

- b) la delega al notaio dell'attività di assunzione della prova (nella specie, testimoniale) sgrava il giudice dallo svolgimento di una attività processuale indubbiamente impegnativa e dispendiosa (ivi compresa la necessità di tenere a tal fine una o più udienze – in ragione del numero di testi da sentire, della mancata presentazione di uno o più di essi, etc. -).

Tutto ciò, si badi, avendo ben presente a monte la conformità al dettato costituzionale di una prospettiva di questo tipo, anche ove la si spinga fino ad abbracciare ipotesi di assunzione della prova testimoniale prima del processo tendenti a prescindere (non solo dal controllo del giudice ma anche) dal contraddittorio delle parti (in sede di assunzione del mezzo di prova).

A quest'ultimo proposito, infatti, in dottrina si è già avuto modo di evidenziare come il rispetto del principio del contraddittorio non presuppone «che le parti siano presenti nel momento in cui la prova viene assunta, ma è sufficiente che siano poste in condizione di esporre le proprie difese sui risultati della prova» ⁽¹²⁰⁾.

Al contempo, ed in via più generale, deve escludersi che il ricorso alla delega (anche) per lo svolgimento di attività giurisdizionali quali quelle di cui qui si discute vada in qualche modo ad impingere contro il divieto di istituzione dei giudici speciali di cui all'art. 102 Cost., posto che la dottrina che si è occupata del suddetto divieto ha avuto modo di sottolineare come:

- «è principio pacifico che per poter affermare l'esistenza di una giurisdizione speciale occorre una espressa disposizione di legge che per una particolare materia o per una data classe di persone, sottragga alla giurisdizione ordinaria la normale competenza a decidere con effetto di giudicato, attribuendola ad altro organo giurisdizionale » ⁽¹²¹⁾ e, dunque, « la creazione *ex novo* di giudici speciali la cui sfera di attribuzioni sia ricavata sottraendo controversie dall'ambito della giurisdizione ordinaria (a cui sarebbero appartenute o in cui già rientravano in precedenza) » ⁽¹²²⁾;

- «caratteristica della giurisdizione speciale sia la esclusività, ossia la devoluzione di determinate controversie ad organi speciali (comunque denominati) che la legge investe di potestà giurisdizionale in via esclusiva, spossessandone in modo assoluto il magistrato ordinario» ⁽¹²³⁾.

Nella specie, evidentemente, non ricorre la sottrazione in modo assoluto al magistrato ordinario della potestà giurisdizionale in ordine ad una particolare materia (o per una classe di persone) e la corrispondente attribuzione della stessa in modo esclusivo ad un giudice, per l'appunto, speciale ⁽¹²⁴⁾.

5.5 Segue: la delega al notaio in pendenza del processo

Andando più nel dettaglio, la prima via che potrebbe fattivamente percorrersi è quella della delega al notaio dell'attività di assunzione della prova (nella specie, testimoniale) in pendenza del processo ⁽¹²⁵⁾, se del caso previa predeterminazione da parte del giudice – in sede di delega – dei relativi capitoli, in modo tale che l'assunzione della prova avvenga comunque, oltre che nel contraddittorio delle parti, sotto il "controllo" del giudice ⁽¹²⁶⁾.

Basti, a tal proposito, in questa sede rilevare come:

- 1) analogamente a quanto a suo tempo accaduto per la delega delle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata ⁽¹²⁷⁾, non mancherebbe un significativo referente normativo, atteso che l'art. 68, 2° comma, c.p.c., nel contrapporre la figura del notaio a quella degli ausiliari del giudice (di cui al primo comma della medesima norma), consente al giudice di «commettere a un notaio il compimento di determinati atti nei casi previsti dalla legge»; notaio che opererebbe, dunque, (anche in tal caso) in qualità di sostituto e non di mero ausiliario del giudice ⁽¹²⁸⁾;
- 2) al contempo, non può certo dirsi estranea alla logica fatta propria dal nostro codice la nozione di "prova delegata", seppur allo stato circoscritta, alla sola persona del giudice ed alla sola necessità di procedere all'assunzione di mezzi di prova fuori della circoscrizione del tribunale competente a decidere la relativa controversia ⁽¹²⁹⁾;
- 3) al fine di salvaguardare al massimo, nei limiti del possibile, i benefici legati alla tradizionale modalità (orale) di assunzione della prova testimoniale ⁽¹³⁰⁾, muovendosi al contempo in una prospettiva di "svecchiamento" delle tradizionali modalità di assunzione delle prove ⁽¹³¹⁾, si potrebbe immaginare di procedere alla videoregistrazione dell'attività di assunzione della prova (nella specie testimoniale) ⁽¹³²⁾.

Detta soluzione, a ben vedere, potrebbe essere valorizzata anche con riferimento ad altri mezzi di prova quali, in particolare, l'ispezione.

Si consideri infatti, a tal proposito, in particolare come:

- per un verso, ci troviamo di fronte allo svolgimento di un'attività pienamente conforme a quella che è la funzione intrinseca dei cd. verbali di constatazione da cui abbiamo preso le mosse (in cui il notaio dà conto, anzitutto, di quanto constatato personalmente, ed eventualmente anche di dichiarazioni rese da terzi ⁽¹³³⁾);

- per altro verso, non va dimenticato il diffuso ricorso, nel nostro ordinamento, alla consulenza tecnica per l'accertamento dei fatti controversi, «nel qual caso il consulente finisce coll'operare, *in sostituzione* del magistrato e dunque senza la sua presenza, in una veste assai prossima a quella di un testimone tecnicamente qualificato, ossia per far acquisire al giudice, attraverso la propria narrazione (eventualmente accompagnata da valutazioni e spiegazioni di

ordine tecnico), la conoscenza di fatti che il giudice stesso non ha potuto direttamente percepire, non essendosi avvalso di altri mezzi istruttori di cui pure dispone (in particolare dell'ispezione giudiziale)»⁽¹³⁴⁾.

L'introduzione di una forma di "prova delegata" quale quella appena più sopra indicata, si rivelerebbe, evidentemente, ben più significativa ed efficace dell'unica ipotesi di testimonianza scritta attualmente disciplinata dal nostro codice di rito civile all'art. 257-*bis*, la quale, pur inquadrandosi anch'essa nella via tendente a far leva su un preventivo provvedimento del giudice rispetto alla dichiarazione del terzo, prescinde, a differenza dell'ipotesi qui immaginata, dall'assunzione della prova (testimoniale) nel contraddittorio delle parti ed incontra, soprattutto, un limite particolarmente significativo al suo concreto possibile operare nella lettera della suddetta norma, la quale richiede a tal fine il preventivo accordo delle parti⁽¹³⁵⁾.

Con ciò, si badi, non si vuole evidentemente dire che nel percorrere la via ora in esame, dell'assunzione della prova testimoniale durante la pendenza del processo con modalità differenti da quelle tradizionalmente previste dal nostro codice di rito civile, non si possa ricorrere anche all'assunzione della prova testimoniale in forma scritta in assenza di contraddittorio fra le parti, ma che, ove si intenda procedere in tal senso, andrebbero trovate soluzioni ben più efficaci di quella attualmente disciplinata dagli artt. 257-*bis* c.p.c. e 103-*bis* disp. att. c.p.c.⁽¹³⁶⁾.

5.6 Segue: la delega al notaio prima del processo

Altra possibile via fattivamente percorribile è quella tendente a far leva sulla delega al notaio dell'attività di assunzione della prova testimoniale (anche) prima del processo, così realizzandosi una significativa combinazione dei due profili deflattivi in precedenza indicati, e cioè l'assunzione della prova prima del processo e la delega al notaio dell'assunzione della prova (nella specie, testimoniale).

Anche in tal caso, come nel precedente, si tratterebbe di percorrere la via dell'assunzione della prova testimoniale nel contraddittorio delle parti e sotto il "controllo" del giudice, ma nell'ambito della differente prospettiva dell'assunzione della prova (non in pendenza del processo ma) prima del processo. Prospettiva, questa, che pur non andando ad incidere, per un verso, su quanto già evidenziato in ordine alla delega al notaio (anche) dell'attività di cui si discute (se del caso quale peculiare ipotesi di "prova delegata"), impone, per altro verso, di fare i conti con la variabile rappresentata dal fatto che, nel caso di specie, non v'è un processo pendente, ed anzi ci si muove proprio nella prospettiva di evitare (*rectius* ridurre le possibilità) che questo sia instaurato.

E' questo fondamentalmente il motivo per il quale, sulla falsariga della scelta già effettuata da altri ordinamenti, si imporrebbe l'introduzione di un autonomo "procedimento probatorio" che, per poter consentire all'assunzione della prova prima del processo di spiegare la funzione deflattiva del contenzioso civile che le è propria, non potrebbe non avere caratteristiche differenti dal nostro attuale procedimento di istruzione preventiva, se non altro sotto il profilo dei presupposti richiesti dalla legge per poter accedere al suddetto procedimento, che non potrebbero essere ovviamente incentrati, così come accade attualmente per il procedimento di istruzione preventiva, sul *periculum in mora* (consistente, com'è noto, nel rischio di perdere il mezzo di prova, per la testimonianza, o l'oggetto stesso della prova, per l'ispezione e la consulenza tecnica).

Non a caso in Francia, con riferimento ad un procedimento tendente a ricomprendere più mezzi di prova (ivi compresa la testimonianza), anche al fine di evitare la proliferazione delle prove prima del processo ⁽¹³⁷⁾, si richiede un «un motivo legittimo di conservare o stabilire la prova di un fatto da cui potrebbe dipendere la soluzione di una controversia» ⁽¹³⁸⁾. E in Germania, con riferimento ad un procedimento avente una portata più circoscritta (avendo ad oggetto la sola consulenza tecnica preventiva) ⁽¹³⁹⁾, si richiede la presenza di un interesse giuridico che giustifichi l'assunzione anticipata del mezzo di prova; interesse giuridico che, ai sensi del novellato § 485, si presume «se l'accertamento può servire ad evitare una controversia» ⁽¹⁴⁰⁾.

Una volta introdotto un "procedimento probatorio" di questo tipo diverrebbe agevole valorizzare anche in questo contesto, per così dire, "pre-processuale" (e non solo in quello precedentemente esaminato che presuppone, invece, la pendenza della lite) la prospettiva della delega al notaio all'assunzione della prova (nella specie, testimoniale), così coniugando, al contempo, i vantaggi connessi, sotto il profilo della deflazione del contenzioso civile, all'assunzione della prova prima del processo e quelli connessi alla delega al notaio, in forza della quale si eviterebbe di caricare il giudice dello svolgimento di questa dispendiosa attività anche in sede "pre-processuale".

A ciò si aggiunga che, ove ci si muova, come in tal caso, in una prospettiva "pre-processuale", la delega al notaio in ordine allo svolgimento dell'attività di assunzione della prova (testimoniale), con le finalità più volte evidenziate, trova un suo ideale corollario in quella funzione cd. antiprocessuale che, sin da epoca ormai risalente nel tempo, la dottrina riconosce al notaio, volendo con ciò rimarcare proprio la funzione di prevenzione delle liti insita nella funzione notarile ⁽¹⁴¹⁾. Funzione, questa, che nel caso di specie, peraltro, ben si salderebbe con la intrinseca funzione propria dei cd. verbali di constatazione ove si immagini di estendere la soluzione appena più sopra indicata con riferimento alla prova testimoniale anche all'ispezione.

Nell'ambito di un "procedimento probatorio" quale quello appena più sopra delineato, e dunque anche in assenza del c.d. *periculum in mora*, il giudice potrebbe delegare ad un notaio l'assunzione della prova testimoniale e/o l'ispezione, se del caso con l'assistenza di un consulente tecnico, in conformità a quanto attualmente già previsto dal codice di procedura civile, all'art. 259⁽¹⁴²⁾, per il giudice istruttore.

5.7 Segue: la dichiarazione resa dal terzo in assenza di contraddittorio delle parti e di "controllo" del giudice ed i verbali di constatazione

Altra via percorribile è quella tendente a ricorrere all'assunzione della dichiarazione del terzo prescindendo non solo dal contraddittorio delle parti (in sede di assunzione del mezzo di prova) ma anche (dalla pendenza di un processo e, dunque) dal controllo del giudice (cui potrebbe essere solo riservata la possibilità di disporre l'audizione del terzo nell'eventuale successivo processo), se del caso nell'ambito di una prospettiva tendente a circoscrivere la relativa efficacia probatoria esclusivamente con riferimento a determinate tipologie di processi (quali, in particolare, quelli a cognizione sommaria).

Questa soluzione, in ragione di quanto in precedenza evidenziato in ordine alla "forma" della dichiarazione del terzo, dovrebbe tradursi nella possibilità per il terzo, su sua iniziativa o su iniziativa delle parti, di rendere una dichiarazione (giurata) dinanzi ad un notaio la cui falsità sia penalmente sanzionata; e dunque, a ben vedere, in un istituto che presenta fortissimi punti di contatto con l'*affidavit*.

Giova in questa sede evidenziare come questo istituto, conformemente a quanto già posto in rilievo da taluna dottrina⁽¹⁴³⁾, può svolgere una importante funzione non solo quale strumento funzionale a fornire la prova di un determinato evento storico (e dunque, come viene tradizionalmente inteso, quale modalità alternativa di assunzione della dichiarazione di scienza del terzo rispetto alla testimonianza orale), ma anche quale strumento volto a stabilire che non esiste contestazione in ordine all'accadimento medesimo (e dunque, in una rinnovata prospettiva, quale strumento funzionale a stabilire se le questioni da decidere in giudizio siano solo di diritto – ove non esista la suddetta contestazione - ovvero anche di fatto).

Ci muoviamo, dunque, evidentemente nell'ambito di una prospettiva deflattiva del contenzioso che può rivelarsi particolarmente significativa, così come possono rivelarsi tali anche quei verbali di constatazione da cui abbiamo preso le mosse nella nostra indagine e sui quali merita ritornare in questa sede.

Detti verbali, infatti, a ben vedere, non solo non integrano alcuna violazione dell'art. 28 l. not. ed entrano piuttosto a pieno titolo nell'ambito della competenza notarile – conformemente a

quanto in precedenza già evidenziato -, ma possono al contempo svolgere una importante funzione deflattiva del contenzioso, peraltro in piena conformità con la funzione antiprocessuale del notaio, così come del resto già accade in altri ordinamenti, quali in particolare la Spagna⁽¹⁴⁴⁾, ove, pur in assenza di specifiche disposizioni normative che disciplinino detto fenomeno (e, dunque, di un quadro normativo di riferimento significativamente differente dal nostro)⁽¹⁴⁵⁾, «è netta e condivisa da notariato e magistratura la sensazione che essi costituiscano un filtro assai efficace all'introduzione di giudizi civili destituiti di un seppur minimo inizio di prova»⁽¹⁴⁶⁾.

Ovviamente, infatti, la circostanza che determinati fatti costituiscano oggetto di constatazione da parte di un pubblico ufficiale e che quanto da quest'ultimo personalmente constatato rimanga cristallizzato nell'ambito di un verbale da lui redatto, ove potrebbero eventualmente trovare spazio anche dichiarazioni rilasciate da terzi in ordine a fatti che non abbiano potuto costituire oggetto di personale constatazione da parte del pubblico ufficiale, riduce (talvolta anche in modo significativo) le possibilità che detti fatti divengano in futuro controversi fra le parti.

Detto strumento, peraltro, in ragione delle caratteristiche intrinseche che gli sono proprie, ed in particolare del fatto che non sconta i tempi inevitabilmente connessi all'intervento di un giudice, si rivela particolarmente prezioso con riferimento a tutti quei fatti che, per la repentinità del loro verificarsi, sfuggirebbero comunque ad ogni possibile forma di "constatazione" diretta o indiretta (ossia per il tramite di ausiliari) da parte del giudice, in quanto di fatto incompatibile con i tempi necessari per ottenere qualsivoglia tipo di provvedimento giudiziale⁽¹⁴⁷⁾. Solo il ricorso diretto al pubblico ufficiale nell'immediato verificarsi di un determinato evento potrebbe, in altri termini, evitare che determinati fatti sfuggano ad ogni forma di constatazione, quanto meno da parte di un soggetto particolarmente qualificato ed affidabile come il notaio (es. stato dei luoghi, persone presenti, etc. subito dopo il verificarsi di un determinato evento dannoso)⁽¹⁴⁸⁾.

5.8 Segue: la dichiarazione resa dal terzo in assenza di contraddittorio delle parti ma sotto il "controllo" del giudice

Un'ultima via astrattamente percorribile è quella tendente a far leva sull'assunzione della dichiarazione del terzo in assenza di contraddittorio delle parti (in sede di assunzione del mezzo di prova) ma pur sempre (nell'ambito di un processo pendente e, dunque) sotto il controllo del giudice (cui sarebbe sempre riservata l'individuazione delle circostanze sulle quali il terzo sarebbe chiamato a rendere la dichiarazione ed eventualmente anche il potere di disporre l'audizione del terzo).

