

## PREMESSA

Occuparsi di prova oggi significa affrontare un tema estremamente complicato e forse anche in divenire. Lo scopo che ci si prefigge è quello di tentare di fornire una definizione di una *species* della prova tanto considerata dalla giurisprudenza quanto ignorata dalla dottrina: la «prova esplorativa».

Sono innanzitutto ben noti i vari significati<sup>1</sup> che il termine «prova» as-

---

<sup>1</sup>È noto che il vocabolo «prova» ha un valore polisemantico che si manifesta «sia nel *communis usus loquendi* che si sviluppa intorno alla pratica del diritto, sia nel linguaggio, rigoroso e tecnico, della dogmatica giuridica» (I. ROSONI, *Quae singula non prosunt collecta iuvant. La teoria della prova indiziaria nell'età medievale e moderna*, Milano, 1995, p. 49, l'Autrice richiama al riguardo le parole di P. FARINACCIO, *Praxis et theorica criminalis, ... partes*, Lugduni, 1634, quae 36, n. 4, ove sottolineava come «*Probatio pluribus modis a doctoribus definitur, seu potius describitur*»). In generale in merito alla polisemanticità del termine prova cfr. F. CARNELUTTI, *La prova civile. Parte generale. Il concetto giuridico della prova*, Milano, 1992 e sulla nozione di prova in generale, successivamente a quest'ultimo, fra i tanti: V. ANDRIOLI, voce *Prova in genere (dir. civ.)*, in *Nuovo Dig. it.*, X, Torino, 1939, pp. 820 ss.; Id., voce *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIV, Torino, 1967, pp. 260 ss.; B. CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, III ed., Milano, 2010; G. LASERRA, *La prova civile*, Napoli, 1957; S. PATTI, *Prove*, in A. SCIALOIA-G. BRANCA-F. GALGANO (a cura di), *Nozioni generali, Commentario del codice civile e codici collegati*, Bologna, 2015; M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano, 1992, spec. pp. 413 ss. ove discorre di un lessico delle prove; Id., *Sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970; Id. (a cura di), *La prova nel processo civile*, in A. CICU-F. MESSINEO-L. MENGONI (dir. da)-P. SCHLESINGER (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2012; Id., *Prova (in generale)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVI, Torino, 1997, pp. 3 ss.; A. SCARDACCIONE-G. VERDE, *Le prove*, Torino, 1965; G. VERDE, voce *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, pp. 579 ss. In questo marasma semantico legato al concetto di prova, pare opportuno iniziare da una definizione omnicomprensiva quale quella data da F. SIRACUSANO, voce *Prova nel nuovo c.p.p.*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Roma, 1991, p. 1, che definisce le prove come «strumenti, posti a disposizione delle parti e del giudice, per consentire l'accertamento dei fatti controversi e quindi l'applicazione della norma giuridica» e, in riferimento al giudice, sostiene che «quest'ultimo quando perviene al convincimento, elimina gli aspetti dubbi ed ipotetici connessi ai fatti allegati dalle parti e determina i presupposti necessari per l'individuazione della fattispecie astratta a cui ricondurli».

Il concetto di prova è evidentemente legato agli strumenti che permettono la ricerca della verità storica nel processo; non si può, d'altra parte, non riportare in questa sede il dibattito fondamentale e ancora acceso, tra chi sostiene che il fine ultimo, se non esclusivo, della prova sia il raggiungimento della verità storica e coloro che, pur senza ripudiare la dimensione epistemologica delle norme sull'istruzione probatoria, vedono il sistema delle prove come un sistema normativo-positivo soggetto a variabili storiche, politiche, economiche e

sume sia nel linguaggio comune sia nella legislazione sia, infine, nella giurisprudenza.

La dottrina ha compiutamente illustrato la natura polisemantica del termine; in questa sede e ai nostri fini, tuttavia, il termine «prova» deve intendersi come «mezzo di prova», attribuendogli dunque un significato analogo a quello che, nella *common law*, si chiama «evidence» in contrapposizione alla «proof»<sup>2</sup>.

sociali. Tra i sostenitori della prima tesi ricordiamo: P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in *Opere giuridiche*, Napoli, 1965, pp. 393 ss., spec. p. 402; M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, 2009, pp. 74 ss.; ID., *Contro la verophobia – Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, pp. 1003 ss.; ID., sub *Art. 115*, in A. CARRATTA-M. TARUFFO (a cura di), *Poteri del giudice*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario al codice di procedura civile*, Bologna, 2011, pp. 473 ss.; ID., *La verità nel processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, pp. 1117 ss.; ID., *La decisione giudiziaria e la sua giustificazione: un problema per le neuroscienze?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, pp. 1239 ss.; viceversa ritengono che il processo sia comunque un fenomeno giuridico retto da un sistema di norme che condiziona la sua capacità di raggiungimento della verità storica: B. CAVALLONE, *Critica alla teoria delle prove atipiche*, in *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., pp. 335 ss.; L. 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, pp. 108 ss.; G. MONTELEONE, *Intorno al concetto di verità «materiale» o «oggettiva» nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, pp. 1 ss. Il tema della verità, da sempre oggetto di studio, ha avuto di recente nuovo impulso a partire dalla già citata opera di M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, cit., cui hanno fatto seguito gli scritti di B. CAVALLONE, *In difesa della veriphobia (Considerazioni amichevolmente polemiche su un recente libro di Michele Taruffo)*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, pp. 1 ss.; S. CHIARLONI, *La verità presa sul serio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, pp. 695 ss. Il tema viene trattato anche nell'ambito del diritto processuale penale, sul punto, senza pretese di completezza, cfr.: C. CONTI, voce *Verità processuale*, in AA.VV., *Procedura penale*, in G. SPANGHER (a cura di), *Dizionari sistematici di Guida al Diritto*, Milano, 2008, pp. 427 ss.; ID., *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007, pp. 9 ss.; P. FERRUA, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in P. FERRUA-F.M. GRIFANTINI-G. ILLUMINATI-R. ORLANDI (a cura di), *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 2007, pp. 295 ss.; G. GULLOTTA, *La ricostruzione della realtà nel processo penale quale realtà convenzionale*, in G. GULLOTTA (a cura di), *Trattato di psicologia giudiziaria nel processo penale*, Milano, 1987, pp. 1105 ss.; F. CAPRIOLI, *Verità e giustificazione nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, pp. 608 ss.; I. ROSONI, *Verità storica e verità processuale. Lo storico diventa perito*, in *Acta Historiae*, 2011, pp. 127 ss. La dottrina differenzia anche fra «contesto di scoperta e contesto di giustificazione – o giuridicamente fra contesti di ricerca, di decisione e di giustificazione – così come distingue tra i vari significati di “prova” (come elemento conoscitivo, come attività probatoria, come risultato dell'attività probatoria)» (G. TUZET, *Filosofia della prova giuridica*, Torino, 2013, pp. 4 ss.); per citare A. PROTO PISANI, *Appunti sulle prove civili*, in *Foro it.*, 1994, col. 500-51, «si può dire che in una prima accezione (“prova”) designa i mezzi utilizzabili per la dimostrazione del *thema probandum* (i mezzi di prova); in una seconda accezione designa il procedimento probatorio, ossia l'insieme della attività attraverso le quali nel processo vengono assunti i mezzi di prova; in una terza accezione designa il risultato del procedimento probatorio»; cfr. anche V. DENTI, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, pp. 414 ss., ora anche in *Un progetto per la giustizia civile*, Bologna, 1982, pp. 61 ss.

