

L'assunzione di prove all'estero nel processo civile

Margherita Salvadori *

ABSTRACT

L'autore, nel più ampio contesto delle fonti informative del processo civile, pone la propria attenzione sul complesso quadro normativo disciplinante l'assunzione di prove all'estero. In particolare, oggetto di trattazione sono, innanzitutto, le rogatorie alle autorità estere e le rogatorie consolari, entrambe disciplinate dall'art. 204 c.p.c., seguite poi dalle c.d. rogatorie internazionali civili passive, oggetto di revisione ad opera della legge n. 218/1995. L'elaborato prosegue con l'analisi della "Convenzione sull'assunzione all'estero delle prove in materia civile o commerciale", conclusa all'Aja il 18 marzo 1970, e del regolamento (CE) n. 1206/2001, "relativo alla cooperazione fra le autorità giudiziarie degli Stati membri nel settore dell'assunzione delle prove in materia civile o commerciale", con particolare attenzione alle due procedure volte all'assunzione all'estero della prova: la cd. assistenza giudiziaria "attiva" e la c.d. assistenza giudiziaria "passiva".

Parole chiave: assunzione delle prove all'estero – rogatorie – procedure di assunzione.

The author, in the broader context of the information sources of the civil trial, focuses on the complex regulatory framework governing the taking of evidence abroad. In particular, the subject of discussion are, first of all, rogatory letters to foreign authorities and consular rogatory letters, both governed by art. 204 code of Civil procedure, followed by the international civil passive rogatory letters, subject to revision by law no. 218/1995. The paper continues with the analysis of the "Convention on the taking of evidence in civil or commercial matters", concluded in Aja on 18 March 1970, and of Regulation (EC) no. 1206 of 2001, "on cooperation between the courts of the Member States in the taking of evidence in civil or commercial matters", with particular attention to the two procedures aimed at taking evidence abroad: the "active" judicial assistance and the "passive" judicial assistance.

Keywords: taking of evidence abroad – rogatory – procedures of taking of evidence.

SOMMARIO

1. Introduzione. – 2. Le previsioni del codice di procedura civile italiano, le rogatorie alle autorità estere e le rogatorie consolari. – 3. Le previsioni della legge n. 218/995, Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, le c.d. rogatorie internazionali civili passive. – 4. La Convenzione dell'Aja del 1970 sull'assunzione delle prove all'estero in materia civile e commerciale. – 5. Il regolamento (CE) n. 1206/2001 relativo alla cooperazione fra le autorità

* Professore Associato di Diritto Internazionale presso l'Università degli Studi di Torino.

giudiziarie degli Stati membri nel settore dell'assunzione delle prove in materia civile o commerciale. – 5.1 Le procedure di assunzione previste, l'assunzione giudiziaria attiva e l'assunzione giudiziaria passiva.

1. *Introduzione*

Trattando di fonti informative del processo civile, in accordo con il coordinatore Prof. Luciano Quattrocchio, è parso opportuno fare riferimento anche al complessivo quadro normativo che disciplina l'assunzione di prove all'estero.

Lo svolgimento del processo civile avanti ad un giudice nazionale subisce diversi condizionamenti qualora elementi di estraneità tocchino la controversia, controversia che in punto assunzione delle prove è inevitabilmente soggetta al limite territoriale della sovranità statale attribuita al giudice nazionale.

Ad esempio, laddove debba essere svolta attività all'estero finalizzata all'assunzione di una prova rilevante nel processo civile avanti ad un giudice italiano, la collocazione in altro Stato della prova incide direttamente sulle regole processuali relative al compimento dell'atto istruttorio, richiedendo un trattamento differenziato rispetto a quello normalmente applicabile.

La diversa disciplina applicabile nel caso di assunzione di prove all'estero risponde infatti a un'esigenza imprescindibile, nascente dalla limitazione territoriale della possibilità di conduzione dell'attività giurisdizionale che, in forza del diritto internazionale generale, è attribuita in via esclusiva all'esercizio materiale della funzione giurisdizionale sul territorio. Ne consegue che il giudice italiano, così come il giudice di qualunque altro Stato, non possa compiere in territorio estero un'attività, quale quella istruttoria, che costituisce esplicazione di una funzione statale, poiché altrimenti violerebbe la sovranità dello Stato straniero che su quel territorio esercita la propria attività di governo.

Da questo dato nasce l'esigenza di prevedere procedure volte a rendere compatibile l'esecuzione dell'atto processuale all'estero con la sovranità dello Stato sul cui territorio esso deve essere compiuto. Se il diritto internazionale attribuisce al sovrano territoriale, in via esclusiva, l'esercizio materiale della funzione giurisdizionale sul suo territorio, un atto istruttorio potrà essere compiuto in quello Stato solo sotto il suo controllo o per mezzo dell'attività dei suoi organi.

