

La testimonianza scritta nel processo civile

Sommario: 1. La introduzione della testimonianza scritta nel codice di rito. 2. Condizioni e presupposti di accesso. Forma e tempo dell'accordo. 2.1 Natura della causa e ogni altra circostanza. 3. Le modalità di redazione della dichiarazione testimoniale cartacea: le attività del Ministero, delle parti e del terzo. 4. I poteri di controllo del giudice sulla validità e sul contenuto della deposizione scritta. 5. Ricadute sulla fase di trattazione della causa. 6. Conclusioni.

1. La introduzione della testimonianza scritta nel codice di rito

Di nuovo una (mini) riforma del processo civile.

L'iter parlamentare della legge in attesa di pubblicazione, prende le mosse da una proposta di legge di iniziativa governativa (ddl 1441), deliberata nella seduta del 5 agosto 2008, poi licenziata dalla Camera dei Deputati, previo stralcio, il 1° ottobre 2008 (disegno di legge C.1441bis/2008)¹ e rimessa al vaglio dell'altro ramo del Parlamento il successivo 6 ottobre. Su questa base, ma con non poche modifiche, in data 4 marzo 2009, il Senato approvava il disegno di legge n.1082/2009 recante "*Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*"². Il nuovo testo, che aveva suscitato momenti di vivace dibattito, soprattutto in merito alla introduzione del cd. "filtro" in Cassazione, dopo essere stato oggetto di altre emende alla Camera dei Deputati, è stato definitivamente approvato dal Senato nella seduta del 26 maggio 2009 (ddl 1082/2009-B).

Le ragioni del nuovo intervento e la tecnica utilizzata sono le stesse che hanno interessato le più recenti (e disarticolate) riforme del processo civile: accelerare i tempi di definizione del processo; incidere sul processo con la tecnica della "novellazione" e con l'"introduzione" di nuovi articoli nel codice di rito³.

Nel contesto delle "*Modifiche al secondo libro del codice di procedura civile*", tra le novità di maggior rilievo, merita di essere segnalata la introduzione dell'istituto della testimonianza scritta (art. 47, comma 8°) e le modalità di raccoglimento della stessa (art. 53, comma 3°): rispettivamente con i "nuovi" artt. 257 bis c.p.c. e 103 bis disp. att. c.p.c.

La prima disposizione, rubricata "*Testimonianza scritta*", individua i presupposti di accesso al nuovo mezzo istruttorio; la seconda, rubricata "*Modello di testimonianza*", concerne le modalità tecniche di compilazione della dichiarazione scritta.

Per vero, l'istituto in parola era già previsto dal ddl "Mastella"⁴ (e prima ancora nel progetto elaborato dalla "commissione Vaccarella"⁵), sebbene come modello

¹ Recante: "*Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria*". Gli articoli riguardanti il processo civile erano rinvenibili nel Capo VIII "*Giustizia*" – artt. 52-64 -.

² Per le modifiche al codice di procedura civile, occorre far riferimento al Capo V "*Giustizia*" ed, in concreto, agli artt. 27-38.

³ Sulla rinuncia ad un intervento organico sul codice di procedura v. in senso critico MONTELEONE, *A proposito di una incipiente riforma del processo civile*, in www.judicium.it.

⁴ L'articolo 27 del ddl Mastella, in www.judicium.it, prevedeva anche il limite di utilizzo dello strumento alla sola materia dei diritti disponibili, e sempre che vi fosse stata l'istanza congiunta delle parti. Per una disamina, v. LUISO, *Prime osservazioni sul disegno Mastella*, www.judicium.it

⁵ V. l'art. 20 ddl n. 4578 (XIV legislatura) approvato dal Consiglio dei Ministri il 24 ottobre 2003, in www.senato.it, che consentiva al giudice, su concorde richiesta, la possibilità di assunzione dei mezzi di prova fuori dal processo "dando le opportune disposizioni, circa le modalità di

alternativo alla sola prova delegata, da assumere fuori dalla circoscrizione del tribunale.⁶

A ciò si aggiunga l'antecedente normativo costituito dal previgente 819 *ter*, c.p.c., ora trasfuso nel 2° comma dell'art. 816 *ter*, c.p.c. che consente agli arbitri di “*assumere la deposizione richiedendo al testimone di fornire per iscritto risposte ai quesiti nei termini che essi stabiliscono*”⁷.

In questa sede, pare utile concentrare l'attenzione sugli aspetti pratici riguardanti le attività del giudice, delle parti e del terzo che rende la dichiarazione. Si proverà, infine, a formulare qualche breve considerazione sull'effettiva utilità di detto mezzo di prova, in relazione alle dichiarate finalità acceleratorie dei tempi di definizione del processo civile da cui esso trae origine.

Stante il rinvio degli artt. 311 e 359 c.p.c. alle norme relative al procedimento davanti al Tribunale, benché l'assunto meriterebbe maggiore approfondimento, pare lecito sostenere l'applicabilità dell'istituto anche al giudizio dinanzi al giudice di pace, nonché al giudizio di appello⁸.

2. Condizioni e presupposti di accesso. Forma e tempo dell'accordo

E veniamo al dato normativo.

Il 1° comma dell'art. 257-*bis* recita: “*Il giudice, su accordo delle parti, tenuto conto della natura della causa e di ogni altra circostanza, può disporre di assumere la deposizione chiedendo al testimone, anche nell'ipotesi di cui all'art. 203, di fornire, per iscritto e nel termine fissato, le risposte ai quesiti sui quali deve essere interrogato*”.

Presupposto necessario (ma non sufficiente) per l'assunzione della testimonianza scritta è l'accordo delle parti.

Rispetto alla precedente formulazione del ddl 1441-*bis*/2008 - che faceva obbligo al giudice unicamente di “*sentire le parti*”, prima di determinarsi nella scelta del nuovo strumento - la discrezionalità del giudice è subordinata alla previa intesa delle parti.

Il legislatore, in questo modo, probabilmente, ha inteso esaltare la funzione ed il ruolo delle parti nel processo (principio dispositivo in senso lato), fidando sul loro senso del dovere di lealtà e probità (art. 88 c.p.c.).

assunzione e documentazione” e ai difensori di “assumere, anche prima dell'inizio del giudizio, dichiarazioni testimoniali scritte” e “relazioni peritali e attestazioni di fatti e situazioni constatati da pubblici ufficiali” prevedendo “l'utilizzabilità di tali documenti nel processo con potere per il giudice di disporre, secondo il suo prudente apprezzamento, gli eventuali accertamenti ritenuti opportuni”. La proposta era “riconducibile all'«*affidavit*», istituto consolidato ed impiegato con successo non solo nelle procedure ispirate alla «*common law*», ma praticato anche in altri ordinamenti continentali: vedi, ad esempio, l'istituto delle «*attestations*», regolato dagli articoli 200 e seguenti nel titolo dedicato alla «*administration judiciaire*» de la *preuve*» dal «*Nouveau code de procedure civile* » francese”. Anche l'ordinamento processuale tedesco prevede la testimonianza assunta fuori dal processo: «*schriftliche Beantwortung*» (risposta scritta) alla «*Beweisfragen*» (richiesta di prova), v. BESSO, *Principio del contraddittorio e formazione della prova: il processo civile tra Convenzione europea dei diritti dell'uomo e principi costituzionali*, in www.csm.it.