E' questa, fondamentale, la via imboccata dal nostro legislatore nel 2009 con l'introduzione della peculiare forma di testimonianza scritta disciplinata dagli artt. 257-*bis* c.p.c. e 103-*bis* disp. att. c.p.c.

Si tratta di una via che da sola difficilmente può dar luogo a significativi risultati sotto il profilo della deflazione del contenzioso civile e che, soprattutto, per conseguire comunque un qualche risultato tangibile sul punto andrebbe percorsa con modalità ben differenti da quelle prescelte dal legislatore del 2009, il quale, come già ricordato, oltre a porsi in una prospettiva differente da quella qui propugnata sotto il profilo della "forma" (e, dunque, dell'affidabilità) della dichiarazione del terzo⁽¹⁴⁹⁾, subordina, fra l'altro, l'utilizzabilità di questo strumento al preventivo accordo delle parti, in tal modo limitandone fortemente già sul nascere la reale portata applicativa.

Siamo, in altri termini, di fronte ad una via che potrebbe se del caso essere valorizzata unitamente ad una o più delle altre in precedenza indicate, ma che non andrebbe percorsa da sola, quanto meno ove ci si muova in una seria prospettiva di deflazione del contenzioso civile, trattandosi della via di più modesta rilevanza, sotto questo profilo, fra le varie finora indicate.

6. Conclusioni

In definitiva, alla luce dell'indagine sinora condotta, mi pare si possa affermare, *de iure condito*, che la verbalizzazione di dichiarazioni testimoniali da parte del notaio:

- a) non determina alcuna violazione dell'art. 28 l. not.;
- b) rientra, al pari delle altre possibili ipotesi di verbali di constatazione, nell'ambito della competenza notarile, che (anche) in forza del disposto di cui all'art. 1 l. not. ha una portata di carattere generale (non solo in tema di atti negoziali ma) anche in tema di atti non negoziali;
- c) non integra una prova testimoniale in senso proprio, ossia alla stregua della nozione fatta propria dal nostro codice di procedura civile, ma bensì un'ipotesi di prova cd. atipica;
- d) non possiede l'efficacia probatoria propria della prova testimoniale, ma bensì quella propria dell'indizio o dell'argomento di prova a condizione che si accolga, a monte, l'indirizzo (per lo più) giurisprudenziale, che trova riscontro anche in una parte della dottrina, tendente ad ammettere la possibilità per il giudice civile di fondare il proprio convincimento (anche) su prove atipiche, riconoscendo a queste ultime, per l'appunto, l'efficacia probatoria propria dell'indizio o dell'argomento di prova.

Al contempo, *de iure condendo*, può affermarsi che, a fronte della profonda crisi in cui versa ormai da tempo la nostra giustizia civile, non si può rinunciare a strumenti deflattivi quali, per un verso, la delega al notaio di determinate attività giurisdizionali e, per altro verso, l'accertamento

dei fatti prima del processo, i quali, ove opportunamente combinati fra loro, possono, più in particolare, consentire di percorrere differenti possibili vie, fundamentalmente rappresentate:

- 1) dalla delega al notaio all'assunzione della prova testimoniale (e, se del caso, anche dell'ispezione) sia in pendenza del processo che prima del processo; in quest'ultimo caso, nell'ambito di un nuovo "procedimento probatorio" i cui presupposti siano differenti dall'attuale procedimento di istruzione preventiva (soprattutto sotto il profilo dei presupposti di accesso allo stesso e segnatamente del *periculum in mora*), in modo tale da consentire allo stesso di svolgere quella funzione deflattiva del contenzioso cui dovrebbe essere preordinato;
- 2) della dichiarazione resa dal terzo in assenza di contraddittorio delle parti ma sotto il "controllo" del giudice;
- 3) della dichiarazione resa dal terzo in assenza di contraddittorio delle parti e di "controllo" del giudice.

Il tutto avendo comunque presente che gli stessi verbali di constatazione, lungi dall'integrare qualsivoglia violazione dell'art. 28 l. not., e rientrando piuttosto nell'ambito della competenza generale del notaio (tale, per l'appunto, anche in tema di atti non negoziali), ben possono svolgere un'importante funzione deflattiva del contenzioso, così come del resto già accade in altri ordinamenti (quali, in particolare, la Spagna) che ne hanno maggiormente valorizzato questa intrinseca potenzialità ed in piena conformità, peraltro, con la cd. funzione antiprocessuale da sempre riconosciuta al notaio nel nostro ordinamento.

Ernesto Fabiani

-
- 1) Norma, questa, cui da sempre si riconosce un ruolo di centrale importanza nell'ambito dell'ordinamento professionale notarile (cfr. per tutti DONISI, *L'art. 28 l. notarile: baricentro della professione*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, 75 ss.; BOERO, *La legge notarile commentata con la dottrina e la giurisprudenza*, I, Torino, 1993, 169 ss. il quale pone, in particolare, in rilievo come «è opinione priva di contrasti che l'art. 28 l. not., specie per ciò che riguarda il disposto del n. 1 del 1° comma, costituisca una delle norme più importanti, se non la più importante, della legge notarile, anche perché costituisce la più rilevante delimitazione dell'obbligo di prestare il ministero notarile, sancito dall'art. 27 l. not.»).
 - 2) Il riferimento è alla figura, introdotta dalla legge n. 69 del 2009, e disciplinata dalle previsioni di cui agli artt. 257-bis c.p.c. e 103-bis disp. att. c.p.c., la quale non rappresenta, peraltro, una novità assoluta per il nostro ordinamento, il quale conosceva già una ipotesi di testimonianza scritta, seppur con caratteristiche parzialmente differenti e soprattutto con una portata circoscritta al solo arbitrato in forza della previsione contenuta (originariamente nell'art. 819-ter e, dopo la riforma di cui al d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40) nell'art. 816-ter c.p.c. Cfr. per tutti sul punto, ed in via più generale sulla nuova figura di testimonianza scritta introdotta dal legislatore del 2009: COMOGLIO-DELLA VEDOVA-LOMBARDI-MOSCATELLI, *La nuova prova testimoniale: testimonianza scritta, decadenza dalla prova testimoniale, accompagnamento coattivo del teste*, Roma, 2009, 1 ss.; E. FABIANI, *Note sulla nuova figura di testimonianza (c.d. scritta) introdotta dalla legge n. 69 del 2009*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, 823 ss.; CEA, *La testimonianza scritta*, in *Il giusto processo civile*, 2010, 133 ss.; CORSINI, *La prova testimoniale assunta in forma scritta*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 856 ss.; ASPRELLA, *La testimonianza scritta e il tramonto dell'oralità*, in *Il giusto processo civile*, 2009, 849 ss.;

- PICOZZA, *La prova per testimoni, tra deposizione orale e testimonianza scritta, a seguito della riforma del 2009*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 869 ss.; COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2010, 590 ss.; BALENA in BALENA-CAPONI-CHIZZINI-MENCHINI, *La riforma della giustizia civile. Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/2009*, Torino, 2009, 77 ss.; PAGNI, *La "riforma" del processo civile: la dialettica tra il giudice e le parti (e i loro difensori) nel nuovo processo di primo grado*, in *Corr. giur.*, 2009, 1315-1316; DE STEFANO, *Gli strumenti di prova e la nuova testimonianza scritta (art. 257-bis cod. proc. civ.)*, Milano, 2009; SAVARRO-BARTOLINI, *La testimonianza scritta e orale nel nuovo processo civile*, Piacenza, 2009.
- 3) Cfr. per tutti in tal senso TRIOLA, *Atti di istruzione preventiva e contrarietà all'ordine pubblico ex art. 28 n. 1 l.n.*, in *Riv. not.*, 1972, 1320; ma vedi anche FALZONE-ALIBRANDI, voce *Constatazione (verbale di)*, in *Dizionario enciclopedico del notariato*, I, Roma, 1973, 673.
 - 4) Cfr. per tutti in tal senso GIULIANI (nota senza titolo) in *Riv. not.*, 1961, spec. 498; TONDO, *Documentazione notarile a fini non negoziali* in CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Studi e materiali* a cura della Commissione Studi, 1, Milano, 1986, 279 ss.; ID., *Documentazione notarile di dichiarazioni testimoniali* in CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Studi e materiali* a cura della Commissione Studi, 6.1, Milano, 2001, 500 ss.; CASU, *Verbalizzazione di giochi a premio redatta da notaio* in CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Studi e materiali* a cura della Commissione Studi, 5.2, Milano, 1998, 537 ss.; ID., *Dismissione del patrimonio pubblico e verbale d'asta*, in CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Studi e materiali* a cura della Commissione Studi, n. 2/2003, 392 ss.; ID. in TONDO-RUOTOLO-CASU, *Il documento* in *Tratt. di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato* diretto da P. Perlingieri, IX, 9, Napoli, 2003, 15 ss. Per una critica a quest'impostazione cfr. per tutti MILIOTTI, *Verballi di constatazione e funzioni notarili*, in *Riv. not.*, 1989, 581 ss. secondo il quale «il notaio quale pubblico ufficiale non ha una competenza illimitata a formare verbali di constatazione, ma ristretta alle sole ipotesi disciplinate normativamente», mentre «il notaio quale libero professionista può rilasciare dichiarazioni aventi il più ampio contenuto, anche constatativo, cui non è possibile attribuire il valore di atti notarili, in quanto tali di fede privilegiata».
 - 5) Oltre che in altri settori. Si pensi per tutti, a titolo meramente esemplificativo, agli inventari, ritenendosi che il notaio, al di fuori delle ipotesi di inventari delegati dall'autorità giudiziaria, possa redigere altri inventari – cd. volontari per atto pubblico - solo in presenza di espressa norma di legge che a ciò lo abiliti con riferimento al singolo caso di specie (cfr. da ultimo sul punto, anche per ulteriori riferimenti: E. FABIANI, *La riforma del procedimento di formazione dell'inventario (art. 769 c.p.c.) di cui alla legge n. 10 del 2012*, in CNN Notizie del 20 settembre 2012).
 - 6) Che non sono comunque rare. Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alla previsione di cui all'art. 2674, 2° comma, c.c. ove, in relazione al divieto del conservatore di «ricusare o ritardare di ricevere la consegna dei titoli presentati e di eseguire le trascrizioni, iscrizioni o annotazioni richieste, nonché di spedire le copie o i certificati», si prevede che «le parti possono far stendere immediatamente verbale del rifiuto o del ritardo da un notaio o da un ufficiale giudiziario assistito da due testimoni». Alla previsione di cui all'art. 2, 4° comma, del D.P.R. 10 novembre 1997, n. 441 in forza del quale «la distruzione dei beni o la trasformazione in beni di altro tipo e di più modesto valore economico è provata: ... b) dal verbale redatto da pubblici funzionari, da ufficiali della Guardia di finanza o da notai che hanno presenziato alla distruzione o alla trasformazione dei beni, ovvero, nel caso in cui l'ammontare del costo dei beni distrutti o trasformati non sia superiore a euro 10.000, da dichiarazione sostitutiva di atto notorio ai sensi della legge 4 gennaio 1968, n. 15. Dal verbale e dalla dichiarazione devono risultare data, ora e luogo in cui avvengono le operazioni, nonché natura, qualità, quantità e ammontare del costo dei beni distrutti o trasformati». Alla concessione delle agevolazioni tributarie previste dall'art. 17 l. 2 luglio 1949, n. 408 in relazione alle quali anche la S.C. ha avuto modo di ritenere che il contribuente possa fornire la prova del requisito dell'effettiva abitazione di un immobile ad una determinata data «con ogni mezzo previsto dall'ordinamento» ivi compreso un «atto di constatazione da parte di notaio» (così Cass. 13 novembre 1986, n. 6653, in *Riv. giur. edilizia*, 1987, I, 499 ss.; ma nello stesso senso v. anche: Comm. trib. centrale, 26 marzo 1983, n. 319, in *Comm. trib. centr.*, 1983, I, 96; Comm. trib. centrale, 9 febbraio 1982, n. 639, in *Comm. trib. centr.*, 1982, I, 279; Comm. trib. centrale, 12 giugno 1981, n. 2505, in *Comm. trib. centr.*, 1981, I, 724).
 - 7) Oltre che in altri settori. Si pensi per tutti, a titolo meramente esemplificativo, agli inventari, ritenendosi che il notaio, al di fuori delle ipotesi di inventari delegati dall'autorità giudiziaria, possa redigere altri inventari – cd. volontari per atto pubblico – anche in assenza di espressa norma di legge che a ciò lo abiliti con riferimento al singolo caso di specie (cfr. da ultimo sul punto, anche per ulteriori riferimenti: E FABIANI, *La riforma del procedimento di formazione dell'inventario (art. 769 c.p.c.) di cui alla legge n. 10 del 2012*, cit.).
 - 8) Cfr. sul punto Cass. 21 giugno 1960, n. 1644 (in *Foro it.*, Rep. 1960, voce *Prova in genere in materia civile*, n. 83) secondo la quale «la constatazione notarile di fatti obiettivi costituisce un accertamento che rientra nelle funzioni del notaio ed il verbale relativo, anche se non costituisce mezzo di prova in senso tecnico, può rappresentare un elemento indiziario, come qualsiasi scritto proveniente da un terzo, estraneo al processo in cui esso venga esibito; pertanto il giudice ha la facoltà di desumere argomento di prova o una presunzione a