<sup>2</sup> Nell'ambito della *common law*, invece, vengono utilizzati i due diversi termini «evidence» e «proof»: l'«evidence» è costituita dall'insieme dei mezzi di prova mediante i quali viene accertata l'esistenza o l'inesistenza dei fatti storici oggetto della lite; la «proof» è, invece, il ri-

Quanto poi all'aggettivo «esplorativa», quest'ultimo potrebbe indurre a pensare ai grandi esploratori e, dunque, a ritenere che il responsabile dell'accertamento del fatto nel processo sia necessariamente un fan di Sherlock Holmes o – per parità di genere – della Signora in giallo. In realtà rispetto a qualsiasi enunciato la definizione non basta per comprendere il concetto e sarebbe necessario, come nella torre di Babele, esaminare tutti i diversi livelli di significato<sup>3</sup>, tenendo in considerazione che ogni livello condiziona ed è condizionato dagli altri.

Dunque il significato si può davvero trarre solo acquisendo cognizione delle situazioni e dei contesti in cui il termine è usato, come già ci aveva insegnato Lewis Carroll<sup>4</sup>; in generale la giurisprudenza utilizza l'espressione «prova esplorativa» al fine di identificare due fenomeni. Precisamente, «prova esplorativa» è sia quella prova che supera l'onere di allegazione delle parti sia quella che, invece, deroga alla regola di giudizio di cui all'art. 2697 c.c.

Si tratta di fenomeni diversi posto che, nel primo caso, l'esplorazione consiste nella ricerca di altri elementi fattuali, ulteriori rispetto a quelli dedotti dalle parti, nel secondo, il problema non è il *thema probandum* e i suoi limiti, bensì l'individuazione del soggetto che di quel *thema probandum* si deve occupare<sup>5</sup>.

---

sultato dell'attività di accertamento: «*proof is the process of inference from evidence, data or assumptions to a conclusion*» (L. LOEVINGER, *Standards of Proof in Science and Law*, in *Jurimetrics*, 1992, pp. 323 ss., spec. p. 343).

<sup>3</sup> Cfr. A. MORO, *Dove puntare il cannocchiale*, in *L'indice*, febbraio 2019, reperibile al sito [www.lindiceonline.com](http://www.lindiceonline.com); ID., *I confini di Babele. Il cervello e il mistero delle lingue impossibili*, Bologna, 2018; N. CHOMSKY, *Il mistero del linguaggio*, Milano, 2018.

<sup>4</sup> È ben noto che in *Alice's Adventures in Wonderland*, Lewis Carroll utilizza una serie di giochi linguistici e in particolare non solo i *portmanteau*, precisamente le parole inventate dall'Autore in cui due o più significati sono tenuti insieme in un unico vocabolo, ma anche quei termini realizzati utilizzando relazioni logiche. A titolo esemplificativo cfr. il dialogo fra Alice e il Re Bianco: L. CARROLL, *Alice nel mondo dello specchio*, Milano, 1992, pp. 225 ss. Quanto in particolare ai *portmanteau* cfr. anche Joyce, e i riferimenti reperibili in "*Finnegans wake*" e in "*Ulysses*".

<sup>5</sup> Il principio dell'onere della prova è espresso all'art. 2697 c.c.: «chi vuol far valere in giudizio un diritto deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda». La norma contiene sia una regola sulla distribuzione degli oneri della prova tra le parti (l'attore ha l'onere di provare i fatti costitutivi del proprio diritto, mentre il convenuto ha l'onere di provare i fatti estintivi, modificativi ed impeditivi della pretesa attorea), sia una regola di giudizio (il giudice è onerato da un dovere decisorio non potendo mai concludere il giudizio con il *non liquet*). Nel caso di prova insufficiente, mancante o contraddittoria, il giudice è tenuto a sancire la soccombenza dell'attore. La regola è riassunta nel brocardo latino *actore non probante reus absolvitur*. Cfr. nella dottrina italiana: G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile. Volume I. I concetti fondamentali. La dottrina delle azioni*, Napoli, 1935, pp. 5 ss.; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile, Volume II. I rapporti processuali. Il rapporto processuale ordinario di cognizione*, Napoli, 1936, pp. 318 ss.; E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936, pp. 331 ss.; V. ANDRIOLI,

Premesso che l'obiettivo è quello di concentrarsi sul primo significato di prova esplorativa di cui sopra, la differenza si coglie analizzando i provvedimenti che di prova esplorativa discorrono e gli istituti ai quali la giurisprudenza si riferisce nell'ambito degli stessi; dunque, proprio da tale analisi rispetto alle diverse prove che esplorative possono essere considerate, sarà necessario muovere. Dovremmo occuparci dell'esibizione, della richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione, dell'ispezione, della consulenza tecnica e dell'ordine di informazioni di cui all'art. 121-bis c.p.i.<sup>6</sup>

Una volta analizzato come l'enunciato venga utilizzato in relazione ai mezzi di prova che notoriamente vengono tacciati di esploratività, l'obiettivo che ci si propone è quello di verificare, da un lato, in cosa consista, rispetto agli istituti citati, l'esploratività e, dall'altro lato, se abbia tutt'oggi senso parlare di «prove esplorative».

