

# IL SISTEMA PROBATORIO NEL CPC DEL 2015

*Flávio Luis Yarshell*

*Professore ordinario di diritto processuale civile presso la Facoltà di  
Giurisprudenza dell'Università di San Paolo (USP)*

SOMMARIO: 1 Oggetto; 2 Il nuovo Codice di Procedura Civile e il ruolo delle parti nell'ambito dell'istruzione probatoria; 3 Distribuzione dell'onere della prova ad opera del giudice e istruzione ufficiosa; 4 Anticipazione della prova indipendentemente dalla sussistenza del periculum in mora; 5 Negozi processuali; 6 Trattazione congiunta; 7 Scelta del consulente tecnico ad opera delle parti; 8 Audizione di testimoni direttamente dalle parti; 9 Conclusione.

## 1 OGGETTO

Il tema prescelto é quello del sistema probatorio nel nuovo codice di procedura civile che entrerà in vigore nel marzo del 2016. In questa sede voglio trattare degli aspetti relativi alla disciplina delle prove in generale, facendo alcuni riferimenti alle regole specifiche dei singoli mezzi di prova.

L'obbiettivo è offrire, nei limiti di tempo della mia relazione, una visione sull'evoluzione del diritto delle prove in Brasile negli ultimi decenni, con particolare riferimento al confronto tra il ruolo delle parti e quello del giudice.

Inoltre, sempre rispettando i limiti di tempo, farò un pronostico su ciò che accadrà in futuro in ragione delle modifiche apportate dal nuovo codice.

A questi fini, voglio esaminare alcuni aspetti del nuovo codice per illustrare il contenuto delle mie riflessioni.

## 2 IL NUOVO CODICE DI PROCEDURA CIVILE E IL RUOLO DELLE PARTI NELL'AMBITO DELL'ISTRUZIONE PROBATORIA

Negli ultimi trenta anni, possiamo notare che dottrina brasiliana ha dato particolare rilievo ai poteri del giudice: non solo ai poteri istruttori, ma anche a quelli di direzione del processo e a quelli decisori. Rispetto a questi ultimi, basta ricordare le modifiche che hanno attribuito ai giudici istruttori il potere di decidere, in determinate ipotesi, in via monocratica. Nella pratica, tali ipotesi sono state aumentate, molto spesso per impedire deliberazioni tipicamente collegiali.

In particolare, rispetto ai poteri istruttori, ha prevalso in dottrina la tesi secondo cui l'attività officiosa deve essere ampia e non è condizionata all'iniziativa delle parti. Inoltre, è stato riconosciuto che l'attività istruttoria del giudice non è meramente sussidiaria, né è condizionata o dipende dalla natura del diritto dedotto in giudizio o dalla posizione delle parti rispetto al rapporto giuridico sostanziale.

Tutto ciò è basato sulla convinzione che la ricerca della verità sarebbe un requisito essenziale per l'emanazione di decisioni giuste e che, pertanto, nel disporre d'ufficio l'assunzione di mezzi di prova il giudice starebbe attuando il diritto oggettivo, perseguendo in tal modo un obbiettivo che è prima di tutto dello Stato. La dottrina maggioritaria ha ritenuto che l'iniziativa officiosa del giudice in materia probatoria non violasse il principio di uguaglianza delle parti, né mettesse a rischio l'imparzialità dell'organo giudicante.

Su questo punto apro una parentesi: sono convinto che l'iniziativa officiosa in materia probatoria sia sempre stata oggetto più di un desiderio della dottrina che dell'effettiva realtà giudiziaria dei giudici di primo grado e secondo grado, salvo i casi di diritti indisponibili. In effetti, gli organi giurisdizionali lasciano, in modo pragmatico, l'attività istruttoria nelle mani delle parti interessate e finiscono per applicare, pertanto, le regole sulla distribuzione dell'onere della prova. In un contesto processuale in cui gli organi del potere giudiziario si lamentano sistematicamente del sovraccarico di lavoro, tutto ciò trova la sua giustificazione.

Tale visione del fenomeno processuale – che dà risalto al ruolo officioso del giudice quanto all'assunzione delle prove – è legata all'idea secondo cui il magistrato è il destinatario della prova, come si ha l'abitudine di affermare.

Da questa premessa derivano, almeno, due importanti conseguenze, presenti nel pensiero della dottrina brasiliana: a) si dà molto risalto all'"onere oggettivo della prova", che, secondo la visione classica, è una regola di giudizio, il cui destinatario è, pertanto, il giudice nel caso in cui si resti, al momento della decisione della controversia, nello stato di incertezza e ignoranza sui fatti da provare; b) si ritiene che il diritto alla prova, malgrado tutto il discorso sul suo fondamento costituzionale, come aspetto delle garanzie dell'azione e del diritto di difesa, si esaurisce quando il giudice, in un determinato momento, ha già formato il suo convincimento. In altre parole, ciò significa che: il limite al diritto alla prova non sarebbe l'ampiezza del diritto di azione e di difesa, ma il convincimento del giudice che, ancora una volta, è il "destinatario della prova"...