Tale risultato è ottenuto con la messa in opera di meccanismi di assistenza giudiziaria internazionale, attraverso i quali si pone in essere la cooperazione tra Stati, al fine di poter compiere gli atti necessari all'esplicazione della funzione giurisdizionale. Il coordinamento tra i sistemi giudiziari viene general-

mente realizzato con due modalità: una modalità c.d. attiva nell'ipotesi in cui la giurisdizione territoriale mette a disposizione l'attività dei propri organi a favore del processo straniero; una modalità c.d. passiva nell'ipotesi in cui lo Stato che esercita la sovranità nel luogo in cui l'atto deve essere compiuto, si limiti ad acconsentire al compimento dell'atto istruttorio da parte dell'autorità straniera.

Per queste ragioni l'assunzione di prove all'estero risulta soggetta a un complesso di regole derivanti dal concorso di fonti sovranazionali e interne, considerato come la messa in opera dei meccanismi di assistenza giudiziaria internazionale implicino l'interferenza tra sistemi giurisdizionali e normativi differenti e come inevitabilmente richiedano un coordinamento tra gli stessi.

Le norme di riferimento sono oggi quelle del regolamento (CE) n. 1206/2001, ma ai fini della trattazione è parso opportuno seguire lo sviluppo cronologico della disciplina applicabile nell'ordinamento italiano per meglio comprenderne a differenti ambiti applicativi residui.

2. Le previsioni del codice di procedura civile italiano, le rogatorie alle autorità estere e le rogatorie consolari

Nell'ambito dell'ordinamento italiano, il punto di riferimento normativo è il codice di procedura civile, ove all'art. 204 c.p.c. sono disciplinate sia le rogatorie alle autorità estere sia le rogatorie consolari.

Quanto alle rogatorie alle autorità estere, il primo comma dell'art. 204 c.p.c. disciplina la richiesta all'autorità straniera che raccoglie la prova attraverso i propri organi, nel rispetto del principio di sovranità nazionale e di territorialità della legge processuale: «Le rogatorie dei giudici italiani alle autorità estere per l'esecuzione di provvedimenti istruttori sono trasmesse per via diplomatica».

Alla rogatoria internazionale – ossia l'atto con cui l'autorità giudiziaria di uno Stato richiede a quella di un altro Stato di compiere determinate attività processuali –, va fatto ricorso quando devono essere assunti mezzi di prova riguardanti cittadini stranieri. In particolare, quanto alla testimonianza, è riconosciuto il diritto dello straniero ad essere sentito davanti al giudice del luogo di residenza.

Si ritiene che con la rogatoria possa essere assunto qualunque mezzo istruttorio ad eccezione, per alcuni, del libero interrogatorio delle parti.

L'autorità estera raccoglierà la prova attraverso i propri organi, nel rispetto del principio di sovranità nazionale, nonché del principio della territorialità

della legge processuale. Di conseguenza l'assunzione della prova seguirà le norme processuali straniere che non siano in contrasto con i principi di ordine pubblico italiano.

Quanto alle rogatorie consolari, l'art. 204, comma 2, c.p.c. così dispone «Quando la rogatoria riguarda cittadini italiani residenti all'estero, il giudice istruttore delega il console competente, che provvede a norma della legge consolare». Pertanto la rogatoria consolare consiste nella delega di atti compiuta dal giudice italiano ad un altro organo dello stesso Stato, cioè il console italiano. A questo procedimento si ricorre quando il mezzo di prova riguarda cittadini italiani residenti all'estero.

Il console delegato è equiparato al giudice istruttore delegato ai sensi dell'art. 203 del c.p.c., con la differenza che la delega è in questo caso obbligatoria e non lasciata alla discrezione del giudice delegante. Infatti il console delegato applicherà la normativa del proprio Stato di appartenenza, non quella dello Stato richiesto, ma non potrà avvalersi dei poteri coercitivi propri dell'Autorità richiesta.

Deve essere rilevato come entrambe gli istituti costituiscano un'eccezione al principio processuale dell'immediatezza e della concentrazione, che impone al giudice di condurre personalmente l'istruttoria: con la differenza che, mentre nella rogatoria alle autorità estere è insita una necessitata richiesta di chi non può procedere a chi, invece, è autonomamente dotato dei relativi poteri, nella rogatoria consolare chi potrebbe procedere direttamente preferisce, sulla base di una valutazione discrezionale, delegare ad altri con conseguente temporaneo spostamento di competenza. Come sottolineato in dottrina, l'invio di rogatorie alle autorità estere o ai consoli italiani all'estero costituisce infatti la sola possibilità offerta dall'ordinamento interno per l'assunzione di mezzi istruttori in paese straniero, né può ammettersi alcun potere discrezionale in proposito. In altri termini, una volta ammessa la prova, ove una sua assunzione da parte del giudice titolare del processo sia obiettivamente impossibile o soggettivamente incoercibile, appare inevitabile il ricorso alla rogatoria.