⁶ BOVE, *Brevi riflessioni sui lavori in corso nel riaperto cantiere della giustizia*, in www.judicium.it, sottolinea le differenze dai precedenti progetti.

⁷ Per G.F. RICCI, *Arbitrato*, - *Commentario diretto da F. Carpi* - , sub Art. 816 *ter*, Bologna, 2007, 425-426, trattasi di una prova atipica perché “preconfezionata al di fuori del contraddittorio tra le parti” ma non necessariamente “di valore decisorio, indiziario o di argomento di prova minore rispetto la testimonianza che gli arbitri abbiano assunto viva voce”.

⁸ Non così, per il processo del lavoro, stante i principi di immediatezza, oralità e concentrazione che fondano tale giudizio.

La scelta normativa si avvicina ad una prassi (*praeter – contra legem*) invalsa in alcuni grossi uffici giudiziari (e non solo), dove i testi vengono escussi in contraddittorio tra le parti e senza la presenza del giudice, il quale si limita unicamente a controllare l'identità del teste, a fargli confermare quanto già dichiarato, previa impegnativa di rito, e a raccogliere la sua firma.

La legge nulla dice in ordine alle formalità dell'accordo ed in relazione alla individuazione del momento formativo dello stesso. Partendo da questo secondo profilo, viene da chiedersi se tale facoltà debba realizzarsi o meno secondo le barriere preclusive previste per la formazione del *thema probandum*. Avendo ad oggetto, detto potere, le modalità di espletamento del mezzo e non la sua ammissione, pare preferibile svincolarlo dalle preclusioni relative alla formazione del tema di prova.

A questo punto, però, si pone un ulteriore problema: l'accordo deve intervenire prima o dopo l'ammissione della prova da parte del giudice?

La seconda ipotesi (accordo successivo all'ammissione), certamente, assicura alle parti maggiore (e migliore) conoscenza dell'oggetto dell'accordo (capitoli e testi ammessi); e forse, in astratto, aumenterebbe il ricorso al nuovo strumento processuale⁹. Ma, forse, questa soluzione è più distante dallo spirito della riforma perché il giudice, dopo aver ammesso la prova, dovrà necessariamente fissare (altra) apposita udienza per verificare se le parti acconsentano a sentire i testi per iscritto.

Per vero, si potrebbe evitare la celebrazione di una ulteriore udienza, se il giudice con l'ordinanza ammissiva della prova subordina l'escussione dei testi alla mancanza di accordo entro un termine dallo stesso stabilito. In questo caso, a ben vedere, il giudice sarà onerato della redazione di un provvedimento molto più articolato e a duplice contenuto: ammissione della prova orale ed (eventuale) testimonianza scritta. E non sembra che il legislatore intendesse con la riforma "complicare" la vita del giudice.

La prima ipotesi, (accordo precedente all'ammissione), quindi, pare più aderente al dato normativo e maggiormente in linea con la volontà del legislatore.

D'altra parte, la lettera della norma sembra presupporre che l'accordo intervenga prima dell'esercizio del potere discrezionale del giudice di disporre la testimonianza scritta. Certo, in questo caso, l'oggetto dell'accordo è meno determinato (ma pur sempre determinabile, in astratto, tenuto conto *della natura della causa e di ogni altra circostanza*) e potrebbe vertere su circostanze non ancora del tutto note¹⁰, ma questa soluzione assicura una più rapida definizione del giudizio.

Né si potrebbe validamente obiettare che l'accordo può essere "manifestato" in sede di fissazione del c.d. "calendario del processo", di cui al nuovo art. 81 *bis* disp. att. c.p.c. che prescrive di sentire previamente sul punto le parti. Ed invero, il giudice ben potrebbe stimolare il contraddittorio, su una ipotesi di calendario, già in sede di udienza di prima comparizione e trattazione, anche in assenza di richieste istruttorie formalizzate e sulla base di una sommaria indicazione della tipologia di prove ad articolarsi. Il legislatore, infatti, sembra dare preminenza, quanto alla fissazione del calendario del processo, alla natura, urgenza e complessità della causa.

⁹ Come sempre, però, sarà la pratica il vero banco di prova, ma non è difficile ipotizzare che la parte che si è vista non ammettere la prova, difficilmente si dirà d'accordo a far sentire "per iscritto" i testi dell'altra parte.

¹⁰ Pensiamo, ad esempio alla prova contraria, con capitoli che introducono fatti autonomi e contrari, articolata nella terza memoria ex art. 183 c.p.c.

Ovviamente, l'“accordo”, onde consentire al giudice di esercitare il potere discrezionale riconosciutogli per legge, deve intervenire non oltre l'ultimo atto e/o fase utile prima dell'ordinanza ammissiva dei mezzi di prova. Ovvero, nella terza memoria ex art. 183, 6° co. c.p.c., se il G.I., concedendo i tre termini all'udienza di prima comparizione e trattazione, si riserva di decidere, senza fissare l'udienza per l'ammissione dei mezzi di prova. Se, viceversa, concessi i tre termini, fissa altra udienza, è questo il momento ultimo entro il quale le parti possono “accordarsi” per la testimonianza scritta.

E' indubitabile, infatti, che la testimonianza scritta dovrà essere disposta dal giudice con lo stesso provvedimento (ordinanza) col quale ammette la prova.

Quanto alle formalità dell'accordo nel processo, in assenza di specifiche prescrizioni, vale il principio della libertà delle forme ex art. 131 c.p.c. Ovviamente, benchè non necessiti di formule sacramentali, la formalizzazione dell'accordo dovrà avvenire per iscritto, o direttamente a verbale in udienza (quella di prima comparizione e trattazione, se le parti hanno articolate entrambi i mezzi di prova negli scritti introduttivi, ovvero quella fissata allo scadere dei termini 183 proprio per l'ammissione delle prove), ovvero con apposita istanza sottoscritta congiuntamente (e depositata entro l'ultimo momento utile prima della ordinanza ammissiva dei mezzi di prova), nonché nelle memorie di cui all'art. 183 6 co. c.p.c.¹¹.

2.1 Natura della causa e ogni altra circostanza

Preso atto dell'accordo delle parti, il giudice nella scelta del mezzo deve tener conto della “*natura della causa e di ogni altra circostanza*”. Il ddl S.1082-B mantiene ferma la modifica già intervenuta nella precedente versione del ddl S.1082 (rispetto al testo del ddl 1441-bis, è stato eliminato l'inciso: “*avuto particolare riguardo all'oggetto del processo*”¹²).