- seconda delle circostanze». Ma vedi anche: Cass. 9 dicembre 1960, n. 32125, in *Giust. civ.*, 1960, I, 2063; Cass. 27 marzo 1945, in *Riv. not.* 1947, 35; App. Catania 31 dicembre 1966, in *Riv. not.*, 1967, 453. *Contra*: Trib. Milano 21 aprile 1961, in *Riv. not.*, 1961, 497; Trib. Milano 14 settembre 1962, in *Vita not.*, 1966, 334; Trib. Milano 1 marzo 1957, in *Riv. not.*, 1957, 659.
- 9)** Detta previsione ha, infatti, ad oggetto la concessione ai notai (anche) della «facoltà di: ... 4) procedere, in seguito a delegazione dell'autorità giudiziaria: ... b) agli inventari in materia civile e commerciale, ai termini dell'articolo 866 del Codice di procedura civile ...» (il riferimento è all'art. 866 del codice di procedura civile del 1865, il cui "omologo" nell'ambito del codice di procedura civile del 1940 è, per l'appunto, l' art. 769 c.p.c.).
- 10)** Della cui ammissibilità, come già evidenziato, si dubita in dottrina. Cfr. per tutti sul punto TRINCHILLO, *Sull'obbligo della presenza dei testimoni nell'inventario di tutela tardivo*, in *Notariato*, 1998, 225 il quale, nell'affrontare il problema della «configurabilità di un inventario "volontario"», si chiede «se, in base alla normativa vigente, sia configurabile una generale competenza del notaio a redigere inventari a richiesta delle parti, al di là delle specifiche ipotesi previste dalla legge e senza il necessario intervento legittimativo dell'autorità giudiziaria», ritenendo che: «il riferimento normativo sulla questione è individuabile nell'art. 1, n. 4, l. not., che riconosce la facoltà del notaio di redigere inventari in materia civile e commerciale "su delega dell'autorità giudiziaria"», per cui, «se, conformemente alla prevalente interpretazione, la condizione imposta dalla norma costituisce il limite della legittimazione del notaio a compiere quel tipo di atto, è evidente come manchi la possibilità di affiancare, alla normale funzione di redazione di inventari consentita dalla legge sul presupposto della delega del giudice, una ipotetica attività dello stesso contenuto, svolta sulla base di semplice richiesta delle parti e senza gli obblighi formali specifici».
- 11)** Per una significativa esemplificazione delle varie ipotesi di verbali di constatazione che, al di là di quelli fatti oggetto di previsioni normative espresse (quali, ad esempio, il verbale di constatazione del rifiuto o del ritardo del Conservatore dei Registri Immobiliari nell'esecuzione delle trascrizioni, iscrizioni ed annotazioni richieste, nonché nella spedizione delle copie e dei certificati di cui all'art. 2674 c.c. e i verbali di constatazione di ingiurie o di resistenze subite nell'esercizio delle funzioni di cui all'art. 53 R. not.), hanno trovato spazio nella prassi, nel corso del tempo (quali, l'atto pubblico di ripetizione di negozio già stipulato per scrittura privata, i verbali di constatazione di abitabilità di fabbricati di nuova costruzione – onde conseguire i benefici ex L. 2 luglio 1949, n. 408 -, i verbali di constatazione del rifiuto di una parte a sottoscrivere l'atto con l'esposizione dei relativi motivi), cfr. per tutti GIRINO, *Le funzioni del notaio*, in *Riv. not.*, 1983, 1082.
- 12)** Cfr. più ampiamente sul punto E FABIANI, *La riforma del procedimento di formazione dell'inventario (art. 769 c.p.c.) di cui alla legge n. 10 del 2012*, cit.
- 13)** Cfr. per tutte in tal senso: Cass. 20 aprile 1963, n. 977, in *Foro it.*, 1963, I, 1721 e *Giust. civ.*, 1963, I, 980; Cass. 13 novembre 1957, n. 4380 in *Foro it.*, 1958, I, 657 ove si precisa, più in dettaglio, che «la ricezione di dichiarazioni testimoniali da parte dei notai è esclusa, sia dagli atti che egli è facultato a compiere per sua competenza diretta, sia da quelli di competenza delegata»; nonché nella giurisprudenza ancor più risalente di legittimità Cass. 18 agosto 1943 in *Riv. legisl. fisc.*, 1943, 660 e Cass. 27 marzo 1945 in *Riv. not.*, 1947, 35 ss. con nota di Andrioli. Ma vedi anche nella più risalente giurisprudenza di merito, sotto la vigenza del previgente codice di procedura civile: Trib. Milano 6 marzo 1939 e Corte d'Appello di Milano 2 maggio 1939 entrambe in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, 210 ss. con nota Carnelutti le quali hanno, rispettivamente, ritenuto: che «il processo verbale con il quale il notaio rappresenta l'avvenimento di un fatto, che non consiste in una dichiarazione di volontà, non ha la piena efficacia probatoria prevista dall'art. 1317 cod. civ.»; e che «non si può riconoscere alcuna efficacia probatoria alle constatazioni notarili fatte a richiesta delle parti interessate per avere una prova precostituita dei fatti, che si vogliono porre a fondamento dei propri diritti».
- 14)** Così Cass. 20 aprile 1963, n. 977, cit.
- 15)** Così, ancora, Cass. 20 aprile 1963, n. 977, cit.; ma sul punto vedi anche, ancor più diffusamente, Cass. 13 novembre 1957, n. 4380, cit. secondo la quale «il notaio è chiamato ad accertare o documentare fatti attuali, contestuali al suo accertamento, non ad accogliere rievocazioni o rivelazioni di fatti passati, che possono essere assunti come elementi di giudizio dell'autorità giudiziaria. In via eccezionale la legge gli concede la facoltà di ricevere con giuramento atti di notorietà (art. 1, n. 2, t.u.). Usurpa, quindi, le funzioni dell'autorità giudiziaria e, atteso il carattere pubblicistico delle norme di diritto processuale, viola l'espresso divieto di ricevere atti contrari all'ordine pubblico, il notaio che raccoglie dichiarazioni testimoniali». L'impostazione di cui a tali pronunce a cavallo degli anni '60 finisce per riprendere, nella sostanza, quella di cui alla più risalente Cass. 27 marzo 1945, cit., la quale, dopo aver preventivamente evidenziato come il notaio deve «rifiutarsi di redigere un atto che chiaramente contrasti all'ordine pubblico, anche se non urti contro una espressa norma proibitiva, giacché tutto ciò che non è compatibile con l'ordinamento giuridico-politico dello Stato è virtualmente vietato dalla legge stessa», già negli anni '40 era giunta a concludere: che «l'assunzione ... di prove testimoniali dirette a far le veci di quelle richieste dai codici del rito civile e penale non può ritenersi di competenza del notaio», posto che la legge notarile «specifica ai nn. 1, 2 e 3 dell'art. 1 in modo tassativo» gli

atti di carattere giudiziale che il notaio può redigere (oltre quelli di sua specifica competenza); e che «assumendo tali dichiarazioni testimoniali, il notaio viene a sovvertire le norme della giurisdizione, di cui l'autorità giudiziaria è sola investita, e della quale vengono ad essere usurpate le funzioni. Ciò sarebbe contrario all'ordine pubblico per il carattere incontrovertibile di diritto pubblico che hanno le norme processuali, le quali sono la garanzia giuridica del processo. Va pure considerato che con le dette usurpazioni di prove testimoniali resta vincolata moralmente e giuridicamente la coscienza del testimone che ha deposto, previo giuramento, innanzi al notaio, a discapito della sincerità e serenità che egli deve avere al momento di deporre davanti al magistrato. In tal guisa gli atti giudiziari, disciplinati dalla legislazione processuale, vengono turbati dall'opera del notaio connessa con un interesse sociale di così alta importanza che non è lecito modificare o derogare senza compiere atto contrario a quell'ordine sociale su cui l'organizzazione dello Stato riposa».

- 16)** Così, ancora, Cass. 20 aprile 1963, n. 977, cit.; ma vedi anche Cass. 13 novembre 1957, n. 4380, cit. secondo la quale «la distinzione fra dichiarazioni testimoniali riguardanti procedimenti giudiziari già in corso e dichiarazioni afferenti a liti non ancora iniziate è del tutto arbitraria, stante che anche l'assunzione di prova preventiva è demandata in via esclusiva all'autorità giudiziaria (art. 692 e 693 cod. proc. civ.). Correttamente, dunque, nell'una e nell'altra ipotesi, il notaio è ritenuto responsabile di infrazione all'art. 28, n. 1, del t.u. n. 89 del 1913. Le deposizioni testimoniali a futura memoria, aventi carattere cautelare, siccome destinate ad essere utilizzate in un giudizio già in corso, ma sospeso e interrotto, o in un giudizio del quale è prevedibile la insorgenza, partecipano appieno della garanzia giurisdizionale; la loro ammissibilità presuppone determinate condizioni, la cui sussistenza è compito soltanto del giudice valutare ed apprezzare; parimenti la loro esecuzione soggiace, dal lato formale, alla disciplina comune dei mezzi probatori in genere».
- 17)** Così Cass. 22 giugno 1955 n. 1938, in *Giust. civ.*, 1955, I, 1045 ss. la quale pone in rilievo, più in dettaglio, come «l'ordinamento sul Notariato ed altre leggi attribuiscono al notaio la competenza a ricevere deposizioni giurate di testimoni solo per la formazione di atti di notorietà in materie espressamente determinate; in tali casi l'atto di notorietà è idoneo a costituire la prova di un fatto giuridicamente rilevante e consente alla parte di conseguire quell'effetto specifico in relazione al quale la legge lo ammette. Devesi comunque escludere, però, la competenza del notaio ad assumere mezzi di prova destinati ad essere utilizzati nel processo, poiché tale competenza è riservata esclusivamente al giudice, con la garanzia del contraddittorio, anche nei casi di particolare urgenza (art. 692 e ss. c.p.c.). Ma se la dichiarazione giurata davanti al notaio su fatti che devono essere accertati nel corso dell'istruzione non ha natura di un atto del processo né il valore di una deposizione testimoniale, essa tuttavia contiene gli elementi di forma e di sostanza di una dichiarazione scritta proveniente da una persona estranea al processo, e pertanto può essere utilizzata dal giudice, secondo la giurisprudenza di questa Corte ... come elemento indiziario, idoneo a fornire, in concorso di altre risultanze processuali, una prova piena».
- 18)** Cfr. per tutti sul punto: TONDO, *Documentazione notarile a fini non negoziali*, cit., 279 ss.; ID., *Documentazione notarile di dichiarazioni testimoniali*, cit., 500 ss.; CASU, *Verbalizzazione di giochi a premio redatta da notaio*, cit., 537 ss.; ID. in TONDO-RUOTOLO-CASU, *Il documento*, cit., 15 ss.
- 19)** Cfr. per tutti ANDRIOLI, *Istruzione civile preventiva e attribuzioni notarili*, cit., 37 il quale giunge a concludere «che il notaio non è competente ad assumere mezzi istruttori in via preventiva» e che, «non solo egli, ove contravvenga a quel divieto, incorre in responsabilità disciplinare, ma le prove, in tal guisa assunte, non hanno alcun valore», argomentando a tal fine, fondamentalmente: 1) dall'art. 1 della legge notarile (e non dall'art. 28 della medesima legge), «il quale distingue due classi di attribuzioni: da una parte la ricezione degli atti tra vivi e di ultima volontà cui attribuisce la pubblica fede; dall'altra la formazione di una serie di atti della più svariata natura, che la stessa formula normativa – “ai notai è concessa anche la facoltà di ...” - pone come eccezione rispetto alla prima categoria di atti», con conseguente esclusione della possibilità che «le norme che disciplinano gli atti della seconda categoria siano suscettibili di interpretazione estensiva o di applicazione analogica»; 2) dall'assunto secondo il quale «gli atti con i quali si esercita la funzione giurisdizionale, formano oggetto di esclusiva competenza degli organi dello Stato, con la conseguenza che le eccezioni non sono suscettibili di estensione se non si vuol ledere questo che è un principio generale dello Stato moderno»; 3) dalla differenza fra il codice abrogato di procedura civile e quello vigente, posto che, «mentre il codice del 1865 considerava soltanto la prova testimoniale a futura memoria, il codice che tuttora ci regge, ha delineato e disciplinato la categoria della istruzione preventiva, la quale non consente, per l'appunto, al Notaio di raccogliere quelle che il Donà ... chiamava prove notarili: quello scopo preventivo che il Donà assegnava agli incumbenti raccolti dal notaio, è per l'appunto perseguito dagli art. 692 e 699 del codice, la cui finalità consiste nell'assicurare elementi di convinzione del magistrato ancor prima che sia stato promosso il giudizio». Ma sul punto cfr. altresì TRIOLA, *Atti di istruzione preventiva e contrarietà all'ordine pubblico ex art. 28 n. 1 l.n.*, cit., 1320 ss. secondo il quale «sembra preferibile la tesi secondo la quale il notaio non può ricevere atti di istruzione preventiva in genere» ed «anche i verbali di constatazione, al di fuori delle ipotesi previste dalla legge, non rientrano nelle attribuzioni notarili», ma «incompetenza del notaio a ricevere atti di istruzione preventiva non significa ... adesione alla tesi giurisprudenziale secondo la quale tali atti sarebbero

- contrari all'ordine pubblico» in quanto, conformemente a quanto già ritenuto da Andrioli (*Istruzione civile preventiva e attribuzioni notarili*, cit., spec. 36), «è erroneo affermare che ciò che non è previsto dalla norma positiva è contrario all'ordine pubblico. ... L'atto non previsto dalla legge notarile, quindi, non è, per ciò solo, contrario all'ordine pubblico», né potrebbe ritenersi, come invece fa S.C., che nel caso di specie «il notaio usurperebbe funzioni riservate all'autorità giudiziaria».
- 20)** Cfr. DE RUBERTIS, *La forma dell'inventario del contenuto delle cassette di sicurezza*, cit., 168 il quale, pur facendosi portatore di una lettura dell'art. 1 della legge notarile tendente ad estendere la competenza del notaio in tema di atti a contenuto non negoziale, ivi compresi i verbali di constatazione, ritiene che «è, invece, sicuramente fuori della competenza notarile l'assunzione di prove a futura memoria (riservata alla esclusiva competenza della magistratura)».
- 21)** Il riferimento è a CARNELUTTI, *Assunzione di prove per mezzo del notaio*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, 210 ss. secondo il quale già alla luce della lettera dell'art. 1 l. not. «non si può ritenere che la funzione documentale del notaio sia ristretta alle dichiarazioni giuridiche»; e detta conclusione sarebbe avvalorata: dalla lettera dell'art. 2069 c.c., «secondo il quale le parti possono ricorrere al notaio per la constatazione del rifiuto o ritardo del conservatore delle ipoteche a ricevere in consegna i titoli, a fare le trascrizioni, iscrizioni o annotazioni richieste a spedire le copie e i certificati; anche qui si tratta di una constatazione di fatti piuttosto che di dichiarazioni giuridiche»; nonché da «altre norme, ov'è presupposta una funzione del notaio, la quale si riferisce, anziché al ricevimento di dichiarazioni giuridiche, alla constatazione di fatti materiali; ricordo, fra le altre, la disposizione dell'art. 2 del decreto 7 agosto 1936, n. 1531 sul procedimento di ingiunzione, ove si parla di "estratto autentico dei ... libri di commercio e di quelli prescritti dalle leggi fiscali"; l'estratto autentico non è altro che un estratto notarile». E, «comunque, la tesi restrittiva è senza dubbio contraria a quelle esigenze di certezza del diritto, alle quali risponde la formazione delle prove documentali dotate di particolari garanzie e perciò di privilegiata efficacia. Non si saprebbe perché, se la legge si fida del notaio per il ricevimento di dichiarazioni giuridiche, altrettanta fiducia non debba essere riposta in lui per le constatazioni di fatti materiali; né perché, di conseguenza, le parti non si possano efficacemente provvedere, quando credono, di una prova pienamente efficace anche rispetto a questi ultimi».
- 22)** Cfr. CARNELUTTI, *Assunzione di prove per mezzo del notaio*, cit., 218-219 nel porre al contempo l'accento sul distinguo fra l'attività di «interrogazione di testimoni» e quella di «ispezione di un fatto», nonché in via più generale fra testimonianza e ispezione.
- 23)** Cfr. ANDRIOLI, *Istruzione civile preventiva e attribuzioni notarili*, cit., spec. 37 secondo il quale «le argomentazioni che il Carnelutti ... aveva adottato per legittimare l'assunzione di prove preventive per mezzo di notaio, se avevano valore per l'accesso giudiziale e per la perizia, assunti sotto l'impero del codice abrogato, non ne conservano più alcuno per il codice vigente: per vero il Carnelutti si era richiamato al carattere tassativo dell'art. 251 che, è ora superato dagli articoli del codice vigente».
- 24)** Cfr. più ampiamente sul punto E FABIANI, *La riforma del procedimento di formazione dell'inventario (art. 769 c.p.c.) di cui alla legge n. 10 del 2012*, cit.
- 25)** Il riferimento è, in particolare, alla posizione di De Rubertis (*La forma dell'inventario del contenuto delle cassette di sicurezza*, cit., 168) di cui si è in precedenza già dato atto.
- 26)** Il riferimento è, in particolare, alla posizione di Andrioli (*Istruzione civile preventiva e attribuzioni notarili*, cit., 35 ss.) di cui si è in precedenza già dato atto.
- 27)** Tendente a ritenere che l'art. 1 della legge notarile «distingue due classi di attribuzioni del notaio: da una parte la ricezione degli atti tra vivi e di ultima volontà, cui attribuisce la pubblica fede; dall'altra la formazione di una serie di atti della più svariata natura, che la stessa formula normativa – "ai notai è concessa anche la facoltà di ... - pone come eccezioni rispetto alla prima categoria di atti» (così ANDRIOLI, *Istruzione civile preventiva e attribuzioni notarili*, cit., 36).
- 28)** Così ANDRIOLI, *Istruzione civile preventiva e attribuzioni notarili*, cit., 36 secondo il quale l'ordine pubblico «non è che un settore, qualificato dalla influenza delle supreme esigenze della convivenza civile e dello Stato nel quale essa si realizza, dei principi generali, che, a loro volta, si desumono per via di analogia e sulla base delle esigenze politico-sociali non ancora espresse dalle norme positive» (sul punto vedi anche più ampiamente ID., *Intorno ai principi generali del nuovo ordine giuridico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1940, I, 254 ss.).
- 29)** Così TRIOLA, *Atti di istruzione preventiva e contrarietà all'ordine pubblico ex art. 28 n. 1 l.n.*, cit., 1321.
- 30)** Oltre la «contraddittorietà del ragionamento della S.C.» nella parte in cui deduce la contraddittorietà all'ordine pubblico degli atti con i quali si raccolgono prove che si riferiscono ad un instaurato od instaurando giudizio civile o penale dal fatto che l'attività istruttoria è riservata al giudice istruttore, ai sensi dell'art. 174, primo comma, codice di procedura civile ritenendo al contempo che «la violazione di tale norma, dettata a chiara tutela di un interesse pubblico e costituente quindi norma di diritto pubblico, costituirebbe infrazione dell'ordine pubblico previsto dall'art. 28 n. 1 l.n., in quanto il notaio usurperebbe funzioni riservate all'autorità giudiziaria» (su cui cfr. TRIOLA, *Atti di istruzione preventiva e contrarietà all'ordine pubblico ex art. 28 n. 1 l.n.*, cit., 1322 secondo il quale «se l'attività di istruzione preventiva da parte del notaio è vietata