Quanto alla procedura da seguire, come avviene per la delega disciplinata dall'art. 203 c.p.c., alla parte interessata all'assunzione di un mezzo istruttorio a cura del console italiano all'estero (*rogatorie interne o consolari*) spetta l'iniziativa di provocarne l'intervento. Dovrà a tal fine richiedere copia dell'ordinanza dispositiva, presentarla al pubblico ministero per l'invio al console territorialmente competente, rispettare il termine fissato dal giudice nazionale per l'assunzione della prova, presentando, se del caso, l'istanza della sua proroga comunque prima della scadenza. Nei casi di rogatorie alle autorità estere (*rogatorie esterne o non consolari*) si attribuisce,

analogamente, alla parte l'onere di attivarsi: in particolare, la parte interessata dovrà richiedere anche in tal caso copia dell'ordinanza dispositiva e presentarla all'ufficio del pubblico ministero perché provveda a trasmetterla al Ministero degli Esteri, che vi darà corso per via diplomatica, o direttamente all'autorità straniera, quando ciò sia consentito dalle convenzioni internazionali.

Il termine per l'assunzione fissato dal giudice istruttore può essere prorogato, ove sia depositata istanza a tal fine formulata prima della scadenza del termine originariamente fissato. Come chiarito dalla Corte di Cassazione, con sentenza del 19 ottobre 1966 n. 2553, l'eventuale richiesta di proroga del termine di assunzione formulata dopo la scadenza del termine stabilito per l'assunzione determina la decadenza dalla prova stessa. In questa prospettiva la Corte d'Appello di Milano, con sentenza del 14 gennaio 1969, ha ritenuto nulla la prova assunta per rogatoria estera allorché il giudice straniero abbia svolto la propria attività durante la proroga richiesta dalla parte dopo la scadenza del termine originariamente fissato. D'altra parte la Corte di Cassazione, con sentenza del 27 gennaio 1986, n. 539, ha stabilito che la nullità abbia carattere relativo e sia quindi sanata se non viene dedotta nella prima occasione successiva all'atto di assunzione del mezzo istruttorio, o alla notizia di esso.

L'iter processuale ad impulso di parte, ha indotto la Corte Suprema a ritenere che il mancato espletamento dell'attività necessaria perché il provvedimento abbia esecuzione comporti la decadenza per omessa vigilanza circa il rispetto dei termini fissati dal giudice e per difetto di tempestiva richiesta di proroga prima della loro scadenza, come stabilito con giurisprudenza costante a partire dalla sentenza della Corte di cassazione, sentenza del 25 novembre 1975 n. 3942.

3. Le previsioni della legge n. 218/1995, Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, le c.d. rogatorie internazionali civili passive

La materia dell'assunzione delle prove richieste dalle Autorità giudiziarie straniere al giudice italiano, le c.d. rogatorie internazionali civili passive, ha formato oggetto della legge del 31 maggio 1995, n. 218 (Riforma del sistema di diritto internazionale privato italiano), il cui art. 73 ha abrogato espressamente, con decorrenza dal 31 dicembre 1996, gli artt. 802 e 803 c.p.c., il primo in tema di assunzione dei mezzi di prova disposti da giudici stranieri e il secondo in tema di esecuzione richiesta in via diplomatica. L'art. 69 della cita-

ta legge ha riscritto l'art. 802 c.p.c., abrogato, e in sostanza lo ha riprodotto, aggiungendo solo gli ultimi due commi. Il procedimento, perciò, è rimasto invariato rispetto all'abrogata previgente disciplina codicistica.

Il giudice italiano competente per l'assunzione delle prove rogate dal giudice straniero è la Corte d'appello del luogo in cui si deve assumere la prova, la quale rende esecutivi, con decreto emesso in camera di consiglio, i provvedimenti dei giudici stranieri riguardanti le prove. Rispetto alla precedente disciplina, l'art. 69 ha eliminato l'obbligo per il giudice procedente di sentire il pubblico ministero.

La richiesta di assunzione della prova può provenire sia dalla parte, attraverso un ricorso, al quale deve essere unita copia autentica della sentenza o del provvedimento che ha ordinato gli atti chiesti, sia dal giudice straniero già adito, che trasmette la richiesta in via diplomatica. La prova può essere chiesta sia allorché vi sia un giudizio pendente all'estero sia in via preventiva. L'unico limite, che la Corte d'appello deve verificare, è costituito dall'assenza di contrasti con i principi dell'ordinamento interno. Concretamente la prova sarà raccolta dal tribunale territorialmente competente (prima della legge n. 51/1998, secondo la prassi consolidata, l'assunzione della prova era affidata al Pretore), cui la Corte rimette gli atti.

Peraltro, il regolamento (CE) n. 1206/2001 è successivamente intervenuto per quanto concerne la disciplina dell'assunzione di prove richieste da Stati membri dell'Unione Europea, ad eccezione della Danimarca. Di conseguenza l'ambito di applicazione delle regole contenute nella legge n. 218/1995 deve oggi essere ricondotto alle sole ipotesi di cooperazione con autorità extra-UE.