Accade che, paradossalmente, il codice di procedura civile (del 2015), senza propriamente negare i poteri istruttori del giudice e l'iniziativa officiosa, ha finito per attribuire alle parti un ruolo particolarmente rilevante in materia probatoria.

Ricordo, fin d'ora, che tale affermazione è basata sulla constatazione dell'enfasi data dal nuovo codice al principio del contraddittorio nella sua dimensione normativa: nell'art. 7, ultimo comma, si dice che spetta al giudice garantire un contraddittorio effettivo; e agli articoli 9 e 10 viene stabilito che non si possono emanare "decisioni a sorpresa", senza aver previamente sentito le parti, anche quando si tratta di materia che può essere conosciuta d'ufficio dal giudice. Oltre a queste regole, ce ne sono altre simili che tendono sempre a valorizzare la circostanza che il giudice ascolti le parti. Faccio un'osservazione: sarebbe un'ottima cosa che l'oralità – al pari di quanto accade nei procedimenti arbitrali – potesse nel

processo giurisdizionale statale brasiliano, essere uno strumento a servizio del contraddittorio, per renderlo una realtà e non solo una promessa che termina in lunghe memorie scritte e inviate in via telematica che il giudice non sempre legge e a cui non risponde in maniera adeguata.

Ma, alcuni esempi potranno illustrare meglio la mia affermazione secondo la quale in materia probatoria il ruolo delle parti è stato potenziato.

### **3 DISTRIBUZIONE DELL'ONERE DELLA PROVA AD OPERA DEL GIUDICE E ISTRUZIONE UFFICIOSA**

Nell'art. 373, il CPC del 2015 ha consacrato la possibilità che il giudice possa distribuire l'onere della prova in modo differente da quello tradizionale, “nei casi previsti dalla legge o dinanzi alle peculiarità della causa relativa alla impossibilità o eccessiva difficoltà di assolvere all'onere [della prova] (...) o alla maggior facilità di ottenere la prova del fatto contrario”. Faccio un'ulteriore osservazione: nel codice di difesa del consumatore, in vigore dal 1990, è contenuta una disposizione che permette al giudice di cambiare la regola tradizionale in materia di onere della prova a favore del consumatore, in conseguenza della sua debolezza e della plausibilità delle sue allegazioni.

Da un lato, è certo che la regola del nuovo codice di procedura civile rinforza i poteri del giudice in materia istruttoria, nella misura in cui il compito di distribuire diversamente l'onere della prova non spetta solo alla legge, ma anche al giudice.

Tuttavia, a questo proposito ci sono due aspetti rilevanti: a) in quanto il giudice dispone sulla distribuzione dell'onere della prova (e, pertanto, dà già una prima traiettoria per la soluzione della controversia in caso di assenza di prova), si tende a ridurre in modo sostanziale l'area della iniziativa ufficiosa nell'assunzione dei mezzi di prova: risulterebbe, infatti, contraddittorio che il giudice si pronunciasse su tale distribuzione e, successivamente, avviasse un'indagine non considerando la precedente attribuzione dell'onere; b) quando il giudice modifica la regola legale, deve “dare alla parte l'opportunità di adempiere l'onere che le è stato assegnato”; ciò è in linea con le regole precedentemente richiamate sul principio del contraddittorio. Tutto ciò era già stato auspicato da una parte della dottrina e la scelta del legislatore dimostra quanto meno una attenuazione della prospettiva “obbiettiva” dell'onere della prova.

#### **4 ANTICIPAZIONE DELLA PROVA INDIPENDENTEMENTE DALLA SUSTENENZA DEL PERICULUM IN MORA.**

Nell'articolo 381, il codice di procedura civile del 2015, nel solco di quanto sostenuto da una parte della dottrina e della giurisprudenza, ha superato l'idea che l'anticipazione della prova debba essere necessariamente subordinata alla presenza di un pericolo sulla perdita di una fonte di prova. In linea con quanto stabilito dall'ordinamento tedesco e da quello francese (ma, tuttavia, senza giungere a quanto previsto nei sistemi di common Law), il nuovo codice brasiliano dispone che una parte possa chiedere l'assunzione di una prova prima dell'instaurazione del processo di cognizione quando quest'ultima è "idonea a permettere l'autocomposizione [della controversia] o un altro strumento adeguato alla risoluzione del conflitto"; o, ancora, quando "la previa conoscenza dei fatti può giustificare o evitare la proposizione dell'azione".