- perché in contrasto con norme di diritto pubblico processuali, ed in particolare con l'art. 174, primo comma, codice di procedura civile, le deposizioni testimoniali a futura memoria dovrebbero essere considerate illecite non perché contrarie all'ordine pubblico, ma perché contrarie alla legge», per cui la giurisprudenza finirebbe per operare una confusione «tra contrasto con norme di diritto pubblico e contrasto con i principi dell'ordine pubblico»).
- 31)** Così TRIOLA, *Atti di istruzione preventiva e contrarietà all'ordine pubblico ex art. 28 n. 1 l.n.*, cit., 1322 secondo il quale «ciò è particolarmente evidente per i c.d. atti di constatazione. Con essi l'interessato mira, infatti, all'accertamento obiettivo di un certo fatto, spesso irripetibile nel tempo, e quindi non più direttamente accertabile dal giudice, e che, di conseguenza, in un giudizio potrebbe essere provato soltanto con prove testimoniali o con altri accertamenti indiretti».
- 32)** La bibliografia in materia è vastissima. Cfr. per tutti per una sintesi delle posizioni dottrinali e giurisprudenziali in materia, nonché per ulteriori riferimenti sul punto: BOERO, *La legge notarile commentata con la dottrina e la giurisprudenza*, I, cit., 169 ss.; G. CASU in CASU-SICCHIERO, *La legge notarile commentata*, Torino, 2010, 149 ss.; CELESTE, *La responsabilità civile del notaio*, Napoli, 2007, 126 ss.
- 33)** Cfr. per tutti in tal senso TRIOLA, *Atti di istruzione preventiva e contrarietà all'ordine pubblico ex art. 28 n. 1 l.n.*, cit., 1322-1323; ARENIELLO, *Ordine pubblico e funzione notarile*, in *Spontaneità del mercato e regole giuridiche. Il ruolo del notaio*. Relazioni al XXXIX Congresso Nazionale del Notariato di Milano 10-13 ottobre 2002, Milano, 2002, spec. 341.
- 34)** Su cui cfr. per tutti, anche per riferimenti di dottrina e giurisprudenza, BOERO, *La legge notarile commentata con la dottrina e la giurisprudenza*, I, cit., 169 ss.
- 35)** Su cui cfr. per tutti, anche per ulteriori riferimenti di dottrina e giurisprudenza: DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 435 ss.; DI MAIO in BESSONE (diretto da), *Trattato di diritto privato. Il contratto in generale*, vol. XIII., t. VII, Torino, 2002, spec. 81 ss.; GENTILI in GABRELLI (a cura di), *I contratti in generale* in RESCIGNO-GABRIELLI (diretto da), *Trattato dei contratti*, Torino, 2006, spec. 1509 ss.; G. BARALIS, *Brevi note in tema di ordine pubblico, norme imperative, «nullità ambulatoria», con una digressione finale sulla distinzione: norme imperative-ordinative e sulla responsabilità notarile*, in *Riv. del not.*, 1986, 172 ss.; BUZZELLI, *Nullità del contratto contrario a norme imperative: applicazione giurisprudenziale e prospettive di una diversa interpretazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1992, I, 780 ss.
- 36)** Su cui cfr. per tutti, anche per ulteriori riferimenti: BOERO, *La legge notarile commentata con la dottrina e la giurisprudenza*, I, cit., 195-196; DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, cit., 442 ss.
- 37)** Cfr. fra gli altri sulla controversa interpretazione, tanto in dottrina che in giurisprudenza, dell'espressione «atti espressamente proibiti dalla legge»: BOERO, *La legge notarile commentata con la dottrina e la giurisprudenza*, I, cit., 176 ss.; PETRELLI, *Art. 28 della legge notarile – Espresso divieto di legge e orientamenti giurisprudenziali non consolidati*, in *Riv. not.*, 1997, 1228 ss.; GENTILI, *Atti notarili "proibiti" e sistema delle invalidità*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, spec. 257 ss.; G. PERLINGIERI, *Funzione notarile e clausole vessatorie – A margine dell'art. 28 l. 16 febbraio 1913 n. 89*, in *Rass. dir. civ.*, 2006, spec. 848 ss.; RUGGIERO, *Intorno agli atti "espressamente proibiti" al notaio*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 1187 ss.; TRIOLA, *Gli atti espressamente proibiti dalla legge nell'art. 28, n. 1 legge notarile*, in *Vita not.*, 1986, 44 ss.; ID., *Ancora in tema di atti espressamente proibiti dalla legge ai sensi dell'art. 28, n. 1, l. notarile*, in *Giust. civ.*, 1986, I, 2930 ss.; ANGELONI, *Gli atti «espressamente proibiti dalla legge» di cui all'art. 28 legge notarile sono dunque solo gli atti nulli in quanto contrari a norme proibitive*, in *Contr. e impr.*, 1998, 1007 ss.; DELMEDICO, *Gli atti espressamente proibiti dalla legge ex art. 28 n. 1 legge notarile*, in *Riv. not.*, 1982, 713 ss.; BUTA, *Le nullità dell'art. 28 n. 1 della legge notarile nell'interpretazione giurisprudenziale*, in *Giust. civ.*, 1999, II, 313 ss.
- 38)** Cfr. per tutti sul punto, anche per ulteriori riferimenti, BOERO, *La legge notarile commentata con la dottrina e la giurisprudenza*, I, cit., 177; CELESTE, *La responsabilità civile del notaio*, cit., 133.
- 39)** Non a caso, infatti, il riferito indirizzo giurisprudenziale che giunge a concludere per l'applicabilità, con riferimento al caso di specie, dell'art. 28 l. not., nel ricorrere inevitabilmente a norme (quali gli artt. 692 ss. c.p.c.) che disciplinano la differente fattispecie dell'assunzione della prova testimoniale nel contraddittorio delle parti dinanzi al giudice, invoca la contrarietà con l'ordine pubblico, ove, com'è noto, trovandoci di fronte ad una clausola generale maggiore è lo spazio e la rilevanza che riveste l'attività interpretativa del giudice. Cfr. per tutti sul punto con specifico riferimento alla previsione di cui all'art. 28 l. not. PETRELLI, *Art. 28 della legge notarile – Espresso divieto di legge e orientamenti giurisprudenziali non consolidati*, cit., spec. 1229. Nonché, in via più generale, con riferimento alle clausole generali, anche per ulteriori riferimenti: E. FABIANI, voce *Clausola generale*, in *Enc. dir.*, Annali V, Milano, 2012, 183 ss.
- 40)** Cfr. per tutti in tal senso ARENIELLO, *Ordine pubblico e funzione notarile*, cit., 327 ss. secondo il quale «l'ordine pubblico va ravvisato nel complesso dei principi normativi ed informativi desunti dall'ordinamento giuridico nel suo complesso, in primo luogo norme costituzionali», ed al concetto di ordine pubblico andrebbe, pertanto, affidata «la funzione di cerniera tra le norme costituzionali ed i rapporti giuridici interindividuali».

- 41) Su cui cfr. per tutti G.B. FERRI, voce *Ordine pubblico* (dir. priv.), in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 1038 ss. spec. 1051 ss.; BOERO, *La legge notarile commentata con la dottrina e la giurisprudenza*, I, cit., 195.
- 42) Cfr. sul punto ARENIELLO, *Ordine pubblico e funzione notarile*, cit., 333-334 secondo il quale «il controllo sulla ricevibilità dell'atto, così come richiesto dalla norma in commento, non può che muoversi in un quadro di certezze come è dimostrato, a tacer d'altro, dall'avverbio "manifestamente" e sarà realizzabile in concreto solo quando sarà escluso ogni ragionevole dubbio sulla contrarietà rispetto all'ordine pubblico ed al buon costume, parametri generici e privi di precise concettualizzazioni giuridiche cui l'interprete possa riferirsi con sicurezza». Dovrebbe, in altri termini, ritenersi «applicabile la valutazione di conformità all'ordine pubblico (ed al buon costume) solo in presenza di fattispecie negoziali ... in cui sia ravvisabile assoluta certezza di contrarietà a detti parametri». Ma vedi anche, da ultimo, sul punto, nonché sul fatto che la responsabilità disciplinare è ricondotta al ricevimento di atti "espressamente" vietati dalla legge: FUSARO, *Sui confini della responsabilità disciplinare notarile: a proposito della clausola compromissoria statutaria e delle nullità relative*, in *Nuova giur. civ.*, 2011, II, spec. 414 ss.
- 43) Cfr. G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2011, spec. 113 ss.
- 44) Così G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., 120-121 secondo il quale detto «disvalore ... può essere una conseguenza *inequivocabile* sia di una regola che di un principio fondamentale, posto che l'art. 28 l. not. non è una monade nel sistema, ma va interpretato, come ogni disposizione, alla luce della legalità costituzionale»; per cui, in definitiva, «per valutare la responsabilità ex art. 28 l. not. bisogna rifuggire dai meri concetti (nullità-illiceità-illegalità-annullabilità) ed analizzare, per un verso, la rispondenza dell'atto e del regolamento di interessi ai principi fondamentali dell'ordinamento, per altro verso, la buona fede e la diligenza del notaio rogante. Così potrebbe risultare punibile ex art. 28 l. not. anche il comportamento di chi riceve un atto annullabile, purché *palesamente* ed *inequivocabilmente* viziato sul piano normativo (nel senso della lesione *inequivocabile* di una regola o di un principio) e fattuale (nel senso della *inequivocabile* negligenza o imperizia del notaio nell'individuazione del vizio)». Nonché, adesivamente, RUGGIERO, *Intorno agli atti "espressamente proibiti" al notaio*, cit., spec. 1198-1199.
- 45) Su cui cfr. per tutti BOERO, *La legge notarile commentata con la dottrina e la giurisprudenza*, I, cit., 178.
- 46) Su cui cfr. BOERO, *La legge notarile commentata con la dottrina e la giurisprudenza*, I, cit., 178.
- 47) Così Cass. 11 marzo 2011, n. 5913 in *Riv. not.* 2011, 897 ss. con nota Corsi e *Resp. civ.*, 2011, 1528 ss. con nota Felletti. Su tale pronuncia, ed in via più generale sulla più recente giurisprudenza in materia, cfr. da ultimo PAGLIANTINI, *La responsabilità disciplinare del notaio tra nullità parziale, relatività della legittimazione e nullità in equivoca: a proposito di Cass. n. 24867/2010 e di Cass. n. 5913/2011 (con una postilla) e ID., Chiosa (in divenire) a Cass. 13 ottobre 2011, n. 21202 in PAGLIANTINI (a cura di), *Il diritto vivente nell'età dell'incertezza*, Torino, 2012, rispettivamente 59 ss. e 117 ss.*
- 48) Su cui cfr. per tutti CARNELUTTI, *La figura giuridica del notaio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, 921 ss. Ma vedi anche le considerazioni di VOCINO, *La funzione processuale del notaio*, in *Riv. not.*, 1956, 19 il quale sottolinea come la funzione notarile «per poter essere *antiprocessuale* ... deve prima avere indole *processuale*» in quanto «nell'un predicato è implicitamente contenuto l'altro», per cui «l'antiprocessualità – senza far questioni sulla convenienza del verbo – non indicherebbe nulla contro la possibilità di vedere aspetti o elementi processuali nella natura dell'attività del notaio». Per una posizione tendente, invece, a disconoscere una funzione del notaio di prevenzione delle liti: NIGRO, *Il notaio nel diritto pubblico*, in *Riv. not.*, 1979, 1157.
- 49) Sul distinguo, in via più generale, fra «prove giudiziali» e «prove costituite per atto notarile» cfr. già nella dottrina più risalente DONÀ, voce *Notariato e archivi notarili*, in *Nuovo Dig. it.*, VIII, Torino, 1939, spec. 1064.
- 50) Cfr. D'ONOFRIO, *Una contravvenzione impossibile. Sul raccoglimento di deposizioni preventive da parte del Notaio*, in *Vita not.*, 1958, 189-190 il quale pone in rilievo, in particolare, come: «per deposizione testimoniale si intende, e non può non intendersi, la dichiarazione di un fatto che un terzo estraneo ed un processo (presente o futuro) rende innanzi ad un giudice (o ad un suo delegato), dopo che tale prova è stata disposta da un giudice. Se manca il provvedimento del giudice non può esistere in fatto una prova testimoniale, come se manca il vivente non può esistere omicidio o se manca il matrimonio non può esservi adulterio. ... Di prove si servono gli uomini anche fuori del processo, anzi tutta la nostra vita ne è intessuta, e queste non hanno certamente carattere processuale; ma esse non presentano la stessa struttura delle prove che invece si adoperano nel processo ... Se ciò è esatto, ne consegue che il notaio non soltanto non è abilitato a raccogliere prove testimoniali, ma *non può materialmente farlo*. Ammesso che Tizio si presenti davanti a lui e gli chieda di raccogliere la dichiarazione di Caio, intorno al fatto X, e che egli vi si presti, sia pure procedendo al giuramento di Caio, tutto ciò *non costituisce una prova testimoniale* come non costituirebbe sentenza la decisione emessa da un non giudice, sia pure rivestita di tutte le forme di cui all'art. 132 c.p.c. e sia pure inserita nei fascicoli di una cancelleria (sentenza inesistente). Quelle dichiarazioni, malgrado tutta quella apparenza, sono e restano pure dichiarazioni di terzi alle quali la giurisprudenza attribuisce un certo sia pur

limitato valore ma non mai per contrastare il valore di una deposizione testimoniale resa dal dichiarante. Ma come sarebbe assurdo processare per falsa testimonianza il Caio presentatosi a rendere le sue dichiarazioni innanzi al notaio, così mi pare che costui non abbia affatto usurpato le funzioni del giudice ...».

- 51)** Su cui cfr. per tutti: ANDRIOLI, voce *Prova testimoniale (diritto processuale civile)*, in *Noviss. Dig. It.*, XIV, Torino, 1967, 329 ss.; TARUFFO, voce *Prova testimoniale (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 729 ss.; DONDI, voce *Prova testimoniale nel processo civile*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XVI, Torino, 1997, 41 ss.; COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 571 ss.
- 52)** Si è ritenuto che la tradizionale e ricorrente definizione di prova testimoniale nel senso che questa «consiste nelle dichiarazioni giudiziali di fatto emesse da persone estranee alla controversia», necessiterebbe, in quanto «definizione generale di un fenomeno complesso», di alcune precisazioni, e fra queste, anzitutto quella relativa alla «necessaria natura “giudiziale” delle dichiarazioni testimoniali», per cui costituirebbero prova testimoniale in senso proprio «solo le dichiarazioni rese in giudizio, secondo il procedimento d’assunzione della prova disciplinato dalla legge», mentre «le dichiarazioni di natura testimoniale rese fuori del giudizio o contenute in documenti di vario tipo non sono dunque prove testimoniali ma prove atipiche, non prive di una possibile efficacia probatoria, ma neppure equiparabili alla testimonianza in senso proprio» (così TARUFFO, *Prova testimoniale*, cit., 729; ma nello stesso senso v. anche DONDI, *Prova testimoniale nel processo civile*, cit., 41 secondo il quale «il carattere giudiziale della dichiarazione rappresentando per così dire uno degli elementi costitutivi minimi della nozione di prova testimoniale, da questo ambito non possono che risultare escluse dichiarazioni pur rese da terzi ma non in un giudizio, oppure aventi carattere documentale» e «per mezzi di prova come questi» sarebbe «ormai tradizionale il ricorso alla terminologia di prove atipiche»).
- 53)** Cfr. per tutti sul punto, nella dottrina più risalente, CARNELUTTI, *La prova civile. Parte generale. Il concetto giuridico della prova*, Milano, 1992 (rist.), 136 s. e nota 197 e, in quella più recente, BESSO, *La prova prima del processo*, Torino, 2004, 197.
- 54)** La letteratura in materia è vastissima. Si vedano fra gli altri, senza alcuna pretesa di completezza: LASERRA, *Critica delle cosiddette “prove innominate”*, in *Giur. it.*, 1960, I, 1, 838 ss.; TARUFFO, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1973, 389 ss.; ID., *La prova dei fatti giuridici*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.* già diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, III, t. 2, sez. I, Milano, 1992, 377 ss.; ID. (a cura di), *La prova nel processo civile* in *Tratt. di dir. civ. e comm.* già diretto da Cicu-Messineo-Mengoni e continuato da Schlesinger, Milano, 2012, 72 ss.; CAVALLONE, *Critica della teoria delle prove atipiche*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, 679 ss.; ID., *Oralità e disciplina delle prove nella riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 686 ss.; VACCARELLA, *Inattività delle parti ed estinzione del processo di cognizione*, Napoli, 1975, 356 ss.; MONTESANO, *Le “prove atipiche” nelle “presunzioni” e negli “argomenti” del giudice civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 233 ss.; TARZIA, *Problemi del contraddittorio nell’istruzione probatoria civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 634 ss.; CHIARLONI, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1986, 819 ss.; G.F. RICCI, *Le prove illecite nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1987, 34 ss.; ID., *Le prove atipiche*, Milano, 1999; ID., *Atipicità della prova, processo ordinario e rito camerale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2002, 409 ss.; ID., *Le prove atipiche fra ricerca della verità e diritto di difesa*, in AA.VV., *Le prove nel processo civile. Atti del Convegno di Cagliari del 7-8 ottobre 2005*, Milano, 2007, 173 ss.; ANGELONI, *Le prove illecite*, Padova, 1992; DE STEFANO, *L’istruzione della causa nel nuovo processo civile*, Padova, 1999, 298 ss.; MAERO, *Le prove atipiche nel processo civile*, Padova, 2001; CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 27 ss.; PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2006, 436 ss.; LOMBARDO, *Profili delle prove civili atipiche*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, 1447 ss.; COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 52 ss.; BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile. II. Il processo ordinario*, Bari, 2012, 180 ss.
- 55)** Nel cui ambito «si è soliti ricondurre ... sia la prova assunta o acquisita al processo con modalità diverse da quelle prescritte, o comunque in violazione dei limiti indicati dal legislatore, sia la prova di cui la parte sia entrata in possesso *contra legem*» (così BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile. II. Il processo ordinario*, cit., 182).
- 56)** Così BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile. II. Il processo ordinario*, cit., 180-181.
- 57)** In relazione alle quali «l’esistenza oggi dell’art. 238, 2° comma, c.p.p. secondo cui “è ammessa l’acquisizione” nel processo penale “di prove assunte in un giudizio civile definito con sentenza che abbia acquistato autorità di cosa giudicata”, è destinata a riaprire e a porre su nuove basi di diritto positivo il problema» (così PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 437).
- 58)** Cfr. per tutti sul punto BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile. II. Il processo ordinario*, cit., 181.
- 59)** Cfr. per tutti sul punto FORNACIARI, *La ricostruzione del fatto nel processo*, Milano, 2005, 413-414.
- 60)** La quale non rappresenta un nuovo e distinto mezzo di prova rispetto alla prova testimoniale ma bensì “solo” una differente modalità di assunzione della prova testimoniale alternativa rispetto a quella (orale) tradizionale, con conseguente applicabilità al nuovo istituto delle norme sulla prova testimoniale, salva una

valutazione, caso per caso, di compatibilità (cfr. E. FABIANI, *Note sulla nuova figura di testimonianza (c.d. scritta) introdotta dalla legge n. 69 del 2009*, cit., 829).