Le autorità giudiziarie straniere, che non siano ricomprese nell'ambito di applicazione soggettivo del regolamento (CE) n. 1206/2001 possono quindi richiedere ai giudici italiani l'espletamento delle attività istruttorie previste nel loro ordinamento, ad esempio consulenze tecniche da svolgersi presso uffici pubblici presenti sul territorio italiano (anche in termini di richiesta di accesso alle banche dati da essi gestite), ordini di esibizione di un documento rivolto alla parte, di cui il giudice ritenga necessaria l'acquisizione al processo, ovvero la richiesta alla P.A. di informazioni, o ancora l'ispezione dei luoghi e delle cose. In tutti questi casi, la cooperazione dell'ordinamento italiano sarà subordinata ai limiti previsti per dette attività dalla legge processuale nazionale.

4. La convenzione dell'Aja del 1970 sull'assunzione delle prove all'estero in materia civile e commerciale

Convenzione dell'Aja sull'assunzione all'estero delle prove in materia civile o commerciale è stata ratificata dall'Italia con legge del 24 ottobre 1980, n. 745, in G.U. del 12 novembre 1980 n. 310, S.O., ed in vigore per l'Italia dal 21 agosto 1982.

L'ambito materiale di applicazione è definito in relazione alla determinazione delle classi di atti dei quali può essere chiesto il compimento all'estero. L'art. 1.1 afferma che all'autorità straniera può essere chiesto il compimento di «ogni atto di istruzione».

La convenzione è caratterizzata invero da meccanismi particolarmente efficaci, i quali consentono al giudice italiano di assumere prove negli altri Stati contraenti con modalità compatibili con la sovranità straniera, e allo stesso tempo idonee a produrre risultati utilizzabili nel processo italiano. In essa, infatti, accanto al tradizionale metodo di assunzione della prova mediante il ricorso all'assistenza dello Stato in cui la prova è situata, disciplinata dal capitolo I della convenzione e precisamente agli artt. da 1 a 14, si è aggiunta la forma di assistenza passiva, cioè la possibilità di assunzione da parte di un agente diplomatico o consolare o ad opera di altro soggetto, allo scopo specificamente incaricato «*commissioner*», nel capitolo II della convenzione negli artt. da 15 a 22.

Particolarmente efficace la possibilità che la prova sia assunta all'estero in applicazione delle forme procedurali italiane, sia la sostanziale riduzione delle circostanze di rifiuto da parte delle autorità straniere della prestazione di assistenza.

Per quanto concerne la prima forma di assistenza, l'autorità giudiziaria dello Stato richiedente trasmette la richiesta di rogatoria all'autorità centrale dello Stato richiesto; questi inoltra quindi la richiesta all'autorità competente nel proprio paese per l'esecuzione che dovrà seguire le indicazioni fornite dallo Stato richiedente. A norma dell'articolo 3 l'atto rogatorio deve contenere le seguenti indicazioni: a) l'autorità richiedente e, se possibile, l'autorità richiesta; b) l'identità e l'indirizzo delle parti e, ove occorra, dei loro rappresentanti; c) la natura e l'oggetto dell'istanza e un breve resoconto dei fatti; d) gli atti d'istruttoria o gli altri atti giudiziari, da compiere.

Ove occorra, l'atto rogatorio deve anche contenere: e) il nome e l'indirizzo delle persone da interrogare; f) le domande da rivolgere alle persone da interrogare o i fatti sui quali devono essere interrogate; g) i documenti o gli altri oggetti da ispezionare; h) la precisazione se la deposizione debba essere fatta

sotto giuramento o con una semplice affermazione e, ove occorra, l'indicazione della formula da usare all'uopo; i) ogni forma speciale la cui applicazione sia richiesta in conformità dell'art. 9.

Al fine di accelerare e facilitare l'esecuzione, durante l'esecuzione della rogatoria, le parti offrono la possibilità di consentire la presenza di membri del personale giudiziario dell'autorità richiedente, delle parti e/o dei loro rappresentanti. L'autorità richiedente può anche richiedere l'uso di un metodo o procedura speciale nell'esecuzione della lettera di richiesta, purché questo non sia incompatibile con la legge dello Stato richiesto o impossibile da eseguire. Una richiesta di rogatoria deve essere eseguita rapidamente e può essere rifiutata solo nei casi previsti dalla convenzione. Infatti, ricevuta la rogatoria, l'autorità competente è tenuta ad eseguirla, a meno che sussistano le circostanze che giustificano il rifiuto di assistenza, circostanze che sono tassativamente determinate nell'art. 12 della Convenzione. In linea di principio, un rifiuto è possibile solo nel caso in cui l'esecuzione non rientri, alla luce delle disposizioni dello Stato richiesto, nelle attribuzioni del potere giudiziario, o nel caso in cui lo Stato richiesto la giudichi di natura tale da attentare alla sovranità o alla sicurezza nazionale, cioè contraria all'ordine pubblico. Sebbene non possa comportare l'aggravio di tasse, lo Stato richiesto può richiedere allo Stato richiedente di rimborsare quanto corrisposto agli esperti e agli interpreti, nonché i costi derivanti dall'uso di una eventuale procedura speciale richiesta dallo Stato richiedente.