L'irrelevanza del periculum in mora certamente non implica irrilevanza della situazione di diritto sostanziale, che deve almeno esposta dalle parti. La prova rimane, quindi, strumentale. Per questo, in tale processo, la parte istante ha l'onere di indicare i fatti su cui la prova è richiesta, non trattandosi di una specie di "fishing expedition", di cui si parla nei sistemi di common Law.

Resta il fatto che misura in discorso è diretta a permette alle parti la possibilità di conoscere meglio i fatti per valutare, quindi, le chances e i rischi di un futuro processo. Questa funzione della prova non è propriamente legata allo scopo giuridico dell'attuazione del diritto, ossia alla soluzione della controversia data dal giudice o dall'arbitro. Si tratta di una funzione della prova che viene legata allo scopo sociale della giurisdizione – di pacificazione attraverso l'eliminazione della controversia – e, coerentemente, pone le parti (e non il giudice) come destinatarie della prova. Ancora una volta, il ruolo delle parti in materia di prova nel nuovo codice acquista una dimensione fino ad oggi sconosciuta nel sistema processuale.

#### **5 NEGOZI PROCESSUALI**

Nell'articolo 190, il codice di procedura civile del 2015 stabilisce che, trattandosi di diritti per i quali è ammessa la "autocomposizione" della controversia, "è permesso alle parti con piena capacità di agire di stipulare modifiche del procedimento per adeguarlo alle specificità della causa e di disporre convenzionalmente su oneri, poteri, facoltà e doveri processuali, prima o durante il processo".

Sicuramente, tale prospettiva – che va molto oltre quella della mera elezione di foro competente (nonostante qui la legge autorizzi l’elezione di “foro straniero esclusivamente in contratto internazionale”, come indicato dall’art. 25) – non si limita al diritto delle prove. Ma, nel campo specifico dell’istruzione probatoria, si spera che la disposizione sui negozi processuali possa dare i suoi frutti. Risulta, quindi, aperta la possibilità di accordi in materia di prova, inclusa la prova prodotta in materia stragiudiziale; forse – e ciò dipenderà dal ruolo che gli avvocati possono esercitare – in forma simile a quello che accade in modelli di common law.

Nonostante tutto ciò non faccia parte della cultura giuridica brasiliana, forse con il tempo e non solo nei processi arbitrali, sarà possibile svolgere processi stragiudiziali per lo scambio di documenti, realizzazione di perizie e audizione di testimoni.

## 6 TRATTAZIONE CONGIUNTA

Nell’articolo 357, il CPC del 2015 stabilisce, in senso contrario, che sussistendo la necessità di assumere prove non meramente documentali, il giudice deve procedere alla trattazione della causa: a) risolvere le questioni processuali pendenti; b) delimitare le questioni di fatto e i corrispondenti mezzi di prova, così come le questioni di diritto rilevanti; c) definire la distribuzione dell’onere della prova.

In questo contesto, il nuovo codice passa a disporre che: “Le parti possono presentare al giudice, chiedendo l’omologazione, la delimitazione consensuale delle questioni di fatto e di diritto” (§ 2°). Oltre a tutto ciò, se la causa presenta una “complessità in materia di fatto o di diritto, il giudice dovrà fissare un’udienza affinché la trattazione della causa avvenga con la cooperazione delle parti, momento in cui il giudice, se necessario, inviterà le parti a integrare o chiarire le proprie allegazioni”.

Ancora una volta, il CPC ha dato risalto al ruolo delle parti in ambito probatorio e, nella descritta ipotesi, relativamente alla ammissibilità e al modo di produzione delle prove. Questa mi sembra costituire una opportunità adeguata affinché le parti prestino non solo il proprio accordo in relazione a punti controversi, ma anche perché concludano convenzioni processuali di un contenuto ancora più ampio rispetto a quanto permesso dall’art. 190. Nonostante questi accordi, se validi, non dovranno essere omologati dal giudice, mi sembra più opportuno che, come avviene in materia arbitrale (quando le parti e gli arbitri discutono lo svolgimento del procedimento), questi accordi siano discussi alla presenza del giudice; questa udienza di mostra essere una opportunità adeguata.

Ancora una volta, è stato potenziato il ruolo delle parti in materia probatoria.