Per fare ciò dovremo necessariamente ripercorrere le fondamenta dell'onere di allegazione delle parti, muovendo dall'assunto di come ormai la dottrina sia unanime nel ritenere che, nel processo civile, non abbia senso parlare di violazione del principio dispositivo o di poteri inquisitori del giudice<sup>7</sup>; dovremo altresì individuare in cosa consista l'onere della prova

---

voce *Prova* (*dir. proc. civ.*), cit., pp. 260 ss.; G.A. MICHELI, *L'onere della prova nel processo civile*, Padova, 1966; G. VERDE, *Considerazioni sulla regola di giudizio fondata sull'onere della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, pp. 438 ss.; ID., *L'onere della prova nel processo civile*, Camerino, 1974; ID., voce *Prova* (*dir. proc. civ.*), in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, pp. 579 ss.; M. TARUFFO, voce *Onere della prova*, cit., pp. 65 ss.; ID., *L'onere come figura processuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, pp. 425 ss.; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., pp. 249 ss.; S. PATTI, *Le prove. Parte generale*, Milano, 2010, pp. 47 ss.; E. BENIGNI, *Presunzioni giurisprudenziali e riparto dell'onere probatorio*, Torino, 2014, pp. 7 ss.; G.F. RICCI, *Questioni controverse in tema di onere della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, pp. 321 ss.; T.M. PEZZANI, *La distribuzione dell'onere della prova nell'azione di reintegrazione del possesso*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, pp. 1365 ss.; ID., *Il regime convenzionale delle prove*, Milano, 2004.

<sup>6</sup>L'analisi verrà svolta tenendo in considerazione esclusivamente gli istituti indicati e la loro disciplina nel contesto del processo statale, senza dunque alcun riferimento al giudizio arbitrale, nell'ambito del quale alcune delle tematiche che verranno affrontate nel prosieguo hanno chiaramente una portata ed una soluzione profondamente diverse.

<sup>7</sup>La contrapposizione tradizionale tra principio dispositivo e principio inquisitorio è stata messa in discussione dalla dottrina che ha sottolineato come il ragionamento per contrapposizione di principi o di *Maximen* sia necessariamente da superare in quanto inconcludente. Cfr. sul punto B. CAVALLONE, *I poteri di iniziativa istruttoria del giudice civile. Premessa storico critica*, in *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit.; ID., *Crisi delle maximen e disciplina dell'istruzione probatoria*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, pp. 678 ss.; cfr. anche E. FABIANI, *I poteri istruttori del giudice civile. Primo contributo al chiarimento del dibattito*, Napoli, 2008, p. 294, ove sottolinea come significativo sia stato anche lo sforzo ricostruttivo di A. Proto Pisani «il quale, pur non ponendosi espressamente il problema della necessità o meno di procedere ad un superamento della tradizionale contrapposizione, procede evidentemente ad un superamento della stessa», distinguendo tra il caso in cui il giudice sia dotato di «poteri di ricerca autonoma delle fonti materiali di prova e dei fatti secondari fonti di presunzioni» dal caso in cui lo stesso giudice abbia poteri *ex officio* solo in relazione a «fonti materiali di prova (e fatti secondari) che siano notorie o siano emerse nel corso del processo».

nelle sue diverse accezioni, non solo domestiche<sup>8</sup> e comprendere se dav-

In realtà il sistema delle *Maximen* è stato per la prima volta teorizzato da N.T.V. GÖNNER che, in uno scritto del 1804 (*Handbuch des deutschen gemeinen prozesses*, II ed., Erlangen, 1804), aveva contrapposto la *Verhandlungsmaxime* alla *Untersuchungsmaxime*. La nascita della metodologia fondata sulle *Maximen* costituisce il portato storico di una tendenza volta a far convergere la disciplina di ogni processo entro uno schema generale ed astratto; l'abbandono della tendenza citata, tipica del razionalismo giuridico, si è in realtà verificato non solo nell'ambito della dottrina tedesca (F. BOMSDORF, *Prozessmaximen und Rechtswirklichkeit*, Dunker & Humblot, Berlino, 1971; K.W. NORR, *Naturrecht und Zivilprozess*, Tubingen, Mohr, 1976; R.V. CANSTEIN, *Die rationellen Grundlagen des Zivilprozesses*, Wien, 1877), ma anche in quella italiana (T. CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di E. Redenti*, Vol. II, Milano, 1951, pp. 695-772). A Carnacini si deve in particolare il merito di aver per primo criticato la sistemazione concettuale delle *Maximen* così come prospettata da Gönner e recepita dalla dottrina italiana. In particolare, l'Autore, pur non criticando in termini espliciti il metodo delle *Maximen* («Personalmente non ho alcun partito preso contro il metodo delle c.d. 'massime' (almeno in lingua italiana), dei c.d. principi (purché, s'intende, non si elevi in tal modo a concetti aprioristici e perciò assoluti quanto serve soltanto per indicare in maniera sintetica certe caratteristiche, di volta in volta accertate *de jure condito* o da attuarsi in sede legislativa in luogo di altre»), sottolinea però come l'errore della teoria di derivazione germanica consista nell'aver «inserito il problema esclusivamente nell'ambito del processo e dei relativi confini» senza dunque aver riconosciuto che, invece, «tutto quello che consacra il monopolio della parte di fronte al giudice nel ricorrere al processo civile e nel servirsene, e quindi nel perseguire la realizzazione di un interesse materiale attraverso questo strumento, non è riconducibile sotto alcun principio processuale». In generale nella dottrina italiana cfr. F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953; E.T. LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, pp. 551 ss.; M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Vol. I, Milano, 1962; E. GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, pp. 580 ss.; A. NASI, *Disposizione del diritto ed azione dispositiva. Contributo allo studio del processo dispositivo nel processo civile di cognizione*, Milano, 1965; L. MONTESANO, *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, pp. 189 ss.; B. CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., in particolare cap. I, II, III e V.

<sup>8</sup> In particolare, il riferimento è alle diverse accezioni dell'onere della prova così come delineate nell'ambito degli ordinamenti di *common law* ed innanzitutto alla distinzione fra il c.d. "*burden of persuasion*" e il c.d. "*burden of production*" (assolutamente rilevante al fine della bipartizione in questione è la ricostruzione del concetto di "*burden of proof*" operata da J.B. THAYER, *A Preliminary Treatise on Evidence at Common Law*, Boston, 1898). Recentemente cfr. D.A. NANCE, *The Burdens of Proof. Discriminatory Power, Weight of Evidence and Tenacity of Belief*, Cambridge, 2016, ove sottolinea come il "*burden of persuasion*" consista in quel profilo dell'onere della prova che, sebbene indicato dal diritto, è applicato da colui che accerta il fatto; pone il tema di quale *standard* di prova debba essere soddisfatto e, dunque, distingue il "*burden of persuasion*" dal "*burden of production*", quel profilo dell'onere della prova «*that is applied (almost exclusively) by the court*». In realtà, nell'ambito della stessa dottrina di *common law*, talvolta il "*burden of persuasion*" viene identificato come "*legal burden*", mentre il "*burden of production*" è in alcuni casi chiamato "*evidential burden*" (C. TAPPER-R. CROSS, *Cross and Tapper on Evidence*, VIII ed., London, 1995, pp. 119-125). In generale, sulla distinzione tra "*burden of persuasion*" e "*burden of production*": cfr. S. WEXLER, *Burden of Proof, Writ Large*, in *University of British Columbia Law Review*, 1999, pp. 75 ss.; C.T. MCCORMICK, *Charges on Presumptions and Burden of Proof*, in *North Carolina Law Review*, 1927, Vol. V, pp. 291 ss.; R.B. DWORKIN, *Easy Cases, Bad Law, and Burdens of Proof*, in *Vanderbilt Law Review*, 1972, pp. 1151 ss.; A. ABBOTT, *Two Burdens of Proof*, in *Harvard Law Review*, 1892, pp. 125 ss.; R. POUND, *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Admin-*