Per quanto concerne l'assunzione delle prove da parte di un agente diplomatico o consolare o di un «*commissioner*» disciplinata dal capitolo II richiede la preventiva autorizzazione dell'autorità dello Stato in cui verrà utilizzata la prova. È consentito anche un esame incrociato, in cui il testimone è sentito dal legale di entrambe le parti. Tuttavia, se il modo in cui le prove sono state richieste è vietato dalla legge dello Stato di esecuzione, non può essere utilizzato. Uno dei principali vantaggi della procedura diretta di assunzione riguarda le forme in cui essa avviene, dal momento che l'agente applica a tal fine la legge del processo nel quale la prova sarà utilizzata (art. 21, lett. *d*, della Convenzione). Anche in questo caso deve essere rispettato il limite dell'ordine pubblico della legge dello Stato di esecuzione.

Da ultimo deve essere segnalata la riserva, prevista dall'art. 23 della Convenzione ed apposta dall'Italia, che prevede un ulteriore motivo di rifiuto nel caso in cui la procedura richiesta sia una procedura di «*pre-trial discovery of documents*» prevista nei paesi di *common law*.

A seguito dell'entrata in vigore del Regolamento comunitario, la Convenzione dell'Aja del 1970 trova applicazione nei rapporti con i Paesi firmatari che non siano membri dell'Unione Europea, precisamente Albania, Andorra,

Armenia, Argentina, Australia, Barbados, Bielorussia, Bosnia Erzegovina, Cina, Colombia, Costa Rica, Cipro, Stati Uniti, Islanda, Israele, Kazakistan, Repubblica di Corea, Kuwait, Liechtenstein, Messico, Monaco, Montenegro, Marocco, Nicaragua, Norvegia, Repubblica di Macedonia del Nord, Russia, Serbia, Seychelles, Singapore, Sud Africa, Sri Lanka, Repubblica Slovacca, Svizzera, Turchia, Ucraina, Venezuela, Stati Uniti, oltre alla Danimarca che cui il regolamento CE non è applicabile.

5. Il regolamento (CE) n. 1206/2001 relativo alla cooperazione fra le autorità giudiziarie degli Stati membri nel settore dell'assunzione delle prove in materia civile o commerciale

L'ambito materiale di applicazione del regolamento (CE) n. 1206/2001 è definito dall'art. 1, il cui par. 1 prevede che il regolamento si applichi in materia civile o commerciale allorché, conformemente alle disposizioni della propria legislazione, l'autorità giudiziaria di uno Stato membro chieda (a) che l'autorità giudiziaria competente di un altro Stato membro proceda all'assunzione delle prove, ovvero (b) di procedere direttamente essa stessa alla assunzione delle prove in un altro Stato membro.

Il par. 2 dello stesso articolo precisa che non sono ammesse le richieste intese ad ottenere prove che non siano destinate ad essere utilizzate in procedimenti giudiziari pendenti o previsti. Pertanto, il regolamento si applica solo laddove l'atto il cui compimento è richiesto sia una «prova», restando estraneo all'ambito di applicazione del regolamento l'eventuale assistenza giudiziaria allorché l'atto in questione non abbia natura istruttoria, ma cautelare o esecutiva, come confermato anche dalla Corte di giustizia, con sentenza del 28 aprile 2005, C-104/03, nel caso *St. Paul Dairy Industries*. Infine, il campo di applicazione soggettivo è definito dal par. 3, ove si precisa che ai sensi del regolamento per «Stato membro» si intendono gli Stati membri dell'Unione Europea ad eccezione della Danimarca. Di conseguenza tra la Danimarca e gli altri Stati membri continua a trovare applicazione la Convenzione dell'Aja del 1970.

Alla luce di queste prime indicazioni possiamo enucleare quattro condizioni di applicazione delle normative di origine europea.

In primo luogo, si applica in «materia civile o commerciale» facendosi rinvio alle disposizioni della legislazione nazionale delle Autorità che avanzano richiesta di prove. Nella prospettiva dell'ordinamento italiano l'espressione esclude, oltre alla materia penale, la materia tributaria e quella amministrativa,

mentre nei sistemi di *common law* ove la materia amministrativa non avendo alcuna collocazione autonoma viene ad essere ricompresa nella nozione del regolamento.