61) In relazione al quale, già prima dell'intervento del legislatore di cui alla legge n. 69 del 2009, il codice di procedura civile prevedeva una disposizione (contenuta originariamente nell'art. 819-ter e dopo la riforma di cui al d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 nell'art. 816-ter c.p.c.) in forza della quale «gli arbitri possono assumere direttamente presso di sé la testimonianza, ovvero deliberare di assumere la deposizione del testimone, ove questi vi consenta, nella sua abitazione o nel suo ufficio. Possono altresì deliberare di assumere la deposizione richiedendo al testimone di fornire per iscritto risposte a quesiti nel termine che essi stessi stabiliscono».

62) Più in dettaglio, con la prima delle suddette norme (art. 257-bis c.p.c.) si prevede che, qualora sussista un «accordo delle parti», il giudice, «tenuto conto della natura della causa e di ogni altra circostanza», possa disporre «di assumere la deposizione chiedendo al testimone, anche nelle ipotesi di cui all'articolo 203, di fornire, per iscritto e nel termine fissato, le risposte ai quesiti sui quali deve essere interrogato». In tal caso: 1) il giudice, con il medesimo provvedimento con cui dispone di assumere la deposizione per iscritto, dispone altresì «che la parte che ha richiesto l'assunzione predisponga il modello di testimonianza in conformità agli articoli ammessi e lo faccia notificare al testimone»; 2) il testimone rende la deposizione «compilando il modello di testimonianza in ogni sua parte, con risposta separata a ciascuno dei quesiti», precisando altresì «quali sono quelli cui non è in grado di rispondere, indicandone la ragione», e «sottoscrive la deposizione apponendo la propria firma autenticata su ciascuna delle facciate del foglio di testimonianza, che spedisce in busta chiusa con plico raccomandato o consegna alla cancelleria del giudice»; 3) il testimone ha l'obbligo di compilare il «modello di testimonianza, indicando le complete generalità e i motivi di astensione» anche quando si avvale della facoltà d'astensione di cui all'art. 249 e può essere condannato dal giudice ad una pena pecuniaria (da 200 a 1.000 euro) quando non spedisce o non consegna le risposte scritte nel termine stabilito; 4) la testimonianza può essere resa senza il ricorso al suddetto modello, e più precisamente «mediante dichiarazione sottoscritta dal testimone e trasmessa al difensore della parte nel cui interesse la prova è stata ammessa», quando «ha ad oggetto documenti di spesa già depositati dalle parti»; 5) il giudice, esaminate le risposte o le dichiarazioni, «può sempre disporre che il testimone sia chiamato a deporre davanti a lui o davanti al giudice delegato».

Nella seconda disposizione richiamata (art. 103-bis disp. att. c.p.c.), dedicata al «modello di testimonianza», si prevede al contempo che: a) la testimonianza scritta debba essere resa «su di un modulo conforme al modello approvato con decreto del Ministero della giustizia, che individua anche le istruzioni per la sua compilazione, da notificare unitamente al modello», il quale, «sottoscritto in ogni suo foglio dalla parte che ne ha curato la compilazione», deve contenere: a1) «oltre all'indicazione del procedimento e dell'ordinanza di ammissione da parte del giudice procedente, idonei spazi per l'inserimento delle complete generalità del testimone, dell'indicazione della sua residenza, del suo domicilio e, ove possibile, di un suo recapito telefonico»; a2) «l'ammonimento del testimone ai sensi dell'articolo 251 del codice e la formula del giuramento di cui al medesimo articolo, oltre all'avviso in ordine alla facoltà di astenersi ai sensi degli articoli 200, 201 e 202 del codice di procedura penale, con lo spazio per la sottoscrizione obbligatoria del testimone, nonché le richieste di cui all'articolo 252, primo comma, del codice, ivi compresa l'indicazione di eventuali rapporti personali con le parti, e la trascrizione dei quesiti ammessi, con l'avvertenza che il testimone deve rendere risposte specifiche e pertinenti a ciascuna domanda e deve altresì precisare se ha avuto conoscenza dei fatti oggetto della testimonianza in modo diretto o indiretto»; b) al termine di ogni risposta deve essere apposta, «di seguito e senza lasciare spazi vuoti, la sottoscrizione da parte del testimone»; c) le sottoscrizioni devono essere «autentiche da un segretario comunale o dal cancelliere di un ufficio giudiziario» e «l'autentica delle sottoscrizioni è in ogni caso gratuita nonché esente dall'imposta di bollo e da ogni diritto». Solo con decreto del Ministero della Giustizia del 17 febbraio 2010, pubblicato sulla G.U. del 1 marzo 2010 n. 49, si è proceduto all'approvazione del modello di testimonianza scritta e delle relative istruzioni per la sua compilazione.

63) Non mi pare, invece, che per effetto dell'introduzione della nuova figura di testimonianza (cd. scritta) possa ritenersi definitivamente superata la problematica legata alla possibile valenza probatoria delle dichiarazioni scritte provenienti da terzi in quanto «non c'è più spazio per la pretesa di una parte di provare i fatti controversi con l'ausilio di una mera dichiarazione scritta di un terzo, che si riveli sostitutiva della prova testimoniale» (così, invece, CEA, *La testimonianza scritta*, cit., 136), posto che, sotto questo profilo, i termini dell'originario dibattito sul punto, e in via più generale sulla ammissibilità delle prove atipiche, pur modificandosi – nei termini segnalati nel testo – stante l'introduzione di una nuova ipotesi di prova testimoniale tipica, non divengono comunque tali da escludere la possibilità in radice di immaginare (anche) in questa sede differenti possibili modalità di assunzione del mezzo di prova, in quanto tali comunque atipiche (si pensi, per tutte, all'ipotesi - indicata poco oltre nel testo - della documentazione notarile di dichiarazioni testimoniali).

- 64)** Né deve trarre in inganno la natura di pubblico ufficiale del soggetto dinanzi al quale vengono rese determinate dichiarazioni da parte del terzo, in quanto, com'è noto, comunque sia l'atto pubblico non può certo far piena prova, fino a querela di falso, del contenuto delle dichiarazioni rese dalle parti dinanzi al notaio (cfr. per tutti, in dottrina, PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 425-426 il quale pone in rilievo, con riferimento alle dichiarazioni di scienza, come: «dire che l'atto pubblico copre solo l'estrinseco, e non l'intrinseco, delle dichiarazioni di scienza significa dire che l'efficacia di prova fino a querela di falso concerne solo il fatto che la dichiarazione di scienza sia stata resa»; e, in giurisprudenza, Cass. 12 maggio 2000, n. 6090 (in *Foro it.*, Rep., 2000, voce *Prova documentale*, n. 27) secondo la quale «l'efficacia probatoria privilegiata di un atto pubblico, a norma dell'art. 2700 c.c., concerne la provenienza del documento dal pubblico ufficiale che lo ha formato e i fatti che egli attesti essere avvenuti in sua presenza, ma non anche la veridicità ed esattezza delle dichiarazioni rese dalle parti, le quali, pertanto, possono essere contrastate ed accertate con tutti i mezzi di prova consentiti dalla legge, senza che all'uopo occorra o possa proporsi querela di falso»; nonché, più di recente, con riferimento ai giudizi valutativi eventualmente svolti dal notaio Cass. 27 aprile 2006, n. 9649 (in *Foro it.*, Rep. 2006, voce cit., n. 17) la quale pone in rilievo come «l'atto pubblico redatto dal notaio fa fede fino a querela di falso relativamente alla provenienza del documento dal pubblico ufficiale che l'ha formato, alle dichiarazioni al medesimo rese ed agli altri fatti dal medesimo compiuti, ma tale efficacia probatoria non si estende anche ai giudizi valutativi che lo stesso abbia eventualmente svolto, tra i quali va compreso quello relativo al possesso, da parte di uno dei contraenti, della capacità di intendere e di volere»).
- 65)** Ove le prove qualificate dalla dottrina italiana come atipiche sono normalmente ammesse nell'ambito della prova documentale o in quella per indizi o presunzioni (così TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 377; ma sul punto vedi anche COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 67 ss. ed ivi ulteriori riferimenti).
- 66)** Con riferimento al quale l'art. 189 c.p.p., rubricato «prove non disciplinate dalla legge», prevede espressamente la possibilità per il giudice, «quando è richiesta una prova non disciplinata dalla legge», di «assumerla se essa risulta idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti e non pregiudica la libertà morale della persona»; e che il giudice «provvede all'ammissione, sentite le parti sulle modalità di assunzione della prova». Cfr. per tutti sul punto RICCI, *Le prove atipiche*, cit., 74 ss.; COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 56 e 72 ss.; nonché, più ampiamente: LARONGA, *Le prove atipiche nel processo penale*, Padova, 2002. Per il processo amministrativo cfr. D'ANGELO, *Le prove atipiche nel processo amministrativo*, Napoli, 2008.
- 67)** Ed occorre tenere, dunque, nettamente distinto, a monte, il profilo della ammissibilità da quello della valutazione della prova (nella specie, atipica) (cfr. per tutti sul punto FERRARI, *La "prova migliore"*, Milano, 2004, 342 ss.).
- 68)** Cfr. per tutte Cass. 5 marzo 2010, n. 5440, in *Giur. it.*, 2010, 2589 ss.; con riferimento alle prove assunte in diverso processo Cass. 5 dicembre 2008, n. 28855, in *Lav. giur.*, 2009, 597 ss. con nota Vanz; nella giurisprudenza di merito Trib. Ivrea 14 maggio 2008, in *Foro pad.*, 2008, I, 255 ss.; App. Bari 15 aprile 2005, in *Foro it.*, 2005, I, 1905 ss.
- 69)** Per una critica alla teoria stessa delle prove atipiche, di cui «si può vantaggiosamente fare a meno», cfr. CAVALLONE, *Critica della teoria delle prove atipiche*, cit., 679 ss. E, in epoca più recente, per una posizione di chiusura CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, cit., 46 ss. secondo il quale l'ammissibilità delle prove atipiche contrasterebbe (anche) con «quanto stabilito dal legislatore costituzionale nell'art. 111 Cost. a proposito della riserva di legge posta a garanzia del giusto processo».
- 70)** Cfr. già nella più risalente dottrina CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, 1939, I, 746.; nonché in epoca più recente CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, I, Milano, 1962, 270. Per una critica, fra gli altri: RICCI, *Le prove atipiche*, cit., 95 ss.
- 71)** Così TARUFFO, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, cit., 393-394 secondo il quale «il carattere di atipicità dell'indizio non ha importanza soltanto all'interno della teoria delle presunzioni, ma, in quanto è evidentemente incompatibile con ogni vincolo del giudice a servirsi solo delle prove espressamente previste, ha rilievo anche a livello di teoria generale della prova nel senso di escludere ogni regola di tassatività che non risulti positivamente e specificamente enunciata». Diversamente PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 437 secondo il quale, «fare leva sulle presunzioni semplici non ha senso, poiché l'art. 2729 concerne non le modalità di acquisizione (né tanto meno le fonti di prova), ma solo l'attività logico deduttiva del giudice diretta a desumere l'esistenza del fatto principale ignoto da fatti secondari alla cui conoscenza si sia pervenuti attraverso fonti di prova legittimamente acquisite»; per cui, «fare leva sulle presunzioni semplici significherebbe per un verso annullare la distinzione tra fatti rappresentativi e fatti secondari, per altro verso, e questo è risultato inaccettabile alla stregua dei principi del nostro ordinamento, vanificare del tutto le norme in tema di ammissibilità e di assunzione delle prove contenute negli artt. 2699 ss. c.c. e 191 ss. c.p.c.» (ma per una critica alla suddetta impostazione cfr. altresì CHIARLONI, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, cit., 836; CAVALLONE, *Critica della teoria delle prove atipiche*, cit., 700 ss.; CARRATTA,

Prova e convincimento del giudice nel processo civile, cit., 55 ss.; FURNI, *La ricostruzione del fatto nel processo*, cit., 451 ss.).