vero abbia senso parlare di violazione del principio in questione; infine dovremo necessariamente valutare quale impatto abbia, in questo contesto, il principio di acquisizione<sup>9</sup>.

Le conclusioni raggiunte si ritiene potranno esserci utili al fine di comprendere, da un lato, se davvero abbia senso parlare di «prova esplorativa» o se, invece, non sia giunto il momento di abbandonare un'espressione che presenta evidenti elementi di ambiguità, come già rilevato oltre oceano per quanto concerne la c.d. "fishing expedition" e, dall'altro lato, quale debba essere l'approccio dell'ordinamento e dell'interprete rispetto ad alcune modalità di accertamento del fatto che si caratterizzano, quan-

---

*istration of Justice, Addresses Before the Annual Convention of the American Bar Association, August 29<sup>th</sup>, 1906, in American Lawyer, 1996, pp. 445 ss.; J. STONE, Burden of Proof and Judicial Process: A Commentary on Joseph Constantine Steamship, Ltd. v Imperial Smelting Corporation, Ltd., in Law Quarterly Review, 1944, pp. 262 ss.; D.A. NANCE, The Weights Of Evidence, in Episteme: A Journal Of Social Epistemology, 2008, pp. 267 ss.; ID., Adverse Inferences about Adverse Inferences: Restructuring Juridical Roles for Responding to Evidence Tampering by Parties to Litigation, in Boston University Law Review, 2010, pp. 1089 ss. Recentemente sul tema cfr. la tesi di dottorato di M. GARAVAGLIA, La ripartizione dell'onere della prova negli ordinamenti di common law, 2017.*

<sup>9</sup> Si tratta del principio per il quale i risultati delle attività istruttorie sono comuni tra le parti, con questo intendendo che «allorché l'attività di una parte è perfetta e completa per produrre i suoi effetti giuridici, questi possono essere utilizzati dall'altra parte» (così cfr. G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, p. 748; in senso analogo, C. FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova, 1940, p. 73, ove sottolinea che le parti dispongono del materiale probatorio prima e fuori dal processo non «una volta acquisito al processo» quando diviene «di dominio del giudice»; M.T. ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1964, p. 364; G.A. MICHELI, *L'onere della prova (rist.)*, Padova, 1967, p. 148; e V. ANDRIOLI, voce *Prova (dir. proc. civ.)*, cit., pp. 260 ss.). In merito cfr. anche: S.A. VILLATA, *Prova documentale e principio di acquisizione: un difficile connubio (specialmente) nel giudizio di appello*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, pp. 315 ss.; D. TURRONI, *Produzione e acquisizione del documento nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, pp. 175 ss. In proposito la giurisprudenza precisa che: «Il principio generale di riparto dell'onere probatorio di cui all'art. 2697 c.c. deve essere contemperato con il principio di acquisizione, desumibile da alcune disposizioni del codice di rito (quale ad esempio l'art. 245 comma 2 c.p.c.) ed avente fondamento nella costituzionalizzazione del principio del giusto processo, in base al quale le risultanze istruttorie, comunque acquisite al processo, e quale che sia la parte ad iniziativa o ad istanza della quale si siano formate, concorrono tutte alla formazione del convincimento del giudice. Ne deriva che la soccombenza dell'attore consegue all'inottemperanza dell'onere probatorio a suo carico soltanto nell'ipotesi in cui le risultanze istruttorie, comunque acquisite al processo, non siano sufficienti per provare i fatti che costituiscono il fondamento del diritto che si intende far valere in giudizio» (Cass. 9 giugno 2008, n. 15162, in *Pluris*, 2008) e che dunque il potere delle parti è, a prova raccolta, superato dal principio di acquisizione, secondo il quale «le risultanze istruttorie ... quale che sia la parte ad iniziativa o ad istanza della quale sono formate, concorrono tutte indistintamente alla formazione del convincimento giudiziale» (Cass. 24 gennaio 2003, n. 1112, in *Pluris*; Cass. 7 agosto 2002, n. 11911, in *Pluris*; Cass. 2 febbraio 2001, n. 1505, in *Pluris*; Cass. 19 aprile 2000, n. 5126, in *Pluris*; Cass. 25 settembre 1998, n. 9592, in *Pluris*; Cass. 28 novembre 1998, n. 12121, in *Pluris*; Cass. 3 maggio 1996, n. 4077, in *Pluris*; Cass. 25 maggio 1995, n. 5747, in *Pluris*; Cass. 25 marzo 1995, n. 3564, in *Pluris*; Cass. 1° febbraio 1995, n. 1153, in *Pluris*; Cass. 3 aprile 1992, n. 4118, in *Pluris*).

tomeno apparentemente, per oggettività e che si ritiene siano riconducibili a quel fenomeno denominato “intelligenza artificiale”.

Al fine di procedere nell'analisi sarà opportuno qualche parallelismo con il giudizio penale e ciò in quanto sembra di poter aderire alla tesi secondo la quale, in ambito penalistico, ben di più di quanto non sia in ambito civilistico, l'accertamento del fatto costituisce il *core business* del processo<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> B. CAVALLONE, *Scritti ritrovati sul processo civile e il giudizio di fatto*, Milano, 2016, p. 202, sottolinea come «praticamente in tutti i processi penali la ricostruzione del fatto assume importanza decisiva ed evidenza “drammatica”; nel civile, ci sono molte cause nelle quali si controverte soltanto su questioni di diritto, ed altre ancor più numerose, nelle quali l'indagine sul fatto si risolve nell'interpretazione dei documenti prodotti dalle parti»; in senso analogo cfr. F. CARNELUTTI, *Teoria del falso*, Padova, 1935, pp. V-VI: «D'altra parte gli studiosi del diritto civile e, in particolare, del diritto processuale, non conosceranno mai a fondo l'istituto delle prove se non lo considerano attentamente sotto quel suo profilo penale, che riguarda in gran parte la falsità. Non si tratta qui tanto di delineare la nozione del falso civile, che, come dirò, è un riflesso della sua nozione penale, quanto di estendere e di approfondire, attraverso lo studio delle norme penali, le cognizioni fondamentali intorno alle prove».