Peraltro, la sola circostanza che nella controversia sia coinvolta una pubblica amministrazione non impedisce l'applicazione del regolamento (CE) n. 1206/2001. Sono esclusi i casi di assunzione delle prove in controversie relative a situazioni in cui la pubblica amministrazione abbia agito nell'esercizio della sua potestà di imperio, mentre potrebbero rientrare nell'ambito applicativo del regolamento le controversie derivanti dalla risarcibilità del danno per lesione di interesse legittimo o di diritto soggettivo affidate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo cui sono demandati, a tali effetti, gli stessi poteri di assumere le prove propri del processo civile.

Anche la materia tributaria subisce un diverso trattamento nei paesi di *civil law* rispetto a quelli di *common law*, atteso che in questi ultimi rientra de plano nella materia civile e commerciale, mentre nei primi o non vi rientra affatto ovvero vi rientra solo quella che investe le richieste dei contribuenti verso l'amministrazione delle finanze, restando esclusa quella che riguarda le richieste dell'amministrazione fiscale nei confronti dei contribuenti.

In secondo luogo, detto regolamento si applica solo laddove l'atto il cui compimento è richiesto sia una «prova» prevista dall'ordinamento italiano. Non rientra quindi nel campo di applicazione del regolamento (CE) n. 1206/2001 l'assistenza giudiziaria in chiave comunitaria allorché l'atto in questione non abbia natura istruttoria, ma cautelare o esecutiva. La nozione di prova deve comunque essere intesa fino a ricomprendere la consulenza tecnica, per quanto questa in alcuni ordinamenti, come in quello italiano, non possa essere qualificata come mezzo di prova. Infatti il regolamento estende espressamente il proprio ambito applicativo alla C.T.U., ove negli artt. 17 e 18 stabilisce che il “perito” possa curare l'assunzione della prova in territorio straniero, previa autorizzazione delle autorità locali (art. 17.3 del regolamento (CE) n. 1206/2001) e che preveda il rimborso dei “compensi versati ai periti”, oltre che agli interpreti (art. 18 del regolamento (CE) n. 1206/2001). Pare comunque opportuno ricordare che l'utilizzabilità degli strumenti di assistenza giudiziaria definiti dal diritto italiano, in particolare l'art. 204 c.p.c. e l'art. 69 della legge n. 218/1995, anche per il compimento di una consulenza tecnica all'estero in relazione ad un processo italiano ovvero in Italia in relazione ad un processo straniero.

In terzo luogo, il regolamento (CE) n. 1206/2001 considera le richieste di assistenza al fine dell'assunzione di prove quando formulate da «autorità giudiziarie». Al riguardo, la Corte di Giustizia ha precisato la nozione di autorità giudiziaria indicato come decisiva la sussistenza di alcune caratteristiche, quali il fondamento legale dell'attività dell'organo in questione, il carattere permanente,

la giurisdizione obbligatoria, l'indipendenza, la procedura in contraddittorio e l'applicazione di norme giuridiche. Deve pertanto ritenersi esclusa la possibilità che una richiesta di assistenza giudiziaria sia proposta non solo da un'autorità amministrativa, ma anche da un organo arbitrale, non riconducibile, per difetto di alcune delle caratteristiche sopra enunciate, alla nozione di autorità giudiziaria ai fini e per gli effetti di cui all'art. 1 del regolamento (CE) n. 1206/2001.

Da ultimo, la prova richiesta deve essere destinata ad essere utilizzata in un «procedimento giudiziario pendente o previsto». È, dunque, ammessa la possibilità che venga assunta in uno Stato membro attraverso le procedure in esso stabilite la prova disposta, dal giudice di altro Stato membro, anche nell'ambito di procedimenti di istruzione preventiva e/o monitoria. Restano, invece, esclusi i procedimenti arbitrali, in quanto, escluse le richieste dirette formulate dall'organo arbitrale, rimangono escluse anche procedure indirette ove l'autorità giudiziaria faccia da tramite nella formulazione e nell'inoltro della domanda di assistenza.

Come sottolineato dalla Corte di Giustizia, nella sentenza del 6 settembre 2012, C-170/11, nel caso *Lippens*, il Regolamento è applicabile in linea di principio solo nell'ipotesi in cui l'autorità giudiziaria di uno Stato membro chieda di procedere all'assunzione delle prove all'estero tramite uno dei metodi da essa previsti.