Va da subito evidenziato che il legislatore ha inteso generalizzare l'utilizzo dell'istituto in esame, senza operare alcun distinguo tra cause aventi ad oggetto diritti disponibili e cause aventi ad oggetto diritti indisponibili.

La formula (*natura della causa*) è riassuntiva di una serie di valutazioni che l'istruttore compie. In particolare, pare possibile preconizzare un più facile utilizzo della testimonianza scritta, quando il giudice è convinto dell'“agevole accertamento” ovvero “della non eccessiva complessità” dei fatti da provare. Ciò gli consente, una volta cristallizzato il tema decisionale, di modulare le attività asseverative delle parti in ragione dello sviluppo dinamico del processo, riducendo

11 Non necessariamente l'accordo deve essere formalizzato con un unico atto e contestualmente da tutte le parti costituite. E' ben possibile che la volontà di ricorrere alla testimonianza scritta promani da atti singolarmente redatti dalle parti. In questo caso, però, la richiesta (o la disponibilità) a ricorrere al nuovo istituto non può prescindere dalla conoscenza delle circostanze di prova dedotte dall'altra parte. In altri termini, non è possibile manifestare accordo alla testimonianza scritta senza conoscere le circostanze che l'altra parte intende provare. Ed allora, pur in presenza di prove articolate nei rispettivi libelli introduttivi del giudizio, in caso di richiesta di concessione dei termini ex art.183 c.p.c., appare preferibile che l'accordo intervenga nella terza memoria ex art. 183, 6 co c.p.c.

12 Il che avrebbe dovuto portare il giudice a valutare, prima di disporre la testimonianza scritta, i cosiddetti elementi oggettivi di identificazione dell'azione come, eventualmente, arricchiti dalle eccezioni di merito e dalle domande riconvenzionali proposte dal convenuto, oltre che dalle eventuali questioni trasformate in cause pregiudiziali per legge o su esplicita domanda di una delle parti. L'oggetto del processo cui si riferiva la precedente formulazione dell'art. 257-bis poteva essere riferito al cd. oggetto della decisione di merito, ossia dalla serie dei fatti (costitutivi, modificativi, impeditivi, estintivi) che individuano il diritto dedotto in giudizio.

il numero delle possibili udienze istruttorie (deputate all'espletamento della prova costituenda), ed esimendosi, così, da una serie di incombenti¹³.

Altro criterio di riferimento inglobabile nel concetto di "*natura della causa*" potrebbe essere rappresentato dal valore della causa¹⁴. E' indubbio che la (poca) consistenza economica della controversia induca il giudice ad optare per una soluzione (processuale) che riduca (*rectius*: potrebbe ridurre) i tempi di definizione della fase istruttoria. E questo, soprattutto, in mancanza di altre richieste di prove costituende. D'altra parte, benché respinto, un emendamento all'art. 53, comma 7 del ddl 1441-bis/2008, ai fini della autenticazione della testimonianza scritta, distingueva tra cause di valore fino a 50.000 euro e cause di valore superiore e/o indeterminato¹⁵.

Nonostante il legislatore non ponga "ulteriori" limiti rispetto alla prova per testi orale, appare di difficile utilizzo la testimonianza scritta quando si controverte di diritti indisponibili, stante la delicatezza della materia e la maggiore incisività dei poteri istruttori del giudice. Ebbene, in questi procedimenti, sembra ragionevole sostenere che la testimonianza orale (tradizionale) rappresenti la regola e quella scritta l'eccezione.

Pare arduo spingersi oltre, visto che i predetti indici normativi sembrano offrire al giudice istruttore ampio margine di valutazione, sempre che questi abbia approfondito i profili della causa e ispiri la propria attività alla logica della praticabile attendibilità della testimonianza cartacea.

Ferma la necessità dell'accordo (anche se la richiesta promana da una sola parte), la norma consente al giudice, nella scelta discrezionale dell'istituto, di valutare oltre alla natura della causa, "*ogni altra circostanza*". Ci troviamo di fronte ad una locuzione molto ampia, tale da poter comprendere diverse situazioni di fatto e di diritto. Per rimanere in ambito istruttorio, la stessa espressione è utilizzata nell'art. 2721, 2° co, c.c. come elemento per consentire la prova per testi oltre il limite (mai rivalutato) di valore di lire 5.000 (ora € 2,58); nell'art. 2723, 1° co, c.c. per ammettere la testimonianza su patti aggiunti o contrari successivi alla formazione del contratto; nell'art. 231 c.p.c., in tema di "risposta" all'interrogatorio formale, e, prima della sentenza della Corte cost. n. 139/1975, anche nell'art. 248 c.p.c. in materia di "audizione di minori".

Fermo restando la vigenza del sistema dei limiti soggettivi ed oggettivi alla prova per testi, le "circostanze" cui si riferisce l'art. 257 *bis*, a titolo meramente esemplificativo, potrebbero concernere: a) la posizione processuale delle parti, in ordine all'oggetto del contendere, evincibile dagli atti introduttivi di causa; b) la necessità, nella deposizione, di fare riferimento a nomi, cifre, luoghi determinati; c) le qualità, specie soggettive, del teste da escutere¹⁶; d) la distanza del luogo di

¹³ Sembra che la testimonianza scritta meglio si addica alla dimostrazione di quei fatti - ad esempio quelli cd. semplici - che non abbisognano di "ulteriori" domande di chiarimento ex art. 253, 1° co., seconda parte, c.p.c., salva la facoltà per il giudice di disporre l'audizione del teste davanti a lui, come previsto dall'ultimo comma dell'articolo in esame.

¹⁴ E' invece stato respinto la proposta di modifica n. 28.19 al ddl 1082 (Benedetti-Valentini) che limitava la testimonianza scritta alle sole controversie in materia "*di pagamento di somme o risarcimento di danni*"

¹⁵ Per vero, l'emendamento così recitava: "*Nelle cause di valore fino a 50 mila euro la deposizione è resa di fronte al cancelliere o altro funzionario addetto presso l'ufficio giudiziario; nelle cause di valore superiore e/o indeterminato di fronte ad un notaio*". 53.17. Borghesi, Palomba, Cambursano, Aniello Formisano, Costantini.

¹⁶ Per esemplificare, ci si può riferire a quei testi "qualificati" in ragione delle conoscenze tecniche in possesso ovvero a quelli impediti a portarsi fuori dalla propria abitazione per ragioni di salute.

residenza e/o il domicilio del teste da escutere dall'ufficio giudiziario ove pende la lite.

Se la testimonianza verte su documenti di spesa già depositati dalle parti (settimo comma dell'articolo in esame), fermo restando il presupposto dell'accordo delle parti, la discrezionalità del giudice prescinde, riteniamo, dalla valutazione in ordine alla natura della causa, essendo individuato nella legge l'oggetto della testimonianza.

3. Le modalità di redazione della dichiarazione testimoniale cartacea: le attività del Ministero, delle parti e del terzo

I commi 2, 3 e 4 dell'art. 257 *bis* c.p.c. "procedimentalizzano" la testimonianza scritta. Queste disposizione vanno coordinate con la disciplina di cui all'art. 103 *bis* disp. att. c.p.c.