## 7 SCELTA DEL CONSULENTE TECNICO AD OPERA DELLE PARTI.

Dagli anni novanta in poi, è cresciuto il ruolo delle parti nello svolgimento della consulenza tecnica: spettando al giudice la nomina di un consulente di sua fiducia, i consulenti tecnici di parte vennero ufficialmente riconosciuti come soggetti privi di imparzialità rispetto alle parti (nonostante, in tesi, la consulenza tecnica di parte potesse anche prevalere su quella elaborata dal consulente nominato dal giudice). Oltretutto, nonostante il CPC del 1973 garantisca che le parti siano a conoscenza della data e del luogo in cui verrà dato inizio alla prova, nella pratica accade non di rado che il consulente tecnico d'ufficio escluda i consulenti di parte dalla raccolta dei dati acquisiti congiuntamente alla fonte di prova. Il CTU (consulente tecnico d'ufficio) agisce in maniera isolata e, dopo, semplicemente comunica il proprio lavoro per degli eventuali dissensi dei consulenti di parte e critiche delle parti stesse.

Forse, in ragione di questo stato di cose, l'articolo 466, § 2°, del CPC del 2015 passa a disporre espressamente che: "Il consulente tecnico [d'ufficio] deve garantire, ai consulenti di parte l'accesso alle operazioni peritali e agli esami che realizzerà, attraverso una previa comunicazione".

Oltre a tutto ciò, l'articolo 471 passa a disporre che le parti "possono, di comune accordo, scegliere il consulente tecnico, indicandolo attraverso un'istanza, alla condizione che (i) abbiano la piena capacità di agire; (ii) la causa possa essere risolta per mezzo di autocomposizione". Ai sensi del § 3° di questo articolo, "la consulenza tecnica consensuale sostituisce, a tutti gli effetti, quella che sarebbe realizzata dal consulente nominato dal giudice".

È ancora difficile sapere quali saranno le conseguenze pratiche della richiamata disposizione, in un contesto processuale in cui si dà sempre grande rilievo al ruolo del giudice in materia istruttoria, come si è cercato di dimostrare. Pertanto, supponendo che il giudice non si accontenti del lavoro del consulente nominato dalle parti, dovremmo chiederci se il giudice abbia la possibilità di disporre una nuova consulenza ad opera di un perito da lui stesso indicato.

È ragionevole affermare che, in tale situazione, la risposta degli organi giudiziari sarà positiva; per lo meno per un periodo di tempo. Tuttavia, se la legge prevede che la consulenza tecnica consensuale debba

prevalere “a tutti gli effetti”, ci sembra, dunque, corretto che nell’ipotesi, precedentemente descritta: a) sia attribuito al giudice il potere di disporre che il consulente fornisca chiarimenti, anche oralmente durante l’udienza; b) qualora restino dei dubbi, il giudice decida secondo le regole di distribuzione dell’onere della prova. Ragionare in modo diverso, salvo miglior intendimento, sarebbe infatti svuotare la volontà delle parti; volontà che, più di una volta, è stata valorizzata dalla legge.

## **8 AUDIZIONE DI TESTIMONI DIRETTAMENTE DALLE PARTI.**

Un ultimo aspetto può essere ricordato, per dimostrare ancora una volta che il ruolo delle parti è stato rinforzato dal CPC del 2015.

Si tratta della regola contenuta nell’art. 459, che disciplina il modo di audizione dei testimoni in udienza: “Le domande saranno formulate direttamente dalle parti al testimone, iniziando da quello che è stato da loro indicato; il giudice non ammetterà le domande che possono indurre alla risposta e quelle prive di riferimento con i fatti da provare, né quelle che implicano una ripetizione di una domanda a cui è già stata data risposta”. Le domande del giudice sono, pertanto, solo sussidiarie, nonostante il § 1° dell’articolo in esame disponga che: “Il giudice potrà interrogare testimoni sia prima che dopo l’interrogatorio fatto dalle parti”.

Nella legge processuale penale, questa regola è stata adottata fin dalla riforma del 2008, ma con la corretta ed espressa indicazione che l’attuazione del giudice è sussidiaria, ma solo rispetto ai “punti non chiariti”. Questa è la forma corretta per preservare l’imparzialità del giudice. In ogni caso, ancora una volta, si valorizza il ruolo esercitato dalle parti nella produzione delle prove.

## **9 CONCLUSIONE**

Le situazioni in precedenza esaminate mi sembrano confermare l’analisi fatta inizialmente: senza scartare il rilevante intervento del giudice in materia probatoria, il sistema brasiliano – in modo coerente con l’importanza che ha dato al principio del contraddittorio – è evoluto in direzione di una maggiore partecipazione delle parti in questo tipo di attività. Da tutto questo, spero che derivi il perfezionamento (e non soluzioni magiche o definitive) nel sistema della tutela giurisdizionale dei diritti.