5.1. Le procedure di assunzione previste, l'assunzione giudiziaria attiva e l'assunzione giudiziaria passiva

Il citato art. 1 prevede due distinte procedure volte all'assunzione all'estero della prova. La prima (c.d. assistenza giudiziaria "attiva") basata sull'intervento e la cooperazione dell'autorità giudiziaria dello Stato membro in cui la prova deve essere raccolta (definita come "autorità giudiziaria richiesta"); la seconda (c.d. assistenza giudiziaria "passiva") consistente nella diretta assunzione, previa autorizzazione, della prova da parte dell'autorità giudiziaria dello Stato membro in cui essa è destinata ad essere utilizzata (definita come "autorità giudiziaria richiedente"). Le due procedure, ancorché oggetto di specifica e distinta disciplina (di cui agli artt. 10-16 per la prima e all'art. 17 per la seconda), sono riconducibili ad un comune denominatore: entrambe, infatti, sono avviate da una richiesta formulata dall'autorità giudiziaria dello Stato in cui la prova è destinata ad essere utilizzata e rivolta all'autorità dello Stato in cui la prova deve essere assunta. La necessità di tale richiesta, comune ai due sistemi, induce anche l'applicazione di regole in parte comuni, intese a definirne la forma ed il contenuto, nonché le modalità di trasmissione tra le autorità degli Stati membri, ispirate a principi di semplificazione, rapidità ed efficacia.

Anzitutto, le modalità di trasmissione sono regolate dall'art. 2 riguardo alle richieste di assistenza giudiziaria "attiva" (ossia formulate ai sensi dell'art. 1, par. 1, lett. *a*), per le quali è previsto un meccanismo di corrispondenza diretta fra le autorità giudiziarie degli Stati membri; dall'art. 3 riguardo alle richieste di assistenza giudiziaria "passiva" (ossia formulate ai sensi dell'art. 1, par. 1, lett. *b*) per le quali è prevista l'istituzione di uno o più organi o autorità in ogni Stato membro competenti ai fini della ricezione e della decisione sulle predette domande.

La richiesta di assunzione della prova va, dunque, inoltrata direttamente e senza intermediari dall'autorità giudiziaria presso la quale il procedimento è pendente, o previsto, all'autorità giudiziaria competente di un altro Stato membro. Perché il giudice richiedente possa individuare a priori i criteri per la determinazione del giudice competente ad assumere la prova, è stato fatto obbligo a ciascuno Stato membro di elaborare l'elenco delle autorità giudiziarie competenti, secondo quanto previsto dal citato art. 2. Inoltre, il citato art. 3 prevede la designazione di un organo centrale (un giudice o un'altra autorità), che ha il compito sussidiario di fornire informazioni alle autorità giudiziarie, nonché di ricercare soluzioni per le difficoltà che possono sorgere in occasione di una richiesta di assunzione di prova all'estero e, inoltre, di trasmettere, in casi eccezionali e comunque su domanda dell'autorità giudiziaria richiedente, una richiesta all'autorità giudiziaria competente. Detta autorità si pone pertanto come anello di congiunzione tra il giudice richiedente e il giudice richiesto. A tale organo centrale, o a una o più autorità competenti all'uopo designate, saranno, infine, demandate le decisioni circa l'assunzione diretta *ex art.* 17.

La disciplina comune della forma e del contenuto della richiesta è invece stabilita dall'art. 4, par. 1, che ne delinea i contenuti essenziali. Anzitutto, la richiesta è presentata utilizzando il formulario A o, in caso di richiesta di assunzione diretta, il formulario I. Particolare attenzione è, poi, dedicata all'audizione di testimoni: in tal caso, si dovranno specificare nome ed indirizzo della persona da sottoporre ad escussione, le domande da rivolgerle o i fatti sui quali esaminarla, con il riferimento, laddove opportuno, all'esistenza, ai sensi del diritto dello Stato membro dell'autorità giudiziaria richiedente, della facoltà di astenersi dal deporre, oltre alla richiesta di effettuare la deposizione sotto giuramento o con una dichiarazione giurata, indicando, ove occorra, eventuali formule particolari da usare all'uopo.

Il regime linguistico delle richieste di assistenza (sia attiva che passiva) è stabilito dall'art. 5 e dall'art. 4, par. 3. In forza di tali disposizioni la richiesta e le comunicazioni emesse in forza del regolamento (CE) n. 1206/2001 devono essere formulate nella lingua ufficiale dello Stato membro richiesto o, se questo ha più lingue ufficiali, nella lingua o in una delle lingue ufficiali del luogo

in cui la prova deve essere assunta, ovvero in un'altra lingua che lo Stato membro richiesto abbia dichiarato di accettare; inoltre, gli atti che l'autorità giudiziaria richiedente reputa necessari per l'esecuzione della richiesta devono essere accompagnati da una traduzione nella lingua in cui è stata formulata la richiesta.

Nello stesso spirito, l'art. 4, par. 2, precisa che le richieste e la relativa documentazione non sono soggette né ad autenticazione, né ad altra formalità corrispondente.

Sarà l'autorità giudiziaria richiesta a comunicare a quella richiedente, entro 7 giorni dalla ricezione, l'avvenuta ricezione della domanda di assunzione della prova, secondo quanto previsto dall'art. 7. Anche in questo caso ci si servirà di un formulario, B, con cui si comunicherà anche l'eventuale difetto o mancanza di traduzione o errata trasmissione, ove la richiesta non soddisfi le condizioni di cui agli artt. 5 e 6. Al momento della ricezione il giudice potrà ritenersi incompetente ad esperire la prova: nel qual caso, inoltrerà la richiesta al giudice competente dandone comunicazione al giudice richiedente tramite il formulario A, sempre nell'ottica di accelerare i tempi di acquisizione della prova.