Il 2° comma dell'art. 257 *bis*, prevede che *"Il giudice, con il provvedimento di cui al primo comma, dispone che la parte che ha richiesto l'assunzione predisponga il modello di testimonianza in conformità agli articoli ammessi e lo faccia notificare al testimone"*.

Con l'ordinanza che dispone la testimonianza scritta¹⁷, l'istruttore onera *"la parte che ha richiesto l'assunzione"*: a) a predisporre il modello di testimonianza in base agli articoli di prova ammessi; b) notificare il medesimo scritto al testimone. Il legislatore è impreciso quando si riferisce alla parte che ha richiesto *"l'assunzione"*, piuttosto che alla *"parte (parti) che ha (hanno) chiesto l'ammissione del mezzo istruttorio"*.

Dal tenore letterale della disposizione, si desume, inoltre, che il legislatore ha preso in considerazione unicamente l'ipotesi della cd. *"prova diretta"*. Manca, infatti, un riferimento alla problematica della prova contraria. In questo caso, pare lecito sostenere che il modello di testimonianza da notificare al testimone venga predisposto dalla parte che ha chiesto la prova contraria e, ovviamente, solo con riferimento a queste circostanze. Tale interpretazione non viola il principio dispositivo *ex art. 115 c.p.c.* ed è utile tutte le volte in cui la prova contraria necessita delle dichiarazioni di *"altri e nuovi testi"*.

Quanto alle modalità di redazione della testimonianza scritta, l'art. 103 *bis* disp. att. c.p.c. prescrive una serie di adempimenti per dare validità, efficacia e garanzia alla dichiarazione del testimone. Trattasi di attività che coinvolgono più soggetti: la p.a., le parti ed i loro difensori, nonché il terzo che rende la dichiarazione. In concreto: il Ministero predispose il modello generale di testimonianza, la parte onerata ne cura tecnicamente la compilazione, il terzo rende la dichiarazione per iscritto.

Il 1° comma dell'art. 103 *bis* disp. att. c.p.c. così dispone: *"La testimonianza scritta è resa su di un modulo conforme al modello approvato con decreto del Ministro della giustizia che individua anche le istruzioni per la sua compilazione, da notificare unitamente al modello. Il modello, sottoscritto in ogni suo foglio dalla parte che ne ha curato la compilazione, deve contenere, oltre alla 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. Deve altresì contenere l'ammonimento del testimone ai sensi dell'art. 251 del codice e la formula di giuramento di cui al*

¹⁷ Pur nel silenzio della legge, l'assunzione della testimonianza scritta può essere disposta con la stessa ordinanza ammissiva della prova testimoniale richiesta dalla parte.

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'art. 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.

La norma individua il contenuto “*standard*” del modello di dichiarazione secondo la tecnica, già sperimentata in altri ordinamenti¹⁸, del cd. “modulo prestampato” di fonte ministeriale, cui vanno unite le istruzioni per la sua compilazione. La legge prescrive al Ministro della giustizia di predisporre ed approvare con decreto un modello generale di testimonianza fornito di tutte le specificazioni occorrenti per l'agevole comprensione delle attività da eseguire. Ciò dovrebbe impegnare gli organi del dicastero ad elaborare espressioni che, in conformità dei dati normativi, consentano l'immediata cognizione delle singole voci da compilare.

Segue l'attività di preparazione del modulo prestampato a cura della parte, con relativo obbligo di sottoscrizione dei singoli fogli. Il modello deve contenere l'indicazione del procedimento civile (ufficio giudiziario, ruolo generale e parti) e dell'ordinanza di ammissione del giudice procedente, da cui evincere anche il giudizio di rilevanza del mezzo di prova (oltre, ovviamente, alle complete generalità del testimone ed alla indicazione della sua residenza, domicilio e recapito telefonico).

Per la validità dell'atto sono inoltre indispensabili: *a)* l'ammonimento del testimone e la formula di giuramento ex art. 251 c.p.c.¹⁹; *b)* l'avviso in ordine alla facoltà di astenersi ai sensi *ex* artt. 200, 201 e 202 c.p.p., *c)* le richieste di indicazione delle generalità del teste *ex* art. 252, primo comma, c.p.c., ivi compresa l'indicazione di eventuali rapporti personali con le parti, doverosa per evidenziare se il teste ha un “interesse” nella causa.

E' infine onere della parte richiedete notificare al teste il modulo approntato insieme alle istruzioni per l'uso.

Con riferimento all'ammonimento del testimone ed alla indicazione delle generalità del teste, *nulla quaestio*.

Quanto all'avviso della facoltà di astenersi, i *conditores*, in sede di approvazione al Senato hanno corretto l'erroneo riferimento della Camera alle norme del vecchio codice di rito penale (per intenderci, quello approvato con R.D. 19.10.1930 n. 1399; attualmente la disciplina della facoltà di astensione è contenuta negli artt. 200 e 202 c.p.p.).

¹⁸ V. procedimento monitorio spagnolo (artt. 812-818 *Ley de Enjuiciamiento Civil* n.1/2000), ove gli interessati hanno la possibilità di ritirare presso i palazzi di giustizia la modulistica prestampata dell'istanza di ingiunzione. In ambito comunitario, si pensi al procedimento di ingiunzione europeo di recente introduzione (Regolamento Ce n. 1896/2006, *Gazz. Ufficiale dell'Unione Europea* del 30 dicembre 2006, I, 399/1, con relativa modulistica). Sul punto, v. ARIETA-DE SANTIS, *L'esecuzione forzata*, tomo I, Padova, 2007, p. 160 ss.; LUPOI, *Dei crediti non contestati e procedimenti di ingiunzione: le ultime tappe dell'armonizzazione processuale in Europa*, in www.judicium.it. CARRATTA, *Il procedimento ingiuntivo europeo e la “Comunitarizzazione” del diritto processuale civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 1514-1540.

¹⁹ “E' impossibile trattarsi dal pensare quanto curioso sia questo giuramento privato che la parte recita ... a se stessa ...”: così SASSANI, *A.D. 2009: ennesima riforma al salvataggio del rito civile. Quadro sommario delle novità riguardanti il processo di cognizione*, in www.judicium.it.

Di particolare importanza l'ultimo periodo del primo comma dell'art. 103 *bis* disp. att. c.p.c. che onera la parte di "trascrivere" i quesiti ammessi, avvertendo il teste di rendere risposte specifiche e pertinenti a ciascuna domanda, anche in ordine alla sua conoscenza (diretta o indiretta) dei fatti oggetto della testimonianza. Si tratta di attività (di carattere prevalentemente materiale) di trasposizione nel prestampato ministeriale dei capitoli di prova ammessi dal giudice istruttore. Prescrizione presente anche nel secondo comma dell'art. 257 *bis* che vuole la predisposizione del modello realizzarsi "in conformità agli articoli ammessi". Non sono consentite integrazioni, specificazioni e/o aggiustamenti dei quesiti.