## CAPITOLO I

# L'ESIBIZIONE

SOMMARIO: 1. La natura dell'esibizione e la disciplina della stessa. – 2. La necessità dell'esibizione. – 3. La specifica individuazione dell'oggetto dell'ordine di esibizione. – 4. L'ordine di esibizione nelle controversie bancarie e l'art. 119 T.U.B. – 5. La richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione (art. 213 c.p.c.).

### 1. La natura dell'esibizione e la disciplina della stessa

Un istituto del diritto dell'istruzione probatoria del quale si è predicata l'esploratività da parte della giurisprudenza è certamente l'ordine di esibizione *ex art. 210 c.p.c.*<sup>1</sup>. In particolare la Corte di Cassazione ha anche recentemente ribadito che si tratta di uno strumento istruttorio utilizzabile solo se: «non esplorativo e, in particolare, se rispettoso dell'onere di allegazione<sup>2</sup> nonché dell'onere della prova<sup>3</sup>».

---

<sup>1</sup> Per una prima bibliografia sul tema cfr. A. CONIGLIO, *Questioni in tema d'esibizione di documenti in giudizio*, in *Riv. dir. priv.*, 1931, pp. 91-99; S. LA CHINA, *L'esibizione delle prove nel processo civile*, Milano, 1960; ID., voce *Esibizione delle prove*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, pp. 698 ss.; ID., voce *Esibizione delle prove*, in *Enc. giur.*, XIII, 1989, p. 1 ss.; V. SPARANO, *L'esibizione di prove nel processo civile*, Napoli, 1961; A. MASSARI, *Esibizione delle prove*, in *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino, 1960, pp. 836 ss.; A. DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova, 1985; B. CAVALLONE, voce *Esibizione delle prove nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1991, pp. 664 ss.; A. GRAZIOSI, *L'esibizione istruttorie nel processo civile italiano*, Milano, 2003; B. FICCARELLI, *Esibizione di documenti e discovery*, Torino, 2004; G. RUFFINI, *Produzione ed esibizione di documenti*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, pp. 433 ss.; F. ROTA, sub *art. 210 c.p.c.*, in F. CARPI-M. TARUFFO (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura civile*, Padova, 2015, pp. 903 ss.; G. RAMPAZZI, *Il documento non immediatamente disponibile*, in A. RONCO (a cura di), *Il documento nel processo civile*, Bologna, 2011, pp. 462 ss.; V. CARNEVALE, sub *art. 210 c.p.c.*, in L.P. COMOGGIO-C. CONSOLO-B. SASSANI-R. VACCARELLA (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, Torino, 2012, pp. 667 ss.; D. VOLPINO, sub *art. 210 c.p.c.*, in M. TARUFFO (a cura di), *Dell'istruzione probatoria*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, Bologna, 2014, pp. 185 ss.; L. DITTRICH, *L'esibizione delle prove*, in *Trattato Omnia, Diritto processuale civile*, t. II, Milano, 2019.

<sup>2</sup> Cfr. Cass. 16 novembre 2015, n. 23378, in *Pluris*.

<sup>3</sup> Cfr. Cass. 15 febbraio 2019, n. 4538, in *Pluris*.

Al fine di comprendere il significato della connotazione di esploratività, pare essenziale ricordare che l'esibizione è una modalità di acquisizione di un documento o di «altra cosa» al processo. I dati normativi cui bisogna far riferimento per inquadrare sistematicamente l'istituto sono certamente l'art. 210 c.p.c., nel contesto del quale si precisa che è necessaria l'istanza di parte<sup>4</sup> e l'art. 94 disp. att. c.p.c. che disciplina il contenuto dell'istanza.

---

<sup>4</sup>Nel nostro ordinamento esiste almeno un'ipotesi di esibizione d'ufficio, ossia quella di cui all'art. 2711 comma 2 c.c. che esplicitamente consente al giudice di ordinare, anche in via officiosa, l'esibizione dei libri contabili «per estrarne le registrazioni concernenti la controversia in corso» nonché «l'esibizione di singole scritture contabili, lettere, telegrammi o fatture concernenti la controversia stessa». In realtà la constatazione dell'esistenza di una norma siffatta ha dato luogo ad un intenso dibattito dottrinale in merito alla compatibilità della stessa con l'istituto dell'esibizione così come delineato dall'art. 210 c.p.c. Al riguardo vi è chi ha sostenuto che la fattispecie *de qua* rappresenti un mero *lapsus* del legislatore (così F. LANCELOTTI, *Esibizione di prove e sequestri*, in *Studi in onore di Redenti*, II, Milano, 1951, pp. 517 ss.; nonché A. MASSARI, *Esibizione delle prove*, cit., pp. 847 ss., che ritiene si tratti di un difetto di coordinamento con l'art. 210 c.p.c. difficilmente spiegabile in termini razionali); S. LA CHINA, *L'esibizione delle prove nel processo civile*, cit., pp. 700 ss. In merito cfr. anche E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, 1992, Milano, pp. 372-373, secondo il quale il difetto di coordinamento è «dimostrazione degli inconvenienti derivanti dall'aver voluto collocare nel codice civile una parte delle norme sulle prove»; chi ha invece attribuito alla disposizione del codice civile natura di norma speciale con funzione derogatoria della disciplina generale dell'esibizione (V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979, pp. 674-675; V. CARNEVALE, sub art. 212, in L.P. COMOGGIO-C. CONSOLO-B. SASSANI-R. VACCARELLA (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, III, t. I, 2012, p. 697). Inoltre, in merito alla prima parte dell'art. 2711 comma 2 c.c., vi è in letteratura anche chi ha sostenuto che la disposizione in parola integri una forma di ispezione giudiziale anziché una forma di esibizione in senso tecnico e che l'apparente contraddizione tra le due norme possa essere adeguatamente superata per il tramite di una semplice precisazione terminologica (B. CAVALLONE, voce *Esibizione delle prove nel diritto processuale civile*, cit., pp. 668 ss.; nonché ID., *Il giudice e la prova nel processo civile*, pp. 234 ss. L'Autore precisa che la *ratio* della disciplina dell'art. 2711 c.c. ben si coglie in relazione all'oggetto, considerato che i libri di commercio non sono sottoposti a nessuna forma di pubblicità legale, ma comunque soggetti ad alcune incombenze, quanto a tenuta e conservazione, che si possono comprendere solo se intese a soddisfare un interesse pubblico, spec. pp. 235-236, nelle parole dell'Autore «mentre, insomma, la segretezza degli altri documenti privati è veramente tale ad ogni effetto (salva l'esibizione in giudizio, ordinata su istanza di parte ai sensi dell'art. 210 c.p.c.) l'obbligatorietà stessa della tenuta dei libri di commercio si giustifica soltanto in funzione di quelle situazioni in cui il loro contenuto diventa conoscibile all'esterno. (...) L'ammissibilità dei libri di commercio, mentre per un verso non assume a sua volta una particolare rilevanza politica (rilevanza che semmai può riconoscersi soltanto alle norme sostanziali che conferiscono ai libri di commercio questo carattere semi-pubblico), per altro verso può valere a sottolineare ulteriormente l'arbitrarietà del divieto di ispezionare dei documenti, là dove esso si estende ai documenti veramente pubblici)». Peraltro, vi è chi in dottrina ha criticato questa impostazione sottolineando come il testo normativo sia stato pressoché del tutto trascurato, là dove il dato certo che rimane invariato è invece la possibilità di acquisire in giudizio ad opera del giudice i documenti sopracitati, a prescindere dalla configurazione dogmatica dell'istituto come ispezione o esibizione (cfr. A. GRAZIOSI, *Riflessioni sull'ordine di esibizione nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 1356: «in merito all'interpretazione fornita del primo periodo della disposizione in commento, basti ri-