- 72) Cfr. per tutti TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., spec. 382 nel rettificare espressamente la posizione espressa in precedenti scritti. Ma sull'inesistenza di un «principio di tipicità degli strumenti ricostruttivi utilizzabili» cfr. altresì FURNI, *La ricostruzione del fatto nel processo*, cit., 453.
- 73) Cfr. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., 208 ss.
- 74) Cfr. TARZIA, *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, cit., 640-641 secondo il quale le prove atipiche sostitutive di quelle costituende dovrebbero essere ritenute «del tutto inammissibili, e non già solo munite di minore efficacia probatoria», e detta conclusione dovrebbe trarsi, «non tanto da un principio di "tipicità" delle prove, contrapposto in termini assoluti al principio di ammissibilità delle prove atipiche, quanto dalla considerazione, proprio, della centralità della garanzia del contraddittorio nel nostro ordinamento processuale». Ma sul punto vedi anche, fra gli altri: CAVALLONE, *Critica della teoria delle prove atipiche*, cit., 697 ss.; RICCI, *Le prove atipiche*, cit., 459 ss.
- 75) Cfr. per tutti in tal senso BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile. II. Il processo ordinario*, cit., 181-182 secondo il quale «in entrambi i casi si tratterebbe di eludere le precise e rigorose formalità dettate per la prova testimoniale, cui il legislatore ha subordinato l'efficacia probatoria delle dichiarazioni rese da un terzo». Ma vedi anche PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 437 secondo il quale una apertura per le scritture contenenti dichiarazioni provenienti da terzi sarebbe «inammissibile pena la cancellazione delle modalità di acquisizione della prova testimoniale disposte dagli artt. 244 ss. e 692 ss.» ed una apertura per le scritture contenenti perizie private stragiudiziali sarebbe del pari «inammissibile, pena la cancellazione delle modalità di formazione della consulenza tecnica disposte dagli artt. 191 ss. e 696 ss.». Nella dottrina più risalente, con specifico riferimento all'ipotesi che ci occupa, cfr. ANDRIOLI, voce *Prova testimoniale*, cit., 340 secondo il quale «se la struttura della testimonianza si risolve nella esposizione di fatti, che un terzo svolge avanti il giudice nel contraddittorio delle parti, non può, all'infuori dei casi previsti dalla legge (v., ad es., art. 100 c.c.; art. 1, n. 2, della Legge notarile), riconoscersi la stessa efficacia della testimonianza alle deposizioni stragiudiziali, rese avanti un notaio, di cui le parti sogliono far uso non tanto perché il giudice le ponga a base della decisione, quanto perché il giudice se ne giovi nel preliminare giudizio di rilevanza di altra prova, che la parte medesima si fa a chiedere. La prima finalità non può essere raggiunta: la presenza del notaio non equivale a quella del giudice e, soprattutto, non è assicurato alla controparte il complesso delle garanzie, descritte negli artt. 244 a 257 c.p.c. Meno semplice è la risoluzione del secondo quesito, il quale scaturisce dall'inclinazione delle parti a scambiarsi i due momenti della prova, sostanzialmente distinti, della pratica possibilità di fornire la prova dell'assunto e della utilità della prova, pur conseguita, di modo che la possibilità, a favore della quale militano le deposizioni stragiudiziali già raccolte, viene utilizzata per influire sul convincimento del giudice a proposito della prova stessa. I vantaggi, che la parte intende conseguire attraverso questo scambio, sono evidenti specie nel campo della prova testimoniale; si aspira ad evitare il giudizio preliminare di rilevanza e a comprimere sotto il fardello del fatto compiuto della deposizione resa avanti il giudice, il successivo apprezzamento di rilevanza. Stante la indiscutibile diversità dei due momenti della prova, è da ritenere inibita al giudice l'utilizzazione delle deposizioni stragiudiziali anche al più limitato fine di valutare la pertinenza della prova».
- 76) Cfr. per tutti in tal senso BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile. II. Il processo ordinario*, cit., 182 secondo il quale «per quest'aspetto, sebbene manchi una disposizione *ad hoc*, non v'è ragione perché non debba trovare applicazione anche nel processo civile il principio di assoluta *inutilizzabilità* della prova enunciato dall'art. 191 c.p.p.». Ma vedi anche PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 437 secondo il quale anche in caso di mezzi di prova assunti illegittimamente «la risposta deve essere rigidamente negativa poiché, essendo le prove funzionali alla formazione del convincimento del giudice e non solo all'esercizio equilibrato di poteri delle parti nel processo, le violazioni in tema di ammissibilità o di assunzione non sono (*rectius*: non dovrebbero essere) sanabili ex art. 157».
- 77) Cfr. da ultimo Cass., S.U., 23 giugno 2010, n. 15169 (in *Corr. giur.* 2011, 201 con nota Vanzetti e in *Riv. dir. proc.* 2011, 968 con nota Finocchiaro) secondo la quale «le scritture private provenienti da terzi estranei alla lite possono essere liberamente contestate dalle parti, non applicandosi alle stesse né la disciplina sostanziale di cui all'art. 2702 c.c., né quella processuale di cui all'art. 214 c.p.c., atteso che esse costituiscono prove atipiche il cui valore probatorio è meramente indiziario, e che possono, quindi, contribuire a fondare il convincimento del giudice unitamente agli altri dati probatori acquisiti al processo; nell'ambito delle scritture private deve, peraltro, riservarsi diverso trattamento a quelle la cui natura conferisce loro una incidenza sostanziale e processuale intrinsecamente elevata, tale da richiedere la querela di falso onde contestarne l'autenticità».
- 78) Cfr. per tutti PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 437 secondo il quale una simile apertura sarebbe «inammissibile pena la cancellazione delle modalità di acquisizione della prova testimoniale disposte dagli artt. 244 ss. e 692 ss.». In via più generale per un esame di tale problematica, nonché per ulteriori

- riferimenti, cfr. per tutti: RICCI, *Le prove atipiche*, cit., 229 ss.; RONCO, *Riflessioni sulla disciplina processuale e sull'efficacia probatoria delle scritture provenienti da terzi*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, II, 545 ss.
- 79)** Cfr. per tutte in tal senso Cass. 26 settembre 2000, n. 12763, in *Giur. it.*, 2001, 1378 ed ivi ulteriori riferimenti. Più di recente, peraltro, la S.C. ha avuto modo di affermare non solo che «le dichiarazioni rese da terzi al di fuori del processo possono assumere valore di meri indizi, comunque utilizzabili dal giudice di merito», ma anche che «l'esistenza di dichiarazioni rese da terzi al di fuori del processo non può prevalere sulla richiesta di espletamento della prova testimoniale, a meno che il giudice del merito non fornisca adeguata giustificazione della non necessità dell'acquisizione» (così Cass. 21 maggio 2007, n. 11746 in *Rep. Foro it.*, voce *Prova civile in genere*, nn. 10 e 32). Diversamente Trib. Napoli 23 luglio 2003 (in *Rep. Foro it.*, voce *Prova civile in genere*, n. 83) secondo cui, «premesso che la prova assunta o comunque acquisita al processo in violazione della vigente normativa costituisce "prova illegale" insanabilmente viziata che non può essere posta a fondamento della decisione del giudice, nessuna efficacia probatoria può essere attribuita agli *affidavit* perché le dichiarazioni di scienza da parte di terzi possono essere acquisite al processo unicamente nel rispetto delle modalità descritte dagli art. 244 seg. c.p.c. e quindi con dichiarazioni rese oralmente in udienza a mezzo di prova testimoniale».
- 80)** Cfr. BESSO, *Prova dei fatti e dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 602 ss. In via più generale sull'efficacia probatoria di processi verbali dei pubblici ufficiali (es. della polizia, vigili urbani, ispettori dell'I.N.P.S., funzionari dell'ispettorato del lavoro, ecc.), di certificazioni amministrative (certificati delle camere di commercio, certificati medici rilasciati da pubblici ufficiali, ecc.) e di atti di notorietà (cui sono equiparate le dichiarazioni sostitutive) cfr. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., 236 ss. e 434 ss.; nonché da ultimo LOMBARDO, *Profili delle prove civili atipiche*, cit., 1453 ss.
- 81)** Cfr. per tutte Cass. 4 ottobre 2005, n. 19354 (in *Dir. e giust.*, 2005, fasc. 46, 21 con nota Di Marzio e *Fam. pers. e succ.*, 2008, 587 con nota Fantetti) secondo la quale «alla dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà posta in essere da un terzo estraneo alla lite deve attribuirsi la stessa rilevanza assegnata alla scrittura proveniente da un terzo, onde tale dichiarazione, non configurandosi come prova tipica, non riveste la piena efficacia delle prove documentali e può costituire semplicemente un indizio suscettibile di integrare il fondamento della decisione in concorso con altre risultanze istruttorie delle quali occorre valutare la rilevanza, restando così rimessa al prudente apprezzamento del giudice del merito, insindacabile in sede di legittimità se adeguatamente motivato»; nonché, nella giurisprudenza più risalente, Cass. 20 luglio 1998, n. 7107 (in *Foro it.*, 1999, I, 3350 con nota E. Fabiani, *Orientamenti giurisprudenziali sull'efficacia probatoria della dichiarazione sostitutiva di atto notorio* cui si rinvia anche per un esame della più risalente giurisprudenza in materia) secondo la quale «sia l'atto notorio sia, soprattutto, la dichiarazione sostitutiva del medesimo, resa a norma dell'art. 4 l. 15/68, non costituiscono fonti legali di prova, ma debbono essere considerati alla stregua di documenti il cui contenuto può essere liberamente valutato dal giudice; tale libera valutazione deve essere in concreto ammessa (e non negata *a priori*) in quei casi particolari nei quali la dichiarazione sostitutiva è resa non già da una delle parti, ma da un soggetto estraneo al processo che attesta un fatto rilevante ai fini della decisione». Diversamente, con riferimento alla dichiarazione sostitutiva proveniente (non da un terzo ma) dalla parte le S.U., con sentenza del 14 ottobre 1998, n. 10153 (in *Foro it.*, 1999, I, 3350) hanno affermato il principio, per lo più recepito dalla più recente giurisprudenza in materia (cfr. Cass. 28 aprile 2010, n. 10191, in *Foro it.*, Rep. 2010, voce *Prova civile in genere*, n. 53; 11 febbraio 2008, n. 3257, *id.*, Rep. 2009, voce *Agricoltura*, n. 40; 15 dicembre 2006, n. 26937, *id.*, Rep. 2007, voce *Prova civile in genere*, n. 40; 10 marzo 2006, n. 5321, *id.*, Rep. 2006, voce *Previdenza sociale*, n. 450; 30 gennaio 2006, n. 1849, in *Giust. civ.*, 2007, I, 706; 16 aprile 2004, n. 7299, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Prova civile in genere*, n. 64; 28 gennaio 2004, n. 1562, in *Giust. civ.*, 2005, I, 220), secondo il quale: «in difetto di diversa specifica previsione di legge, nessun valore probatorio, neppure indiziario, può essere attribuito, nel giudizio civile caratterizzato dal principio dell'onere della prova, alla dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, qualora costituisca l'unico elemento esibito nel giudizio civile al fine di provare un elemento costitutivo dell'azione o dell'eccezione».
- 82)** Per un esame dei vari orientamenti in materia cfr. per tutti: TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 387 ss.; RICCI, *Le prove atipiche*, cit. 307 ss.
- 83)** Cfr. VERDE, voce *Prova (Teoria generale e diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 606 secondo il quale le prove atipiche non sarebbero «altro, oggi, che indizi i quali, per ragioni di frequenza statistica, tendono ad acquistare una propria caratterizzazione o, se si vuole, una forma atipica»; TARUFFO, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, cit., 395 ss. secondo il quale «la regolamentazione analitica e spesso assai rigorosa di alcune prove, presente nel diritto positivo, non rileva nel senso di dimostrare l'inammissibilità delle prove atipiche, ma può costituire una ragione per ritenere che il legislatore, nell'ammetterle (o meglio, nel non escluderle espressamente), non abbia inteso equipararle alle prove vere e proprie, bensì sottoporle al regime che l'art. 2729 c.c. prevede per la valutazione degli indizi».

- 84) Cfr. MONTESANO, *Le "prove atipiche" nelle "presunzioni" e negli "argomenti" del giudice civile*, cit., 233 ss. nel ritenere, a monte, che gli argomenti di prova «non sono propriamente prove, ma strumenti logico-critici per valutare le prove "tipiche" né possono mai costituire di per sé una compiuta e sufficiente catena di anelli presuntivi, ma solo concorrere, in un ragionamento presuntivo, con altri elementi, tratti ... dai risultati delle prove "tipiche" o da fatti notori o pacifici».
- 85) Così LOMBARDO, *Profili delle prove civili atipiche*, cit., 1464-1465; ma v. anche TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., spec. 391 secondo il quale «non vi sono esigenze che impongano di formulare limiti all'efficacia probatoria delle prove atipiche. Non vi è nulla di strano a rimettere la determinazione di tale efficacia al "prudente apprezzamento" discrezionale del giudice. Così, a seconda dell'attendibilità della fonte atipica di prova, e delle inferenze che da esse possano trarsi con riferimento al fatto, potrà accadere che si tratti di una prova con un grado di efficacia bassissima, ma potrà anche accadere che tale grado sia assai elevato, e quindi la prova atipica sia da sola più che sufficiente a fondare l'accertamento del fatto. La scelta tra le due ipotesi estreme, o per qualunque ipotesi intermedia, dovrebbe avvenire secondo gli stessi criteri razionali di analisi e valutazione della prova che si applicano in qualunque situazione».
- 86) E cioè «in mancanza di altre prove e in mancanza di elementi che la contrastino»: così VERDE, *Prove nuove*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 51 (nonché, adesivamente, LOMBARDO, *Profili delle prove civili atipiche*, cit., 1465) secondo il quale si tratterebbe, dunque, di una prova che il giudice potrebbe porre a base del suo convincimento «a condizione che i dati forniti siano univoci e non siano in contrasto con quelli emergenti dalle prove raccolte nel processo e in contraddittorio delle parti». Quanto, più specificamente, ai «documenti redatti da pubblico ufficiale fuori dalla sua competenza di certificatore», pur non potendo avere «efficacia pienprobante», non sarebbero privi di efficacia probatoria, potendo il giudice «correttamente farne oggetto di libera valutazione al fine della formazione del suo convincimento». Quanto all'atto notorio, la partecipazione all'atto del pubblico ufficiale «non potenzia il valore probatorio della dichiarazione», che «resta dichiarazione di un soggetto estraneo al processo che dovrà essere valutata di per sé e indipendentemente dal fatto che sia stata raccolta nell'atto».
- 87) Stante, infatti, «l'estraneità del termine indizio rispetto al lessico probatorio del processo civile» (così TARUFFO, *Le prove*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1995, 1480; ma vedi anche RICCI, *Le prove atipiche*, cit., 179), parlare genericamente di valore indiziario o di "indizio" nulla significa sul piano strettamente processualciviltistico (cfr. più ampiamente sul punto E. FABIANI, *Le ammissioni del difensore nella giurisprudenza della Cassazione*, in *Foro it.*, 1997, I, 3265-3266 ove ponevo, più in particolare in rilievo, come, «conseguentemente, inevitabile è uno stato di confusione ed equivocità in punto di individuazione di cosa debba intendersi per "indizio", principalmente sotto il profilo dell'efficacia probatoria da riconoscere allo stesso; sembra, infatti, che tale termine sia utilizzato: il più delle volte, per indicare un elemento di prova incompleto e sussidiario, idoneo, cioè, "da solo" a fondare il convincimento del giudice ed idoneo, al contrario, solo a fungere da mero strumento – concorrente – di valutazione degli altri mezzi di prova in senso tecnico, altre volte, invece, per indicare un qualcosa che – in quanto tale o *sub specie* di argomento di prova, inteso come elemento idoneo anche a sorreggere "da solo" il convincimento del giudice, o *sub specie* di fonte di presunzione semplice – sia dotato di maggiore efficacia probatoria».
- 88) Su cui cfr. nella più recente dottrina, anche per ulteriori riferimenti: CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, cit., 57 ss.; RUFFINI, «Argomenti di prova» e «fondamento della decisione» del giudice civile, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, 1329 ss.; SCALAMOGNA, *L'efficacia probatoria degli argomenti di prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1161 ss.; TARUFFO (a cura di), *La prova nel processo civile*, cit., 1120 ss.
- 89) Così PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 645. In giurisprudenza, da ultimo, cfr.: Trib. Bologna 30 agosto 2007 (in *Giur. dir. ind.*, 2008, 549) secondo il quale «in un procedimento cautelare per atti di concorrenza sleale il giudice può utilizzare direttamente le dichiarazioni rese da terzi per iscritto alle parti, senza alcun obbligo di disporre l'audizione dei rispettivi firmatari, poiché in questa fase è ammissibile acquisire da parte del giudice ogni prova atipica che appaia coerente con i presupposti e con il tipo di provvedimento richiesto»; Trib. Firenze 27 novembre 2006 (in *Giur. dir. ind.*, 2007, 521) secondo la quale «nel procedimento cautelare a tutela di un brevetto per invenzione possono assumere rilievo anche prove documentali c.d. atipiche, categoria che ricomprende tutti gli atti che - seppure non rientranti nelle figure tipizzate dal codice civile - possono costituire il fondamento della decisione del giudice; tra esse vanno annoverate: le dichiarazioni di terzo a contenuto testimoniale, le perizie stragiudiziali, le risultanze probatorie di altri procedimenti e i precedenti giudiziari, italiani e stranieri che hanno interessato lo stesso brevetto».
- 90) Cfr. con riferimento al procedimento d'ingiunzione PROTO PISANI, *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982, 322 nt. 24 e con riferimento al procedimento cautelare CONSOLO, *Il nuovo processo cautelare. Problemi e casi*, Torino, 1998, 19 secondo il quale «sui fatti insuscettibili di appagante istruzione andrebbe introdotta, ai precisi fini della decisione cautelare, anche la possibilità della testimonianza giurata della parte ricorrente (a parte ogni giudizio sulla sua proficuità nel giudizio di merito) e, più in generale, sistemi di produzione – od