Quanto alle conseguenze, in caso di violazione delle disposizioni di cui innanzi, nulla è specificato. La mancanza di sanzioni, però, non sembra rispondere alle finalità che il legislatore ha inteso perseguire con l'istituto in parola. A tal proposito, appare difficile ipotizzare una interpretazione analogica²⁰ dell'art. 208 c.p.c. e così consentire al giudice di dichiarare la parte che ha trascritto infedelmente i quesiti decaduta dall'assunzione della prova, vista la natura eccezionale delle norme che prevedono preclusioni a carico delle parti. Ciò non toglie che la trascrizione dei quesiti in difformità dagli articoli ammessi possa integrare mancato assolvimento di un'attività alla stessa stregua di quanto previsto dagli artt. 250 c.p.c. e 104 disp. att. c.p.c. Ed invero, nello specifico, dal combinato disposto di cui agli artt. 250 c.p.c. (*intimazione ai testimoni*) e 104 disp. att. c.p.c.²¹ (*mancata intimazione ai testimoni*), la decadenza è collegata (e comminata) sulla base del mancato assolvimento, senza giustificato motivo, di attività propedeutiche alla regolare escussione del teste.

In mancanza di un provvedimento di decadenza, nell'ipotesi (remota) in cui il vizio di trascrizione dei quesiti non venga eccepito o rilevato ed il giudice fonda la decisione anche sulla erronea assunzione della testimonianza scritta, soccorrono i principi generali in tema di nullità degli atti processuali. Di modo che, la deposizione scritta è da considerarsi atto nullo, idoneo a riverberarsi sulla decisione (art. 159 c.p.c.). La sentenza, quindi, è affetta da *error in procedendo* da far valere con il meccanismo dell'impugnazione ordinaria ex art. 161, 1° co., c.p.c.²².

Diversamente, in ipotesi di divergenze dal modello legale, *prima facie*, meno gravi²³, il giudice, esaminate le risposte, ben può chiamare il teste a deporre davanti a lui ex art. 257 *bis* ultimo comma c.p.c.²⁴.

²⁰ Sebbene nel diverso ambito delle impugnazioni, v. Cass. S.U. 9741/2008, in *Corr. giur.*, 2009, 224-226, secondo cui "il ricorso all'interpretazione analogica non è consentito ogni volta in cui una fattispecie non sia in concreto espressamente disciplinata; ai fini di tale ricorso è necessaria la individuazione di una lacuna nell'ordinamento, cioè di una incompletezza dello stesso contrastante col disegno generale, da colmare sulla base di quanto disposto da norme specifiche (analogia legis) o desumibile dai principi (analogia iuris)".

²¹ Recita il nuovo primo comma dell'art. 104 delle disp. att. c.p.c. "Se la parte senza giusto motivo non fa chiamare i testimoni davanti al giudice, questi la dichiara, anche d'ufficio, decaduta dalla prova, salvo che l'altra parte dichiari di avervi interesse all'audizione".

²² Ai sensi degli artt. 162 e 354. ult. co., c.p.c., resta salvo il potere del giudice di disporre la rinnovazione dell'atto nullo.

²³ Ad es. perché la parte ha ommesso di indicare il numero di ruolo generale della causa, ovvero manca la sottoscrizione sul qualche foglio ovvero è inesatta l'indicazione del luogo di residenza, domicilio o recapito telefonico del teste.

²⁴ Il problema dei controlli sul modello testimoniale approntato dalla parte in modo irrituale è affrontato da BOVE, *Brevi riflessioni sui lavori in corso nel riaperto cantiere della giustizia*, cit. L'a. si interroga sulla seguente alternativa: "è inutilizzabile oppure il giudice disporrà l'assunzione

Inoltre, atteso che la legge non contempla un meccanismo di controllo preventivo del modello approntato dalla parte prima della notifica al teste, questa disposizione consente al giudice di verificare, anche d'ufficio, *ex post*, il rispetto delle regolarità formali e la conformità del modulo predisposto dalla parte al modello approvato con decreto dal Ministro della giustizia.

E veniamo alle attività che competono al testimone. In primo luogo, la legge ha cura di precisare (comma 3° art. 257 bis) che *“Il testimone rende la deposizione compilando il modello di testimonianza in ogni sua parte, con risposta separata a ciascuno dei quesiti, e precisa quali sono quelli di cui non è in grado di rispondere, indicandone la ragione. Di seguito, “Il testimone 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 (comma 4° art. 257 bis). A tal riguardo, il comma 2° dell’art. 103 bis aggiunge che “al termine di ogni risposta è apposta, di seguito e senza lasciare spazi vuoti, la sottoscrizione da parte del testimone”. E’ poi indispensabile che la sottoscrizione del teste sia autenticata. Recita il comma 3° dell’art. 103 bis: “Le sottoscrizioni devono essere autenticate da un segretario comunale o dal cancelliere di un ufficio giudiziario. L’autentica delle sottoscrizioni è in ogni caso gratuita nonché esente dall’imposta di bollo e da ogni diritto.*

Dall’esame delle disposizioni di cui innanzi, sempre con riferimento alle attività del teste, possiamo distinguere attività di natura “contenutistica” (risposte ai quesiti formula e/o ragioni delle mancate risposte) e attività di natura più strettamente “formale” (sottoscrizione sui singoli fogli e relativa autenticazione - spedizione postale o consegna della dichiarazione agli organi competenti). Entrambe, però, se irregolari o non complete abilitano il giudice a servirsi del potere di convocare il testimone ex art. 257 bis u.c. c.p.c.

Abbiamo visto che l’autentica delle sottoscrizioni è completamente gratuita; nulla si dice, invece, del costo della raccomandata: se la scelta cade sulla spedizione per posta, il teste deve sopportarne il relativo onere, avendo cura di confezionare un plico in busta chiusa, indirizzandolo all’ufficio giudiziario presso cui è incardinata la causa. Non è difficile ipotizzare che il teste “contestualizzerà” l’attività dell’autentica della sottoscrizione davanti al cancelliere dell’ufficio giudiziario competente, con quella, successiva, della consegna della deposizione²⁵. A tal fine, *de jure condendo*, sarebbe stato opportuno dare la possibilità al teste di far autenticare la sottoscrizione e quindi consegnare la dichiarazione anche presso uffici giudiziari diversi da quello del giudice della causa. Con ciò, agevolando l’opera del teste.

Se il teste riveste una delle qualifiche richiamate negli artt. 200, 201 e 202 c.p.p., ha facoltà di astenersi dal testimoniare. E comunque ha l’obbligo di compilare il modello indicando le generalità ed i motivi dell’astensione. Il comma 5° dell’art. 257 bis, infatti, prevede che: *“Quando il testimone si avvale della facoltà di astensione di cui all’art. 249, ha l’obbligo di compilare il modello di testimonianza, indicando le complete generalità e i motivi di astensione. La disposizione conferma la distinzione tra limiti soggettivi alla prova per testi e il diverso fenomeno dell’astensione dalla testimonianza previsto dall’art. 249 c.p.c., che, a sua volta, rimanda agli artt. 200 e ss. del codice di procedura penale.*

davanti a lui ai sensi dell’ultimo comma del citato art. “257 bis? La prima soluzione sembra troppo drastica, ma la seconda lascia priva di sanzione chi sbaglia”. Sul tema si ritornerà al par. 4.