cordare che essa è sostanzialmente neutra rispetto al problema che qui si sta esaminando, perché l'esistenza del potere del giudice di estendere d'ufficio la propria indagine istruttoria a documenti non prodotti dalle parti, non viene negata. Che poi si tratti di esibizione o di ispezione è questione dogmaticamente rilevante sulla quale, per ora, è sufficiente osservare che l'art. 212 c.p.c., nell'ambito della disciplina generale dell'esibizione, consente espressamente che in sostituzione dei libri commerciali siano acquisiti agli atti di causa degli estratti delle parti rilevanti dei medesimi, formati da un notaio, su incarico del giudice») e rimarcando che in relazione al secondo periodo della norma il dato testuale è inequivoco (A. GRAZIOSI, *Riflessioni sull'ordine di esibizione nel processo civile*, cit., p. 1357, «va sottolineato che il potere istruttorio esercitabile d'ufficio di cui all'art. 2711 c.c., comma 2, appare tutt'altro che privo di una sua *ratio* ispiratrice. Quelli elencati in questa disposizione, sono infatti i libri e i documenti che l'imprenditore è obbligato a «conservare ordinatamente» ai sensi dell'art. 2214 c.c. L'esistenza di quest'obbligo di conservazione, se da un lato sta a significare che quei documenti debbano rimanere disponibili per potere spiegare anche in futuro la loro funzione probatoria (non necessariamente a favore di chi li detiene, altrimenti non sarebbe obbligato a conservarli), dall'altro implica che non possa sussistere dubbio (almeno in termini formali) circa la loro esistenza. Orbene, se questo è vero appare del tutto giustificato sul piano razionale che il giudice possa attivarsi officiosamente per acquisire agli atti dei documenti che certamente esistono, e che, pur non pubblici, debbono rimanere a disposizione di chi è interessato alla prova dei fatti in essi rappresentati»).

Peraltro, si ritiene sia ormai ineludibile che esistono nel nostro ordinamento altre ipotesi di esibizioni *ex officio*. In tal senso rilevante è la riforma realizzata in materia di procedimenti di separazione e divorzio con il d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154. Ed infatti se da un lato, già in passato gli artt. 5 e 6 comma 9 della legge 1° dicembre 1970, n. 898, presupponevano un potere generalizzato di disporre *ex officio* di mezzi istruttori, dall'altro lato la nuova disciplina – anche sulla base della limitata applicazione che le norme succitate hanno avuto – sancisce un esplicito potere del giudice di disporre un «accertamento della polizia tributaria sui redditi e sui beni oggetto della contestazione anche se intestati a soggetti diversi» come recita l'art. 337-ter comma 4 c.c.

Premesso che questo potere non si distanzia più di tanto da quello che già era riconosciuto al giudice ai sensi dell'art. 5 comma 9 della legge 1° dicembre 1970, n. 898 (che consentiva al giudice di ordinare «indagini sui redditi, sui patrimoni e sull'effettivo tenore di vita, valendosi, se del caso, anche della polizia tributaria») e che vi è chi ha sottolineato le difficoltà di esercizio del potere in questione in fase cautelare (F. NOCETO, *Carente efficacia probatoria dell'ordine di esibizione. Ipotesi ricostruttive*, in *Giusto proc. civ.*, 2017, pp. 243-268), sembra ineludibile che si tratti di un'ipotesi *ex lege* di esibizione officiosa, peraltro, significativamente discrezionale (cfr. sul punto Cass. 17 giugno 2009, n. 14081, in *Pluris*, anche in *Fam. dir.*, 2010, pp. 373 ss., con nota di G. COSTANTINO, *Accertamento dei redditi dei coniugi e poteri officiosi del giudice della separazione*, per la quale «anche in materia di separazione personale dei coniugi deve ritenersi applicabile in via analogica l'art. 5 comma 9 della legge 1° dicembre 1970, n. 898, come modificato dall'art. 10 della legge 6 marzo 1987, n. 74, il quale prevede, in caso di contestazioni sull'effettivo tenore di vita dei coniugi, la facoltà del tribunale di avvalersi della polizia tributaria; facoltà che, peraltro, rientra nella discrezionalità del giudice di merito, il quale non è tenuto ad avvalersene ove ritenga provata compiutamente «*aliunde*» la situazione patrimoniale ed economica delle parti, tanto più che, ai fini della quantificazione dell'assegno di mantenimento, non è necessaria la determinazione dell'esatto importo dei redditi posseduti attraverso rigorose analisi contabili e finanziarie, essendo sufficiente un'attendibile ricostruzione delle complessive situazioni patrimoniali e reddituali dei coniugi». Atteso dunque il carattere discrezionale del potere esercitabile dal giudice di merito, «l'eventuale omissione di motivazione sul diniego di esercizio del relativo potere [...] non è censurabile in sede di legittimità, ove, sia pure per implicito, tale diniego sia logicamente correlabile ad una valutazione sulla superfluità dell'iniziativa per ritenuta sufficienza dei dati i-

## La natura dell'esibizione, nell'ampio *genus* dell'istruzione probatoria<sup>5</sup>,

struttori acquisiti»). In generale sul tema cfr. il recente contributo di B. FICCARELLI, *I poteri del giudice di accertamento e di indagini sui redditi familiari ed i limiti imposti dall'ordinamento: il problema dell'esibizione documentale*, in *Il diritto degli affari*, 2019, pp. 368 ss.