- anche di richiesta giudiziale – di dichiarazioni scritte solenni e debitamente responsabilizzate (insomma *affidavits*), come anche da noi non di rado (e *pour cause*) è iniziato ad avvenire almeno nei processi cautelari di diritto marittimo». Nonché adesivamente BESSO, *Prova dei fatti e dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà*, cit., 612-613 secondo la quale detto suggerimento sarebbe «praticabile già *de iure condito*» ricorrendo all'istituto, già presente nel nostro ordinamento, della dichiarazione sostitutiva di atto notorio, «che presenta forti affinità ed è in grado di svolgere una funzione analoga a quella svolta dall'*affidavit*», facendo leva in particolare, al suddetto fine, sulla ritenuta sussistenza di una competenza del (solo) notaio (e non anche degli altri pubblici ufficiali indicati dalla legge) «generale e non limitata ai casi espressamente previsti dalla legge» anche con riferimento, per l'appunto, alla dichiarazione sostitutiva di atto notorio (e non solo con riferimento agli atti di notorietà in materia civile e commerciale di cui all'art. 1 l. not.). In via più generale, in una prospettiva *de iure condendo*, sulla possibilità di predisporre percorsi processuali differenziati (anche) dal punto di vista degli strumenti probatori utilizzabili DONDI-ANSANELLI, *Diritto delle prove e discrasie nella recente riforma italiana del processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, 621 ss.
- 91) Per intendersi, dunque, il notaio dovrà limitarsi a ricevere la dichiarazione resa dal terzo in ordine a determinati “fatti”, e non “interrogare” il “teste” con riferimento a determinati “capitoli di prova” così come farebbe il giudice.
- 92) La cui peculiarità risiederebbe, per l'appunto, nell'essere assunta dinanzi al notaio delegato dal giudice anziché dinanzi a quest'ultimo.
- 93) Sul cui concetto cfr.: BORRE', *Incanti immobiliari e delega ai notai* in AA.VV., *Delegabilità ai notai delle operazioni di incanto nelle espropriazioni immobiliari. Normativa vigente e prospettive di riforma*. Atti del Convegno di Roma del 22-23 maggio 1993, Milano, 1994, spec. 69, 71 e 77-78; RAITI, *La delega ai notai nelle esecuzioni immobiliari: un esempio di giurisdizione aperta*, in *Notariato*, 1998, 305; nonché, più ampiamente, da ultimo E. FABIANI, *La delega delle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata immobiliare*, Padova, 2007, 139 ss. spec. 152-153.
- 94) Per un complessivo esame delle ipotesi con riferimento alle quali si potrebbe far ricorso al notaio in una prospettiva di risanamento della giustizia civile cfr. per tutti PROTO PISANI, *Possibile contributo del notariato al risanamento della giustizia civile* in AA.VV., *Attualità e prospettive di un contributo del Notariato alla Giustizia civile*. XXXVII Congresso Nazionale del notariato. Catania 20-23 ottobre 1999, Roma, 1999, 23 ss.; nonché più di recente, con più specifico riferimento alla prospettiva tendente a ricorrere (anche) alla figura del notaio per la formazione di un titolo esecutivo in via stragiudiziale, ID., *Per un nuovo titolo esecutivo di formazione stragiudiziale*, in *Foro it.*, 2003, V, 117 ss.
- 95) Che in realtà, come vedremo meglio più avanti, sono ben suscettibili di ulteriori sottodistinzioni.
- 96) Sulla non univocità di questa nozione cfr. per tutti P. COMOGLIO in COMOGLIO-DELLA VEDOVA-LOMBARDI-MOSCATELLI, *La nuova prova testimoniale: testimonianza scritta, decadenza dalla prova testimoniale, accompagnamento coattivo del teste*, cit., 5 ss.
- 97) Su cui cfr. BESSO, *La prova prima del processo*, cit., 119 ss. e 195 secondo la quale questo «è sicuramente il modello in astratto preferibile» ma «appare ... in concreto improponibile, a causa dei suoi alti costi, in una prospettiva di riforma del nostro processo civile. Lo dimostra l'esperienza inglese: nel momento in cui si è deciso di anticipare la raccolta della dichiarazione del testimone rispetto al *trial*, la strada scelta non è stata quella della *deposition*, ma quella del *written statement*».
- 98) Su cui cfr. BESSO, *La prova prima del processo*, cit., 95 ss. e 195-196 la quale pone in rilievo come detto modello, caratterizzato dal fatto che «la *schriftliche Beantwortung* alle *Beweisfragen* ... può si essere precostituita rispetto al processo, ma di regola costituisce la risposta a quesiti appositamente formulati dal giudice», presenta il vantaggio «che il giudice ha già valutato e l'ammissibilità della testimonianza e la rilevanza dei temi di prova dedotti dalle parti, con la conseguenza che si evita la produzione in giudizio di testimonianze scritte inammissibili o inutili».
- 99) Ove la dichiarazione del terzo, pur potendo essere ordinata d'ufficio dal giudice (il quale nell'ordinarla ben può anche indicare i fatti che devono essere fatti oggetto della *attestation*), «in genere viene prodotta dalle parti o dallo stesso terzo, il che significa che di regola essa è redatta prima del processo e che la dichiarazione viene resa dal terzo liberamente senza alcun controllo da parte del giudice» (così BESSO, *La prova prima del processo*, cit., 195-196 secondo la quale detto modello, nel consentire che la testimonianza scritta possa essere posta in essere prima del processo, presenta il vantaggio di poter «svolgere una funzione di chiarimento delle prospettive di successo relative al futuro giudizio e quindi talora evitare l'instaurazione del processo di cognizione»; ma in via più generale su tale modello vedi anche ID., *La prova prima del processo*, cit., 80 ss.).
- 100) Su cui cfr. BESSO, *La prova prima del processo*, cit., 114 ss.
- 101) Su cui cfr. DE VITA, voce *Affidavit*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., I, Torino, 1987, 167 ss.; VARANO, voce *Affidavit*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988, 1 ss.; LEFEBVRE D'OVIDIO, voce *Affidavit*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 669 ss.; BERLONI, *Affidavit come modalità alternativa di assunzione della prova testimoniale – L'esperienza*

nordamericana, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, 1267 ss.; ASPRELLA, *La testimonianza scritta e il tramonto dell'oralità*, cit., 863 ss.

- 102)** Cfr. su queste varie possibili "forme" della testimonianza scritta, prendendo spunto dai modelli esistenti in altri ordinamenti, BESSO, *La prova prima del processo*, cit., 196-197.
- 103)** Su cui cfr. per tutti, anche per ulteriori riferimenti, LEO-LOMONACO, *Rilevanza penale della dichiarazione "prima casa" mendace*, in CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Studi e materiali*, n. 2/2002, 555 ss.
- 104)** In forza di quanto disposto dall'art. 372 del codice penale («Falsa testimonianza»), «chiunque, deponendo come testimone innanzi all'Autorità giudiziaria, afferma il falso o nega il vero, ovvero tace, in tutto o in parte, ciò che sa intorno ai fatti sui quali è interrogato, è punito con la reclusione da due a sei anni».
- 105)** Con riferimento alle quali, ai sensi di quanto previsto dall'art. 374-bis c.p.: «salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito con la reclusione da uno a cinque anni chiunque dichiara o attesta falsamente in certificati o atti destinati a essere prodotti all'autorità giudiziaria condizioni, qualità personali, trattamenti terapeutici, rapporti di lavoro in essere o da instaurare, relativi all'imputato, al condannato o alla persona sottoposta a procedimento di prevenzione.
Si applica la pena della reclusione da due a sei anni se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale, da un incaricato di un pubblico servizio o da un esercente la professione sanitaria».
- 106)** Anche in tal caso, infatti, come per gli altri inconvenienti legati alle lungaggini del processo civile non sarebbero sufficienti riforme "a costo zero" (cfr. sul punto PROTO PISANI, *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2009, V, 221 ss.), come è ormai costume del nostro legislatore, ed è francamente utopistico immaginare che si possa assistere, quanto meno a breve, ad una inversione di tendenza, se non altro in ragione dell'attuale congiuntura economica non favorevole (anche) per il nostro Paese.
- 107)** Su cui cfr. fra gli altri BALENA in BALENA-CAPONI-CHIZZINI-MENCHINI, *La riforma della giustizia civile*, cit., 78 secondo il quale «il riconoscimento positivo di questa prassi sarebbe stato un passo assai più cauto e saggio rispetto a quello attuato col nuovo art. 257-bis, poiché avrebbe conciliato perfettamente l'esigenza di alleviare il compito del magistrato con quella, non meno essenziale, di assicurare alle parti l'esame diretto del teste in contraddittorio. Con l'occasione, inoltre, si sarebbe potuto prevedere, ad es., la possibilità di dar corso all'interrogatorio dei testimoni anche al di fuori dell'udienza, purché ne fosse assicurata la documentazione tramite una registrazione audio-video».
- 108)** In ragione dei tempi medi di un processo civile e delle esigenze latamente organizzative dei singoli uffici giudiziari non è infatti affatto raro che le controversie originariamente assegnate ad un determinato giudice finiscano per essere decise, per una pluralità di motivi, da un altro giudice.
- 109)** Maggiori reazioni e perplessità, tanto sotto il profilo della opportunità quanto sotto quello della legittimità (sia rispetto a principi quali quelli della immediatezza ed oralità, sia rispetto a principi di rango costituzionale – art. 24, comma 2, cost. -) aveva suscitato, infatti, l'introduzione di una figura analoga seppur (non via in via generalizzata ma) nei circoscritti confini dell'arbitrato, tanto che non erano mancate prese di posizione che, anche al fine di salvaguardarne la conformità al dettato costituzionale, avevano negato l'equiparabilità, sul piano dell'efficacia probatoria, alla testimonianza tradizionalmente assunta nel contraddittorio delle parti (cfr. per tutti nel senso di assegnarle il valore di argomento di prova RICCI, *Le prove atipiche*, cit., 449 ss.; nel senso, invece, di qualificarla come prova atipica CARPI, *Il procedimento nell'arbitrato riformato*, in *Riv. arb.*, 1994, 659 ss.; CECHELLA, *Disciplina del processo nell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1995, 225 ss.; *contra* AULETTA in VERDE (a cura di), *Diritto dell'arbitrato rituale*, Torino, 1997, 183 ss.).
- 110)** Cfr. fra gli altri sul punto ASPRELLA, *La testimonianza scritta e il tramonto dell'oralità*, cit., 849.
- 111)** Su cui cfr. CHIOVENDA, *L'oralità e la prova*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1924, I, 5 ss.; CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, I, cit., 15 ss.; ID., *Valore attuale del principio di oralità*, in *Processo e ideologie*, Bologna, 1969, 99 ss.; DENTI, voce *Oralità (principio dell'oralità – diritto processuale civile)*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, 1 ss.
- 112)** Ai sensi di quanto previsto dall'art. 204 c.p.c., recante "rogatorie alle autorità estere e ai consoli italiani", «le rogatorie dei giudici italiani alle autorità estere per l'esecuzione di provvedimenti istruttori sono trasmesse per via diplomatica» e «quando la rogatoria riguarda cittadini italiani residenti all'estero, il giudice istruttore delega il console competente, che provvede a norma della legge consolare» (d.p.r. n. 200/1967). Ma, l'assunzione della prova all'estero, per rogatoria, trova una sua più specifica disciplina, al di là della previsione di carattere generale di cui all'art. 204 c.p.c., nella Convenzione dell'Aja del 18 marzo 1970 (ratificata dall'Italia con l. n. 745/1980) ed ancor più di recente, all'interno dell'Unione Europea, nel regolamento (CE) n. 1206/2001 del Consiglio.
In forza della disciplina convenzionale (art. 2), ciascuno Stato contraente provvede alla designazione di una "Autorità centrale" cui è attribuito il compito di ricevere le richieste di rogatoria provenienti dall'autorità giudiziaria di un altro Stato contraente e di trasmetterle all'autorità interna competente a darvi esecuzione.

- In forza del regolamento comunitario, è possibile procedere alla trasmissione diretta di richieste di assunzione di prove tra autorità giudiziarie di diversi Stati membri, nonché, in talune ipotesi (rappresentate, in particolare, dalla possibilità di procedervi su base volontaria, senza necessità di misure coercitive), anche all'assunzione diretta della prova all'estero da parte dell'autorità giudiziaria richiedente.
- 113)** Posto che, in queste ipotesi, il collegio (per 2/3) non giudica sulla base di una prova che ha direttamente assunto, in ossequio al principio di oralità, ma bensì sulla base del processo verbale relativo all'assunzione della prova testimoniale da parte del giudice istruttore (cfr. per tutti in tal senso CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, I, Milano, 1962, 152; ma sul punto vedi anche ANDRIOLI, *Dell'istruzione probatoria*, in *Riv. dir. proc.*, 1942, I, 173).
- 114)** E' quanto prevede, in particolare, l'art. 702-*quater* c.p.c. con riferimento all'appello di cui al procedimento sommario di cognizione.
- 115)** La rinnovazione dell'assunzione della prova testimoniale, per tale ipotesi, risulta, infatti, relegata nei circoscritti confini della pura teoria.
- 116)** Cfr. per tutti sul punto CHIARLONI, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, cit., 857 s.
- 117)** Cfr. per tutti sul punto CIPRIANI, *I problemi del processo di cognizione tra passato e presente*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 39 ss. spec. 64 secondo il quale «se il Novecento è stato il secolo dell'oralità, tutto lascia presagire che il Duemila sarà il secolo dei computer e del processo telematico». Ma sul punto vedi anche PICARDI, *Riflessioni critiche in tema di oralità e scrittura*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1973, 1 ss. Diversamente DENTI, *Oralità*, cit., 1 ss.
- 118)** Sulle modalità "processuali" attraverso cui può concretamente conseguirsi detto risultato vedi oltre *sub. par.* 5.6.
- 119)** Particolarmente significativa mi pare a tal proposito la profonda modificazione subita in Germania nel 1990 (con il *Rechtspflege-Vereinfachungsgesetz*) dall'istituto dell'assunzione preventiva della prova, quale espressione del ricorso alla prova prima del processo intesa proprio quale possibile strumento (alternativo di soluzione delle controversie) idoneo a deflazionare il contenzioso (cfr. per tutti sul punto, anche per ulteriori riferimenti, BESSO, *La prova prima del processo*, cit., spec. 103).
- 120)** Così BESSO, *La prova prima del processo*, cit., 193.
- 121)** Così M. VASETTI, voce *Giurisdizione speciale*, in *Noviss. Dig. it.*, VII, Torino, 1961, 1081.
- 122)** Così G. SERVELLO, voce *Giurisdizioni speciali e sezioni specializzate*, in *Enc. giur.*, XV, 1989, 3.
- 123)** Così M. VASETTI, voce *Giurisdizione speciale*, cit., 1087.
- 124)** Cfr. più ampiamente sul punto E. FABIANI, *La delega delle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata immobiliare*, cit., 157 ss.; ma vedi anche ID., voce *Delega delle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata immobiliare*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., Agg., Torino, 2010, 507-508.
- 125)** Se del caso *sub specie* di peculiare ipotesi di «delegazione di giurisdizione» (su cui cfr. per tutti, anche per ulteriori riferimenti, E. FABIANI, *La delega delle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata immobiliare*, cit., spec. 147-148; nonché ID., voce *Delega delle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata immobiliare*, cit., 503).
- 126)** Occorrerebbe in particolare sciogliere, sotto questo profilo, il nodo legato alla risoluzione degli incidenti relativi alla prova. Nel senso che si potrebbe adottare, anche in tal caso, una soluzione analoga a quella prevista per la delega ad altro giudice dall'art. 205 c.p.c. (in forza del quale «il giudice che procede all'assunzione dei mezzi di prova, anche se delegato a norma dell'art. 203, pronuncia con ordinanza su tutte le questioni che sorgono nel corso della stessa») ovvero una differente soluzione tendente a riservare maggiori poteri in capo al giudice delegante.
- 127)** Cfr. per tutti sul punto, anche per ulteriori riferimenti: E. FABIANI, *La delega delle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata immobiliare*, cit., 5 ss.; ID., voce *Delega delle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata immobiliare*, cit., 458 ss.; nonché, nella dottrina più risalente, in via più generale sulle attività che il notaio, ormai da epoca remota, può essere chiamato a compiere per espressa delegazione dell'Autorità giudiziaria DONÀ, *Notariato e archivi notarili*, cit., 1094.
- 128)** Cfr. per tutti sul punto, anche per ulteriori riferimenti: E. FABIANI, *La delega delle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata immobiliare*, cit., 129 ss.; ID., voce *Delega delle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata immobiliare*, cit., 500 ss.
- 129)** Ai sensi di quanto disposto, infatti, dall'art. 203 c.p.c. «se i mezzi di prova debbono assumersi fuori della circoscrizione del tribunale, il giudice istruttore delega a procedervi il giudice istruttore del luogo, salvo che le parti richiedano concordemente e il presidente del tribunale consenta che vi si trasferisca il giudice stesso. Nell'ordinanza di delega, il giudice delegante fissa il termine entro il quale la prova deve assumersi e l'udienza di comparizione delle parti per la prosecuzione del giudizio.

Il giudice delegato, su istanza della parte interessata, procede all'assunzione del mezzo di prova e d'ufficio ne rimette il processo verbale al giudice delegante prima dell'udienza fissata per la prosecuzione del giudizio, anche se l'assunzione non è esaurita.

Le parti possono rivolgere al giudice delegante, direttamente o a mezzo del giudice delegato, istanza per la proroga del termine».