²⁵ Sempre che il teste non abiti lontano dal luogo sede dell’ufficio giudiziario competente.

Essi prevedono la facoltà di astenersi dal rendere la testimonianza dei prossimi congiunti, di coloro che sono legati da segreto professionale, dei pubblici ufficiali su fatti coperti da segreto d'ufficio. Come sostenuto per la testimonianza orale, è plausibile, anche per quella scritta, l'applicazione dell'art. 202 c.p.p., che prescrive l'obbligo di astensione per coloro che sono vincolati da segreto di Stato.

Va sottolineato (come detto) che la esistenza di un motivo di astensione dalla testimonianza non esonera il terzo dalla compilazione del modello di testimonianza. Anzi, l'ultima parte del 5° comma dell'art. 257 *bis*, impone al teste di individuare e specificare “*i motivi di astensione*”. Tale inciso è significativo, perché consente al giudice e alla controparte di controllare se il motivo addotto dal terzo rientra tra quelli tassativamente previsti dalla legge. Conseguentemente, la incompleta dichiarazione del modello di testimonianza cartacea, priva dell'indicazione dei motivi di astensione, consente al giudice di irrogare la pena pecuniaria di cui all'art. 255 c.p.c., equiparando, ai fini sanzionatori, tale situazione a quella prevista dal successivo 6° comma dell'art. 257 *bis*.

Quest'ultima disposizione recita: “*Quando il testimone non spedisce o consegna le risposte scritte nel termine stabilito, il giudice può condannarlo alla pena pecuniaria di cui all'art. 255, primo comma*”. Un meccanismo sanzionatorio non poteva mancare: la testimonianza scritta, al pari di quella tradizionale, è una attività obbligatoria per il terzo. Se egli omette di spedire o consegna fuori termine la dichiarazione scritta è passibile di una condanna al pagamento di una pena pecuniaria compresa tra i cento ed i mille euro²⁶.

Il DDL 1082 del Senato ha previsto l'inserimento di un nuovo comma dopo il sesto (solo parzialmente modificato dal ddl S. 1082 – b): “*Quando la testimonianza ha ad oggetto documenti di spesa già depositati dalle parti, essa può essere resa mediante dichiarazione sottoscritta dal testimone e trasmessa al difensore della parte nel cui interesse la prova è stata ammessa, senza il ricorso al modello di cui al secondo comma.*”

Quando oggetto della testimonianza sono “*documenti di spesa*” (fatture, bolle di consegna, preventivi), già depositati, il legislatore, pragmaticamente, esclude la necessità del ricorso al modello previsto dal secondo comma e consente che la dichiarazione del terzo possa essere resa direttamente al difensore della parte che ha chiesto la prova. Insomma, per esemplificare, il preventivo (tempestivamente e ritualmente prodotto in giudizio) non dovrà essere più confermato in udienza dall'autocarroziere ma basterà la dichiarazione raccolta dal difensore.

Ovviamente, secondo la scansione temporale delineata dal legislatore, questo documento (la dichiarazione del teste) non patisce le preclusioni di cui all'art. 183 VI° co. c.p.c., perché la sua produzione, necessariamente, è successiva al documento di spesa che ne costituisce l'antecedente logico e cronologico. Anche in questo caso, il giudice “*esaminata la dichiarazione*” può sempre disporre che il testimone sia chiamato a deporre davanti a lui (non a caso, l'articolato fa riferimento sia alle “risposte” – che rimandano alla deposizione resa sul modello di testimonianza ex art. 103 *bis* c.p.c. – che alle “dichiarazioni” – rese se la testimonianza ha ad oggetto documenti di spesa).

²⁶ Per BOVE, *Brevi riflessioni sui lavori in corso nel riaperto cantiere della giustizia*, cit., è, invece, difficile ampliare il campo di applicazione della disposizione ad altre situazioni di attività irrituale imputabili al teste. Per l'autore ad es. il difetto di autenticazione rende “*inutilizzabile la prova*”, senza alcuna sottoposizione del terzo alla irrogazione della pena pecuniaria.

A nostro avviso, però, la declaratoria di inutilizzabilità della dichiarazione non impedisce l'irrogazione della sanzione.

4. I poteri di controllo del giudice sulla validità e sul contenuto della deposizione scritta

Grande importanza riveste l'ultimo comma dell'art. 257 bis: "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" ²⁷.

La disposizione consente al giudice di fare marcia indietro, disponendo (sostanzialmente) che si proceda con la testimonianza orale.

Trattasi di rigurgito pubblicistico dei *conditores* e di ritorno alla ricerca della verità materiale: come il giudice può discrezionalmente disporre la testimonianza scritta secondo le modalità e la scansione di cui all'art. 257 bis c.p.c., così, avuto contezza delle risposte, può disporre di sentire il teste secondo le tipiche modalità di cui agli artt. 244 e ss. c.p.c. Viene a realizzarsi, in questo modo, un fenomeno di "doppia testimonianza", perché il terzo è chiamato nuovamente a deporre - questa volta in udienza e nel contraddittorio tra le parti - sui medesimi quesiti posti dall'ordinanza ammissiva della testimonianza scritta.

A questo punto, occorre prefigurare in quali casi si renderà necessario (o solo opportuno) escutere il testimone in udienza.

Innanzitutto, a nostro parere, il giudice può disporre di sentire il teste davanti a lui anche su sollecitazione delle parti; sia a verbale, oralmente in udienza, ovvero con atto separato²⁸. Tornando ai casi in cui il giudice farà ricorso alla escussione del teste in udienza, sicuramente la disporrà quando la dichiarazione del terzo non è attinente ai quesiti ammessi; ovvero, quando la stessa è lacunosa, incompleta o solo generica e, per ciò stesso, necessita di integrazione o di precisazione delle circostanze di fatto solo accennate per iscritto (si pensi alle risposte limitate alle espressioni "vero" "non è vero" "mi sembra di ricordare" "non sono nelle condizioni di" etc.).

In questi casi, fermo il principio del libero apprezzamento del giudice, le risposte date oralmente in udienza hanno efficacia probatoria maggiore rispetto a quelle date per iscritto? E se il teste viene convocato sol perché manca l'autenticazione della firma, il giudice procederà ad escuterlo nuovamente su tutti i capitoli di prova già ammessi e riportati sul modello notificato al teste, o si limiterà a far riconoscere al teste la firma apposta in calce alle risposte? Appare scontato che, pur nel silenzio della norma, le risposte date in udienza e nel contraddittorio delle parti, avranno un peso maggiore nel libero convincimento del giudice se sono maggiormente circostanziate rispetto a quelle scritte²⁹. Così come non pare dubitabile che in caso di omessa autenticazione della sottoscrizione al teste sarà chiesto unicamente di riconoscere la sua firma.