Sempre quale ipotesi di esibizione *ex officio* rileva il procedimento di opposizione avverso l'ordinanza-ingiunzione amministrativa; precisamente il procedimento disciplinato dalla legge 3 maggio 1967, n. 317. Nell'ambito di tale giudizio, infatti, si profila un vero e proprio dovere del magistrato di ordinare *ex officio* alla p.a. l'esibizione del verbale dell'infrazione, qualora l'opponente neghi di aver ricevuto la notifica. La Cassazione è giunta ad affermare che esiste un vero e proprio dovere in capo al giudice di ordinare l'esibizione *ex officio* del verbale dell'infrazione sulla base dell'art. 9 della legge 3 maggio 1967, n. 317 che prevede espressamente la possibilità per l'opponente di stare in giudizio senza ministero di difensore, in deroga a quanto disposto dall'art. 82 comma 2 c.p.c. In particolare, secondo l'elaborazione giurisprudenziale, la carenza di difesa tecnica deve necessariamente dar luogo ad una concezione meno formalistica del rapporto tra il giudice e le parti ed alla prevalenza dell'impulso d'ufficio: «se, infatti, dovesse continuare ad essere prevalente – come nel giudizio ordinario – l'impulso di parte (che trova la sua massima estrinsecazione nel principio secondo cui *iuxta probata et alligata iudex decidere debet*) la mancanza di un difensore tecnico si riterrebbe inammissibile a danno dei più sprovveduti, sicché sarebbe impossibile comprendere la *ratio* della facoltà concessa in proposito dal legislatore. Che tale facoltà sia, invece, inscindibilmente connessa con la concessione di un giudizio a prevalente impulso d'ufficio trova irrefutabilmente conferma testuale nello stesso art. 9 sopra citato, là dove pone a carico della cancelleria l'incombenza di provvedere alla notifica del ricorso e del decreto». Sulla base di ciò, la giurisprudenza ha altresì chiarito che il dovere del giudice di ordinare alla p.a. l'esibizione viene meno solo qualora lo stesso giudice ritenga di dover presumere provato, ai sensi dell'art. 116 c.p.c., il fatto allegato dal ricorrente, precisamente la mancata notifica del verbale, sulla base dell'omessa produzione del verbale medesimo da parte della p.a.

Con ragionamento analogo la giurisprudenza ha affermato l'esistenza di un dovere del giudice di ordinare l'esibizione *ex officio* della dichiarazione dei redditi nell'ambito delle controversie tra danneggiato ed assicuratore sulla responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore. Al riguardo si è sottolineato che l'art. 4 comma 1 del d.l. 23 dicembre 1976, n. 857, conv. in legge 26 febbraio 1977, n. 39, secondo cui «nel caso di danno alle persone, quando agli effetti del risarcimento si debba considerare l'incidenza dell'inabilità temporanea o dell'invalidità permanente, su un reddito di lavoro comunque quantificabile, tale reddito si determina, per il lavoro dipendente, sulla base del reddito maggiorato dei redditi esenti e delle detrazioni di legge e per il lavoro autonomo, sulla base del reddito netto risultante più elevato fra quelli dichiarati dal danneggiato ai fini dell'imposta sul reddito delle persone fisiche degli ultimi tre anni, ovvero, nei casi previsti dalla legge, dall'apposita certificazione rilasciata dal datore di lavoro, ai sensi dell'art. 3 d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600», assegnerebbe alla dichiarazione dei redditi un'efficacia probatoria privilegiata e configurerebbe, da un lato, «una limitazione del principio dispositivo» e, dall'altro, «un'eccezione al criterio *nemo contra se edere tenetur*», «precludendo al danneggiato [...] la possibilità di invocare la quantificazione del ristoro sulla base del reddito minimo forfettario, previsto dal comma 3 dello stesso art. 4, anziché sulla base del reddito fiscale». Da ciò si deduce altresì che «alla mancata spontanea produzione in giudizio della dichiarazione fiscale non può non seguire l'ordine di esibizione da parte del giudice [...] dalla cui inosservanza il giudice può trarre argomenti di prova ai sensi dell'art. 116 c.p.c.» e che «prescinde totalmente dalla istanza di parte e dalla preventiva valutazione (già anticipata *ex lege*) della necessità di acquisizione del documento» (Cass. 5 febbraio 1991, in *Pluris*).

<sup>5</sup> L'istituto nel codice processuale civile è ubicato al paragrafo III, della sezione III, sull'istruzione probatoria, del libro II, sul processo di cognizione. Vedremo in seguito le implicazioni che una tale sistemática ha nell'inquadramento della natura dell'esibizione.

è sempre stata oggetto di dibattito in dottrina: lo stesso inquadramento dell'ordine di esibizione tra gli istituti di diritto processuale esclusivamente preordinati all'istruzione probatoria, è una conquista moderna del legislatore. Il dato normativo non è «sufficientemente rigoroso»<sup>6</sup> e ciò spiega lo sforzo di classificazione della dottrina più autorevole.

In relazione all'esibizione sembra più corretto discorrere di strumento di «ricerca della prova»<sup>7</sup>, nel senso che la sua fisionomia denota «un'attitudine strumentale alla ricerca e all'acquisizione di prove precostituite»<sup>8</sup>, tanto da essere considerata espressiva di una prova «bifronte»<sup>9</sup> da esperirsi in caso di inidoneità del materiale già raccolto a fondare la decisione del giudice, la *ratio* dell'istituto si evince dalla necessità di completare il quadro probatorio. Ed infatti: mentre con la produzione, gli elementi probatori vengono offerti spontaneamente, con l'esibizione, l'attività materiale di produzione avviene in ottemperanza ad un ordine pronunciato dal giudice nei confronti di un avversario o di un terzo, tant'è che sovente la stessa è definita anche «produzione forzata» o «provocata»<sup>10</sup>.