- 130)** L'oralità costituirebbe in particolare, quanto meno secondo la tradizionale impostazione chiovendiana, «la condizione indispensabile per l'attuazione del principio della *libera convinzione del giudice* in opposizione al sistema della prova legale» ed il «valore dell'oralità, appunto perché deriva dal rapporto fra le forme del procedimento e la prova, è più o meno sensibile, secondo che in una lite sia o no necessaria la prova, e secondo la natura del mezzo di prova» (cfr. CHIOVENDA, *L'oralità e la prova*, cit., spec. 16).
- 131)** Cfr. per tutti sul punto DITTRICH, *La ricerca della verità nel processo civile: profili evolutivi in tema di prova testimoniale, consulenza tecnica e fatto notorio*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 108 ss. spec. 115 secondo il quale «desta sorpresa che un sistema » quale quello attuale di assunzione della prova orale, incentrato sulla verbalizzazione, «possa ancora sopravvivere in un periodo storico nel quale sofisticati sistemi di videoregistrazione sono ormai incorporati anche nei più economici *computer*, d'altro canto, basta spostarsi in Spagna per constatare come ivi le udienze sono sempre videoregistrate e che la registrazione così effettuata sostituisce integralmente la verbalizzazione»; ma, al contempo, «sarebbe ingenuo pensare che un siffatto, arcaico, sistema di assunzione della prova orale abbia potuto sopravvivere, sostanzialmente immutato, sino ai giorni nostri senza uno specifico motivo. La realtà è che questo sistema può funzionare con costi, diretti e indiretti, ridottissimi; seguendo una ineludibile legge economica, anche i relativi risultati non possono che essere modesti».
- 132)** Cfr. CAVALLONE, *Forme del procedimento e funzione della prova (ottant'anni dopo Chiovenda)*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 432 il quale, nell'occuparsi del «fenomeno dell'allontanamento del giudice dalla prova, che in misura crescente caratterizza i processi civili dei nostri giorni», distingue l'ipotesi delle «prove lontane ... che si sono formate, oltre che altrove, anche ad altri fini o in funzione di altri giudizi (ad es. quelle raccolte in un processo penale), e sono importate nel giudizio *ad quem* in forma documentale, come "prove atipiche"», dall'ipotesi delle prove lontane che «invece si sono formate in funzione di *questo* specifico giudizio di merito (come le prove assunte in via preventiva), ovvero nel contesto di esso ma non presenza e sotto il controllo diretto del giudice del fatto (come sostanzialmente tutte le prove costituenti in un processo "scritto" in senso chiovendiano)»; e ritiene che, «in questa seconda serie di ipotesi, la legge processuale potrà e dovrà dettare modalità rigorose di formazione della prova nel rispetto del contraddittorio ... ma dovrà anche e soprattutto fare sì che la prova destinata ad essere conosciuta dal giudice solo "traverso i verbali" gli arrivi in condizioni di accettabile integrità e "freschezza". Risultato, questo, che non è certo garantito dagli illeggibili ed inverosimili verbali manoscritti delle nostre cause civili, obbrobrio che nessuna esigenza di economia può giustificare. Ma se si pensa alle varie più evolute forme di registrazione e conservazione della prova già sperimentate anche da noi nel processo penale e nella prassi dei procedimenti arbitrali (stenotipia, registrazione magnetica, fonoscrittura, etc.), non è detto che non possano derivarne per il "prudente apprezzamento" del giudice del fatto risultati anche migliori di quelli della teatrale immediatezza chiovendiana».
- 133)** Significativa sul punto l'articolazione tipologica dei verbali di constatazione (*actas*) di cui al diritto spagnolo, ove si distinguono, in particolare: verbali di presenza, verbali di riferimento, verbali di notificazione e richiesta, verbali di deposito in atti, atti notori e (come categoria residuale) altri verbali (quali i verbali di consegna di documenti per posta), i verbali di esibizione di cose e documenti, i verbali d'asta) (cfr. per tutti sul punto, da ultimo E. TARRAGÓN ALBELLA, *I verbali di constatazione prezioso mezzo di prova e non illeciti disciplinari in diritto spagnolo*, in *Notariato*, 2012, 543 ss).
- 134)** Così BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, cit., 114. Ma sul punto vedi anche PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 432 ss.
- 135)** Cfr. per tutti sul punto BALENA in BALENA-CAPONI-CHIZZINI-MENCHINI, *La riforma della giustizia civile*, cit., 78-79 il quale pone in rilievo come «la necessità dell'accordo delle parti ridimensiona drasticamente le concrete *chances* applicative dell'istituto, poiché non è certo consueto che una parte si fidi ciecamente, ed *a priori*, dei testi indicati dall'avversario, sì da rinunciare preventivamente al loro interrogatorio in udienza. Senza trascurare che l'audizione dei testi, soprattutto quando siano numerosi, può rappresentare un'ottima occasione per la parte che sia eventualmente interessata a procrastinare il più possibile la conclusione del giudizio»; nonché, fra gli altri. E. FABIANI, *Note sulla nuova figura di testimonianza (c.d. scritta) introdotta dalla legge n. 69 del 2009*, cit., 840-841 per l'indicazione delle limitate ipotesi in cui potrebbe trovare spazio il nuovo istituto.
- 136)** Su cui vedi le considerazioni svolte nel successivo par. 5.7.
- 137)** Questo rappresenta indubbiamente un profilo estremamente delicato, che impone un'attenta meditazione in ordine all'individuazione dei presupposti di accesso al suddetto "procedimento probatorio" (in modo tale che

- questo possa effettivamente perseguire la finalità deflattiva del contenzioso che si ripropone senza determinare al contempo un inutile sovraccarico di lavoro per la magistratura), ma che non costituisce certamente un motivo per rinunciare *a priori* ad un prezioso strumento deflattivo del contenzioso quale quello di cui qui si discute.
- 138)** Cfr. GUINCHARD-FERRAND, *Procédure civile. Droit interne et droit communautaire*, Paris, 2006, 929 ss.; CADIET, *Droit judiciaire privé*, Paris, 2006, 373 ss.; ID., *Code de procédure civile*, Paris, 2007, 141 ss.; HÉRON-LE BARS, *Droit judiciaire privé*, Paris, 2006, 835 ss.; PERROT, *Mesure d’instruction à future: conditions et limites*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1982, 786 ss.; DESPRES, *Les mesures d’instruction in futurum*, Paris, 2004; BESSO, *La prova prima del processo*, cit., 90-91.
- 139)** Cfr. BESSO, *La prova prima del processo*, cit., 85 ss. (sulla evoluzione legislativa e giurisprudenziale delle *mesure d’instruction préventive* in Francia) e 101 ss. (sulla evoluzione legislativa e giurisprudenziale del *selbständiges Beweisverfahren* in Germania).
- 140)** Cfr. per tutti sul punto, anche per ulteriori riferimenti: LEIPOLD in STEIN/JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 5 §§ 328-510b, Tübingen, 2006, 865 ss.
- 141)** Il riferimento è in particolare a CARNELUTTI, *La figura giuridica del notaio*, cit., 921 ss. Ma vedi anche VOCINO, *La funzione processuale del notaio*, cit., 19.
- 142)** Il quale prevede che «all’ispezione procede personalmente il giudice istruttore, assistito, quando occorre, da un consulente tecnico, anche se l’ispezione deve eseguirsi fuori della circoscrizione del tribunale, tranne che esigenze di servizio gli impediscano di allontanarsi dalla sede. In tal caso delega il giudice istruttore del luogo a norma dell’art. 203».
- 143)** Cfr. BERLONI, *Affidavit come modalità alternativa di assunzione della prova testimoniale – L’esperienza nordamericana*, cit., 1288-1289 secondo il quale «non sembra condivisibile una qualificazione dell’*affidavit* come generalizzata modalità alternativa di assunzione della dichiarazione di scienza. Per converso può esserne suggerita una definizione complessa. Da un lato, tale forma di testimonianza scritta può essere qualificata, come una ipotesi di *discovery device* atipico, funzionale a stabilire, in fase del *pretrial*, se le questioni da decidere siano di fatto o di diritto. Dall’altro, paradossalmente, all’*affidavit* può attribuirsi anche una funzione, invero secondaria, di supporto rispetto all’assunzione dell’*oral testimony* durante il *trial*».
- 144)** Ove i verbali di constatazione rientrano a pieno titolo fra i documenti con i quali si esplica la funzione notarile, unitamente alle scritture pubbliche ed alle polizze, e vengono in rilievo, pur nella comune nozione di fondo che li accomuna di «documenti originali a raccolta nei quali il Notaio, a istanza di parte, dà atto dei fatti e circostanze di cui è stato testimone o che gli risultano e che per la loro natura non sono oggetto di un contratto», nelle differenti possibili “forme” dei verbali di presenza, dei verbali di riferimento, dei verbali di notificazione e richiesta, dei verbali di deposito in atti, degli atti notori e (come categoria residuale) degli “altri verbali” (quali i verbali di consegna di documenti per posta), i verbali di esibizione di cose e documenti, i verbali d’asta): cfr. E. TARRAGÓN ALBELLA, *I verbali di constatazione prezioso mezzo di prova e non illeciti disciplinari in diritto spagnolo*, cit., 543 ss. il quale pone in rilievo come è fatto divieto al notaio di porre domande nel corso della sua attività di verbalizzazione e constatazione ma, in realtà, «ciò che costituisce oggetto reale del divieto è che mediante il verbale si ponga in essere un surrogato dell’interrogatorio giudiziale, le dichiarazioni che il notaio raccoglie possono assumere importanza come prova in un giudizio, per quello si fanno, ma saranno sempre dinanzi al giudice una prova documentale e non una prova testimoniale». Sulla efficacia probatoria “*de los documentos públicos*”, di cui agli arts 317 y 319 LEC, cfr. da ultimo XAVIER ABEL LLUCH, *Derecho probatorio*, Barcellona, 2012, 812 ss. e 865 ss.; nonché, fra gli altri: MONTERO AROCA, *La Prueba en el Proceso Civil*, Navarra, 2005, 270 ss. e 298 ss.; ID., *Derecho Jurisdiccional*, Valencia, 2011, 306-307; LLOBREGAT-RAMÍREZ, *La Prueba Civil*, Valencia, 2004, 381ss.
- 145)** Dato, questo, particolarmente significativo sotto il profilo dei possibili risultati conseguibili in via meramente interpretativa (e, dunque, pur in assenza di un intervento del legislatore) anche nel nostro ordinamento con riferimento all’attività di constatazione e documentazione di fatti da parte del notaio.
- 146)** Così MICCOLI nella *Introduzione* a E. TARRAGÓN ALBELLA, *I verbali di constatazione prezioso mezzo di prova e non illeciti disciplinari in diritto spagnolo*, cit., 543.
- 147)** Cfr. sul punto, nella più risalente dottrina, DONÀ, *Notariato e archivi notarili*, cit., 1067 il quale pone in rilievo come, «nella vicenda giudiziaria, civile e penale, o anche prima e fuori di essa, può darsi la necessità e l’urgenza di accertare uno stato particolare di cose, in seguito a infortunio sul lavoro, a scontro ferroviario, a investimento automobilistico, a turbative di possesso, ad uso di servitù, a manomissioni o a danni comunque recati o temuti. Non sempre immediato può essere l’intervento del giudice in siffatti casi e possono anche ostarvi le modalità ordinarie del processo civile e penale. Si usa pertanto provvedere allora con le così dette *constatazioni* a mezzo di notaio ... quali mezzi di prova *ricognitiva*. Queste, in mancanza di norme legislative (tranne l’art. 2069 c.c. e l’art. 13 della tariffa notarile, annessa alla L. 16 febbraio 1913, n. 89), si eseguono mediante descrizione del fatto, delle persone e delle cose trovate sul luogo dal notaio ... Ma se la descrizione o rappresentazione verbale riesca malagevole, per la complessità dell’evento, nulla vieta al notaio di

assumere un perito fotografo e di allegarne l'elaborato, contestuale all'atto pubblico, previo giuramento del perito stesso ... fissando così la rappresentazione figurativa o quasi a dire plastica e reale dell'evento medesimo, dei protagonisti e delle immediate circostanze di esso. Si domanderà qual genere di prova ne risulti. Ne risulta che, formando l'atto pubblico piena prova dei "fatti seguiti alla presenza del notaio" (art. 1317 c.c.), non può mettersi in dubbio la verità delle constatazioni e delle operazioni fotografiche di presa, sviluppo e fissaggio, eseguite nel luogo, nel giorno e nell'ora menzionati e precisati con l'atto stesso, donde il valore estrinseco e la fedeltà obiettiva della rappresentazione fotografica allegata; mentre la valutazione intrinseca dell'episodio rappresentato e la sufficienza o meno della figurazione di esso dal punto di vista fotografato, in rapporto alle conseguenze giuridiche, fa sempre tema di separata stima del giudice, nel caso di controversia giudiziale».

148) Particolarmente significative, a tal proposito, le riflessioni del notaio Don Rafael Gómez-Ferrer Sapiña (che puoi leggere in *Notariato*, 2012, 543-544) così richiesto di intervenire, in tarda serata, da una cliente: «Signor Notaio ... ho bisogno che venga immediatamente nel mio ristorante; l'intonaco è precipitato sui tavoli per via della pioggia che sta cadendo tutto il giorno, sopra il ristorante c'è un terrazzo in rifacimento; il locale è sommerso; i clienti hanno dovuto abbandonare i loro tavoli senza aver finito di cenare e stanno aspettando che lei venga a verbalizzare le loro dichiarazioni sull'accaduto». Queste le riflessioni del Notaio: «Quanto sono fortunati i giudici ad essere privi, perfino quando sono di guardia, di ogni obbligo di spostamento nottetempo, per stendere verbali di queste situazioni, destinate sicuramente a sfociare in una causa per responsabilità extracontrattuale. Perché nel Capitolo II del Titolo I del Libro II della Legge di Procedura civile, queste situazioni non sono annoverate fra le diligenze preliminari che possono servire a preparare il processo.

Ciò nonostante, rifletto, il verbale sull'accaduto che dovrò stendere, costituisce uno dei documenti che dovranno essere di corredo alla domanda, perché si tratta di un atto pubblico notarile, sul quale sarà basata la pretesa di tutela formulata dalla parte danneggiata, come previsto dalla legge processuale.

Se la compagnia assicuratrice – che probabilmente avrà assicurato il rischio – risarcirà il danno, non vi saranno problemi, ma se non lo dovesse fare, bisognerà convenire in giudizio il responsabile del danno. E in quel momento non potrà più vedersi né l'intonaco sui tavoli, né dieci centimetri d'acqua che ormai fungono da tappeto, né gli avventori frustrati, perché il locale sarà stato ripristinato – è la fonte di sostentamento dei suoi titolari – ed il suo aspetto sarà quello che aveva prima del disastro.

Arrivo al ristorante e dopo i saluti di prammatica, identifico la richiedente, leggo e sottoscrivo la richiesta, scatto le fotografie che ritengo opportune, prendo nota dell'identità dei clienti ..., raccolgo le loro versioni sull'accaduto, avvertendo loro che potrebbero essere chiamati a testimoniare di fronte al giudice, in quanto le dichiarazioni rese dinanzi al notaio non servono come prova testimoniale, ed assumeranno il valore che il giudice riterrà di attribuir loro, qualora non si possa testimoniare dinanzi al lui, o mediante rogatoria presso altro giudice, prendo nota delle circostanze che considero possano assumere rilevanza (tovaglie bagnate e macchiate, sedie rotte, bottiglie di vino andate in frantumi o con le loro etichette – indico quali, perché hanno diverso valore – danneggiate, che le rendono poi non utilizzabili, e così via).

Mi congedo, ... e, ormai rientrato in studio, ricorrendo agli appunti presi *in loco*, redigo il verbale, spiegando dove e quando mi sono recato, chi fosse presente, cosa hanno detto, riferendo anche i fatti da me riscontrati, e scrivo che allegherò le foto da me scattate. Termino così la prima fase del verbale di presenza.

All'indomani, stampate le foto, redigo un nuovo atto d'inclusione delle medesime, e con ciò do per concluso il verbale.

A cosa servirà il verbale alla mia cliente ...? Per poter sempre dimostrare, in sede giudiziale e stragiudiziale, forte della pubblica fede notarile, vale a dire, mediante un documento pubblico, lo stato in cui si trovava il locale, in un dato giorno ed ora, chi era presente, quale aspetto aveva il locale, nonché le altre circostanze che il notaio ha potuto riscontrare coi suoi sensi e che emergono dalle foto allegate.

Il verbale, evidentemente, non proverà né da dove provenisse l'acqua, né cosa avesse fatto precipitare l'intonaco, ma nessuno potrà dubitare del fatto che l'intonaco sia caduto, in quanto è il notaio ad affermarlo».

149) Posto che si limita a prevedere, per quanto qui interessa, che il testimone, dopo aver reso «la deposizione compilando il modello di testimonianza in ogni sua parte, con risposta separata a ciascuno dei quesiti», precisando quali sono quelli cui non è in grado di rispondere ed indicandone la ragione, «sottoscrive la deposizione apponendo la propria firma autenticata su ciascuna delle facciate del foglio di testimonianza, che spedisce in busta chiusa con plico raccomandato o consegna alla cancelleria del giudice».

(Riproduzione riservata)