In ossequio al principio generale che i poteri officiosi del giudice possono essere sollecitati in ogni momento, le parti possono richiedere al giudice di disporre l'escussione del teste in udienza ex art 257 bis, ult. co., c.p.c., anche nei casi in cui la testimonianza scritta è incompleta e/o inutilizzabile per "colpa o inadempienze" del teste che deve renderla. In questo modo, ad esempio, potrebbe essere recuperata in via orale la testimonianza scritta spedita o consegnata dal terzo fuori

²⁷ In senso favorevole, v. PUNZI, *Novità legislative e ulteriori proposte di riforma in materia di processo civile*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 2008, 1200, il quale richiama l'esperienza giuridica della Roma imperiale.

²⁸ Sulle conseguenze dello svolgimento della trattazione v. la soluzione proposta *infra* (par. 5).

²⁹ In caso di dichiarazioni difformi, il giudice valuterà la rilevanza penale del fatto, per l'eventuale trasmissione degli atti al P.M. D'altra parte, ipotesi simili sono rinvenibili negli artt. 254 e 257, co. 2, c.p.c. rispettivamente in tema di confronto dei testimoni e rinnovazione dell'esame.

termine o priva di autenticazione, ovvero mancante dell'indicazione di avere avuto contezza dei fatti di causa in via diretta o indiretta.

Diversamente, nella ipotesi in cui il meccanismo di formazione della prova testimoniale scritta non sia andato a buon fine per fatti imputabili al richiedente, non vi è alcuna possibilità di recuperare la prova mediante la testimonianza orale, invocando l'applicazione dell'u.c. dell'art. 257 *bis*.

In questi casi, però, appare preferibile distinguere tra attività e/o omissioni (sempre del richiedente) che rendono l'atto totalmente inidoneo allo scopo (erronea trascrizione dei quesiti ammessi, compilazione di un modello difforme da quello approvato dal Ministero, mancanza dell'ammonimento del testimone ex art. 251 c.p.c. e della facoltà di astensione, nonché di precisare se ha avuto conoscenza diretta o indiretta dei fatti oggetto di testimonianza), rispetto ad attività e/o omissioni (mancanza della firma di chi compila il modello su un foglio, omessa indicazione del numero di r.g., omesso riferimento all'ordinanza ammissiva della prova) che integrano mere irregolarità. Le prime danno luogo a decadenza dalla prova, le seconde possono essere recuperate attraverso il meccanismo di cui all'art. 257 *bis* u.c. c.p.c.

Ma a prescindere da una specifica richiesta di parte, esaminate le risposte, il giudice disporrà l'audizione del terzo soprattutto per motivi strettamente contenutistici. Si pensi alle ipotesi di dichiarazioni contrastanti (il teste A dice nero; il teste B dice rosso; il teste C dice grigio); ovvero, ai casi di deposizione logicamente ed intrinsecamente contraddittoria o comunque inidonea ad eliminare incertezza sul fatto controverso.

Non sono previsti limiti temporali entro i quali il giudice può chiamare il teste a deporre davanti a lui. Anzi, a conferma di tanto, viene utilizzato l'avverbio "sempre" e ciò porta a ritenere che tale attività gli è consentita anche a preclusioni istruttorie già maturate.

Nulla è detto sulle modalità di intimazione del teste a comparire in udienza per rendere la dichiarazione e sui soggetti a tanto onerati. Soccorre, al riguardo, l'interpretazione data agli artt. 257 e 281 *ter* c.p.c. Sono le parti (quella interessata) che devono provvedere alla intimazione del teste e non già l'organo giurisdizionale, a mezzo cancelliere³⁰ e secondo le modalità di cui agli artt. 103 e 104 disp. att. c.p.c.

5. Ricadute sulla fase di trattazione

Quali i nuovi scenari, conseguenza della testimonianza scritta?

All'udienza di prima comparizione delle parti e trattazione della causa può verificarsi: *a*) il giudice concede l'appendice scritta; *b*) il giudice nega l'appendice scritta. Nel primo caso, continueranno a coesistere gli attuali due orientamenti giurisprudenziali: *a1*) concessione dei tre termini e riserva del giudice; *a2*) concessione dei tre termini e fissazione di altra udienza per l'ammissione dei mezzi di prova. Se il giudice provvede in udienza (in mancanza di richiesta di concessione dei termini ex art. 183, 6 co c.p.c.), *nulla quaestio*. E' quello il termine ultimo per manifestare la concorde volontà di far ricorso alla testimonianza scritta. In tutti i casi in cui il giudice si riserva per l'ammissione dei mezzi di prova, perché non è in grado di provvedervi in udienza (sia alla prima udienza ex art. 183 c.p.c., sia a quella fissata all'esito della concessione dei tre

³⁰ Così GAMBÀ, in CARPI-TARUFFO, *Commentario breve al codice di procedura civile e alle disposizioni sul processo societario*, sub art. 281 *ter*, Padova, 2006, 816.

termini), a nostro avviso, l'accordo può intervenire fino ad un momento antecedente la "riservata".

Il giudice, esaminate le risposte o le dichiarazioni, può sempre chiamare il testimone a deporre davanti a lui (u.c. art. 257 *bis* c.p.c.). In conformità con lo spirito della norma (che addirittura presuppone l'accordo per il ricorso a detto istituto), riteniamo che le parti debbano essere agevolate nella attività (consentita) di sollecitazione di tale potere officioso. E nell'ottica "acceleratoria" dei tempi di definizione del processo, le stesse dovrebbero avere la possibilità, all'esito delle risposte date dai testi, di poterle esaminare ed eventualmente sollecitare i poteri officiosi di cui all'ultimo comma dell'articolo in esame, prima dell'udienza fissata e successivamente al deposito del modello di testimonianza scritta.

Queste contestazioni possono essere assicurate modulando l'ordinanza ammissiva della testimonianza scritta alla stregua di quella prevista dal nuovo terzo comma dell'art. 195 c.p.c.³¹ in tema di deposito della relazione del consulente tecnico d'ufficio. Il giudice fisserà un termine al teste per fornire per iscritto le risposte ai quesiti articolati ed altro termine, anteriore alla successiva udienza, entro il quale le parti possono fare osservazioni alle risposte date e se del caso sollecitare il giudice a sentire il teste davanti a lui.

6. Conclusioni

La introduzione della testimonianza scritta nel processo civile di ordinaria cognizione ha delle conseguenze pratiche rilevanti. Le norme innanzi esaminate consentono di esprimere un "giudizio di tipo prognostico" sulla effettiva utilità del mezzo istruttorio. Alla luce dei dichiarati intenti della riforma, occorre, in concreto, verificare se essa è per davvero funzionale ad accelerare i tempi di definizione del processo civile.