L'esibizione peraltro è istituto abbastanza giovane, che vede la luce nel nostro ordinamento solo nel 1940, in occasione dell'emanazione del vigente Codice di procedura civile. Il codice di rito del 1865, di matrice francese<sup>11</sup>, non trattava l'esibizione quale istituto autonomo<sup>12</sup> e generale<sup>13</sup>, nonostante l'articolata disciplina che già il diritto romano<sup>14</sup> aveva riservato

<sup>6</sup> Cfr. B. CAVALLONE, voce *L'esibizione delle prove nel diritto processuale civile*, cit., p. 664. L'Autore sottolinea come «frequentemente la legge usi il termine comunicazione come sinonimo di produzione (artt. 163 co. 3 n. 5, 165, 166 c.p.c., 87 disp. att. c.p.c.), laddove la comunicazione (integrale) di determinati complessi di documenti è prevista e disciplinata nell'art. 2711 co. 1 c.p.c., parla di esibizione della cosa in senso atecnico, con riferimento all'attività materiale del sottoporre all'esame del giudice, la cosa di cui sia stata ordinata l'ispezione ai sensi dell'art. 118 c.p.c.; l'art. 2711 co. 2 prima parte, c.c. e l'art. 2112 co. 2 c.p.c., chiamano esibizione quella che è probabilmente un'ipotesi di ispezione».

<sup>7</sup> Cfr. M. CONTE, *Le prove civili*, in P. CENDON (a cura di), *Trattati*, Milano, 2009, p. 365.

<sup>8</sup> Cfr. L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., pp. 749 ss.

<sup>9</sup> Cfr. N. SOTGIU, sub *art. 210*, in C. CONSOLO (a cura di), *Codice di procedura civile. Commentario*, t. II, VI ed., Milano, 2018, p. 387: «Il mezzo di prova in esame è stato considerato espressivo di una prova bifronte, in parte prova precostituita, in parte costituenda».

<sup>10</sup> Cfr. F. ROTA, sub *art. 210*, cit., p. 903.

<sup>11</sup> Per una ricostruzione delle origini del Codice di procedura civile italiano del 1865 cfr. A. DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, cit., p. 27 ss.; A. PADDA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa*, Bologna, pp. 517 ss.

<sup>12</sup> Cfr. A. DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, cit., p. 16.

<sup>13</sup> Cfr. B. CAVALLONE, voce *Esibizione delle prove nel diritto processuale civile*, cit., p. 665.

<sup>14</sup> Cfr. A. MASSARI, *Esibizione delle prove*, cit., p. 836, «*l'actio ad exhibendum*, nel sistema romano delle *legis actiones*, era intesa ad ottenere la produzione della cosa oggetto di rivendicazione, senza la cui presenza in giudizio non era possibile la *litis contestatio*: nel diritto classico, pur perdendo probabilmente questa giustificazione, particolare, *l'actio* venne tut-

allo stesso, bensì contemplava solo fattispecie speciali<sup>15</sup> di esibizione di prove, tra cui quella di cui all'art. 319 in materia di rendimento del conto, quella dell'art. 287 comma 2 in tema di verifica delle scritture private e infine quella dell'art. 28 del codice di commercio, preordinata all'estrazione – da parte del giudice – dai libri di commercio di ciò che potesse essere utile alla decisione della controversia<sup>16</sup>.

Nonostante ciò, è la dottrina ottocentesca che per prima tenta di conferire connotazione dogmatica generale all'istituto dell'esibizione, elaborando la teoria del documento comune<sup>17</sup>, nell'ambito della quale acquisiscono rilievo sia il principio della proprietà sia quello di libertà: il documento, come ogni altro bene, è oggetto del diritto sostanziale di proprietà<sup>18</sup> in capo alla parte processuale, che si traduce dunque in una piena ed esclusiva sovranità ed opportunità di farne l'uso che essa stessa ritenga più opportuno, con il limite però che non vi può essere un contrapposto diritto di proprietà sul bene, ovvero una comproprietà sul bene che ne escluda la disponibilità esclusiva della parte. L'esibizione, dunque, oltre che nei casi previsti dalla legge, era ammessa solamente se la parte fosse stata in grado di dimostrare l'esistenza di un suo diritto sostanziale su quel documento, nonché, dunque, di un rapporto giuridico (prima solo di natura reale, poi anche obbligatorio) da cui derivasse un diritto soggettivo della stessa parte tutelabile in giudizio<sup>19</sup>.

È la dottrina commercialistica, più che quella processualcivilistica, che dà il maggior contributo all'elaborazione della teoria citata, concentrando

---

tavia sempre riferita all'oggetto materiale della controversia». Cfr. S. LA CHINA, *L'esibizione delle prove nel processo civile*, cit., p. 9, secondo cui, l'*actio ad exhibendum* ha sempre costituito il «referente obbligato» dell'esibizione. Secondo A. DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, cit., pp. 20-21: «il ricorso all'*actio* sembra potersi spiegare con lo stadio di evoluzione delle concezioni generali del processo in quest'epoca. La mancanza, in particolare, di una sistemazione teorica che realizzi il superamento della concezione nominalistica dell'azione, fa sì che un istituto di diritto sostanziale come l'*actio ad exhibendum* si ponga come una sorta di referente obbligato per affrontare il problema dell'esibizione». Si consiglia, per un'accurata analisi dell'istituto romanistico dell'*actio*, M. TALAMANCA, voce *Actio ad exhibendum*, in *Noviss. Dig. it.*, I.1, Torino, 1968, pp. 254 ss.

<sup>15</sup> Cfr. sul punto S. LA CHINA, *L'esibizione delle prove nel processo civile*, cit., p. 11, ove sottolinea come fossero disciplinati «particolari casi di esibizione; ma, ripetiamo, una norma generale mancava» nonché A. MASSARI, *Esibizione delle prove*, cit., p. 837 e L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., p. 761.

<sup>16</sup> Cfr. A. GRAZIOSI, *Riflessioni sull'ordine di esibizione nel processo civile*, cit., pp. 1314 e F. FERRARI, *La prova 'migliore'. Una ricerca di diritto comparato*, cit., p. 289.

<sup>17</sup> Cfr. I. CARRARO, *Il diritto sul documento*, Padova, 1941, pp. 156 ss.; A. DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, cit., pp. 23-24 e B. FICCARELLI, *Esibizione di documenti e discovery*, cit., p. 236 ss.

<sup>18</sup> Secondo S. LA CHINA, *L'esibizione delle prove nel processo civile*, cit., p. 19, essendo il documento un bene materiale, anche di esso «come di ogni altra cosa e bene, piena ed assoluta disponibilità, spettava al proprietario».

<sup>19</sup> Cfr. A. GRAZIOSI, *Riflessioni sull'ordine di esibizione nel processo civile*, cit., p. 1317.