La legge definitivamente approvata dal Parlamento ridimensiona la portata applicativa dell'istituto, come originariamente concepito. Subordinare la testimonianza scritta all'accordo delle parti significa, in sostanza, relegare l'assunzione scritta del teste a modalità residuale rispetto a quella tradizionale. Il tutto è accompagnato, poi, da criteri di valutazione, incidenti sulla scelta del mezzo istruttorio, tali da attribuire al giudice un'ampia discrezionalità che sembra trovare unico argine nella riscontrata antieconomicità del mezzo.

Inoltre, pur presupponendo l'accordo delle parti ed il rispetto del principio del contraddittorio³², l'intenzione del legislatore sembra quella di non lasciare il controllo dello svolgimento del mezzo di prova alle parti. Ne è conferma la lettera della norma che scandisce la sequenza delle attività dei soggetti coinvolti nell'espletamento del mezzo di prova (Ministero, parte richiedente, teste).

³¹ Il novellato terzo comma dell'art. 195 c.p.c. così recita: *"Il giudice fissa il termine entro il quale il consulente deve depositare in cancelleria la relazione ed il termine, comunque anteriore alla successiva udienza, entro il quale le parti possono depositare memorie contenenti osservazioni alla relazione del consulente"*.

³² E.F. RICCI, *Ancora novità (non tutte importanti, non tutte pregevoli) sul processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 1362, scongiura l'ingresso della testimonianza scritta nel processo togato di cognizione...nell'istituto si annida una violazione del principio del contraddittorio...le nuove norme non si preoccupano di una qualche attuazione del contraddittorio nemmeno al di fuori dell'udienza...dando l'impressione che il teste possa riempire il <<modello>> nel chiuso della sua camera, magari con l'assistenza (e la guida) della parte che vuol far deporre: tanto che per l'attuazione del contraddittorio non residua alcuno spazio, nemmeno per chi sia disposto ad una qualche transazione al riguardo.

Ma se è vero che la testimonianza scritta si forma fuori udienza, per la sua validità sono richieste anche attività di natura giudiziale. Questo, però, non elimina (né riduce) il rischio di una prova che, per non essere raccolta nel contraddittorio delle parti e davanti ad un giudice terzo, non offre le necessarie garanzie di genuinità come la prova orale e non assicura la riferibilità della stessa (unicamente) al teste. Le suddette attività, sinteticamente, riguardano: *a*) per il Ministero, la “redazione” del modulo generale di testimonianza e delle istruzioni che ne facilitano l’impiego; *b*) per la parte richiedente, la “preparazione” del prestampato ministeriale in conformità della legge e del provvedimento ammissivo della testimonianza scritta; *c*) per il terzo, la dichiarazione da eseguire secondo le prescritte modalità tecniche, l’obbligo di autentica della firma e di spedizione o consegna del plico alla cancelleria del giudice competente.

Il mancato o irregolare compimento di una delle predette attività dà luogo ad “inconvenienti”³³ che, a seconda della gravità, comportano l’irrogazione di sanzioni processuali e pecuniarie di diversa entità. Poiché nulla è specificamente detto nella legge, sarà l’interprete a dovere fornire, volta per volta, la soluzione più aderente al dato normativo. In via generale, a noi pare utile distinguere gli errori imputabili alla parte richiedente (che sono di norma soggetti a provvedimento di decadenza dalla prova, salvo, come detto, le ipotesi di mera irregolarità), dagli errori compiuti dal testimone (che rendono la dichiarazione inutilizzabile)³⁴.

In particolare, l’omessa (o non corretta) predisposizione del modello di testimonianza in conformità agli articoli ammessi, l’omessa notifica del modello e delle istruzioni a cura della parte richiedente danno luogo a decadenza dalla prova; l’omessa (o irregolare) compilazione del modello, la mancata sottoscrizione (autenticata) su ciascuna delle facciate del foglio di testimonianza, la mancata consegna (o spedizione) nel termine fissato dal giudice comportano l’inutilizzabilità della dichiarazione. In questi casi, a nostro avviso, sopperisce l’ultimo comma dell’art. 257 *bis* c.p.c. che, a prescindere da ogni parametro predeterminato e previo esame delle risposte, consente al giudice di disporre che “*il testimone sia chiamato a deporre davanti a lui*”.

L’esercizio di tale potere, configura una forma di controllo sul contenuto e sulla validità delle deposizioni scritte. Sul contenuto, in ipotesi di dichiarazioni intrinsecamente contraddittorie; sulla validità, in ipotesi di dichiarazioni non conformi al modello legale approntato dalla parte. Ovviamente, atteso che l’istituto in parola risponde a logiche acceleratorie, il giudice procederà *ex officio* a sentire il teste davanti a lui, solo se lo ritiene indispensabile ai fini del decidere³⁵.

Così inteso, specie in riferimento alle attività previste in capo al testimone, il potere di cui all’ultimo comma art. 257 *bis* c.p.c. assume una “funzione integrativa”, con riferimento al contenuto della deposizione scritta, e una “funzione correttiva” con riferimento alle mere irregolarità.

In definitiva, pur richiedendo la legge la cooperazione della parte e del testimone, il “successo” dell’istituto dipenderà sia dalle determinazioni delle parti e soprattutto dall’atteggiamento della magistratura, cui la legge assegna il

³³ Così PUNZI, *Novità legislative e ulteriori proposte di riforma in materia di processo civile*, cit., 1200.

³⁴ In argomento, BOVE, *Brevi riflessioni sui lavori in corso nel riaperto cantiere della giustizia*, cit., preconizza il verificarsi di “contenziosi”.

³⁵ Sul punto non pare ipotizzabile alcuna distinzione in riferimento alla diversa composizione dell’organo giudicante giudicante.

compito di “scegliere, controllare ed utilizzare” lo strumento processuale di nuovo conio.

In ogni caso, a noi pare che l'introduzione di questo istituto senza una seria riforma ordinamentale ed una maggiore destinazione di risorse finanziarie al pianeta giustizia (oltre che una diversa organizzazione del lavoro da parte dei giudici³⁶), non possa incidere positivamente sui tempi di definizione del processo.

Questo in generale.

Nello specifico, al di là dei rilievi innanzi svolti, non crediamo che il ricorso alla testimonianza scritta possa portare ad una riduzione dei tempi del processo.

Anche perché, per come strutturato, il giudice sarà costretto a fare spesso ricorso all'ultimo comma dell'art. 257 *bis*, chiamando il teste a deporre davanti a lui, e vanificando, così, il lavoro (suo, della parte e del teste) fino a quel momento svolto. Oltre a dare la stura a nuovi profili di impugnazione della sentenza per *errores in procedendo* per violazione delle norme appena introdotte.

³⁶ V. IANNICELLI, *La decisione del giudizio di primo grado con sentenza orale e immediata tra la fiducia del legislatore e le resistenze della prassi*, in *Riv. trim. proc. civ.*, par. 6, p. 685 – 686, il quale evidenzia l'insufficiente partecipazione del giudice alla trattazione della lite e il deficitario esercizio del potere di direzione del processo.