Per l'ipotesi, prevista dall'art. 8, in cui la richiesta si presenti incompleta in quanto non contenente tutti i dati necessari di cui all'art. 4, il giudice richiesto, senza indugio e al più tardi entro trenta giorni dalla ricezione della richiesta, ne dà comunicazione al giudice richiedente, attraverso il formulario C, chiedendogli di fargli pervenire i dati mancanti. Detto formulario ha anche la funzione di contenere la eventuale richiesta di anticipo o di deposito di una somma di denaro nei casi di cui all'art. 18, par. 3.

Ricevuta la richiesta di assunzione della prova, il giudice richiesto ha, in base a quanto prescritto dall'art. 10, novanta giorni per darvi esecuzione, dovendo comunque provvedervi nel più breve tempo possibile. Detto termine, ai sensi dell'art. 9, decorre dalla ricezione della richiesta completa ove si sia fatta richiesta di integrazione *ex art. 7* o *ex art. 8*.

Un ruolo centrale nel sistema complessivo delineato spetta all'assunzione di prove da parte dell'autorità giudiziaria richiesta cui si riferiscono gli articoli da 10 a 16 del regolamento

In particolare, l'articolo 10 stabilisce il principio generale della *lex fori*, in base al quale «l'autorità giudiziaria richiesta dà esecuzione alla richiesta applicando le leggi del proprio Stato membro», a meno che, ove sia richiesta dal giudice avanti al quale si celebra il processo, sia seguita una procedura particolare prevista dalla legge dello Stato del richiedente (richiesta che va fatta utilizzando il formulario A). Il principio della *lex fori* è confermato anche in relazione all'utilizzazione dei mezzi di costrizione, nonché al rifiuto di esecu-

zione della richiesta, secondo quanto previsto rispettivamente dagli artt. 13 e 14.

Inoltre l'autorità giudiziaria richiedente ha la facoltà di domandare all'autorità giudiziaria richiesta di avvalersi delle tecnologie della comunicazione per l'esecuzione dell'assunzione delle prove, in particolare utilizzando la videoconferenza e la teleconferenza. Si tratta di una richiesta che il giudice chiamato ad assumere la prova deve adempiere, salvo che le tecnologie della comunicazione risultino incompatibili con le leggi dello Stato membro o sussistano notevoli difficoltà di ordine pratico. Il mancato accoglimento dell'istanza deve quindi essere comunicato al richiedente attraverso l'utilizzo del formulario E.

L'autorità giudiziaria richiesta è tenuta, in linea di massima, ad accogliere l'istanza di assunzione di una prova ancorché difforme rispetto a quelle previste nel suo ordinamento, a meno che la procedura sia incompatibile con le leggi del proprio Stato membro. D'altra parte, va sottolineata la determinazione delle circostanze che legittimano il rifiuto di esecuzione di un atto istruttorio richiesto ai sensi dell'art. 1, par. 1, lett. a). L'eventuale rifiuto, la cui comunicazione va effettuata attraverso il formulario H, deve avvenire entro sessanta giorni dalla ricezione della richiesta. Il ritardo, con le motivazioni che lo hanno determinato, va invece comunicato tramite il formulario F, secondo quanto prescritto dall'art. 15.

La prova assunta, infine, va comunicata, unitamente alla dichiarazione di esecuzione, utilizzando il formulario H, secondo quanto prescritto dall'art. 16.

Nel procedimento di acquisizione le parti, o i loro rappresentanti, se intendono presenziare all'assunzione della prova all'estero, potranno farlo, a condizione che ciò sia previsto dalla legge dello Stato richiesto. Tale facoltà è espressamente disciplinata dall'art. 11. A tal fine, nella sua richiesta, l'autorità giudiziaria richiedente, al momento della trasmissione del formulario A, informa l'autorità giudiziaria richiesta della volontà delle parti e degli eventuali loro rappresentanti di presenziare o di partecipare. Se viene chiesta la partecipazione, il giudice richiesto determinerà le condizioni alle quali le parti ed i loro eventuali rappresentanti possono partecipare all'assunzione della prova, dandone, se del caso, comunicazione agli interessati; mentre necessariamente dovranno essere comunicati la data ed il luogo dell'assunzione, mediante il formulario F. Inoltre, l'art. 12 ammette la partecipazione e la presenza dei delegati (magistrati o periti) dell'autorità giudiziaria richiedente, ove ciò sia compatibile con la legge dello Stato richiedente.

La differenza tra parti e delegati può essere giustificata dal diverso interesse che le parti hanno a partecipare al procedimento rispetto a quello del giudicante ad avere un proprio rappresentante che assista all'acquisizione della prova. Il giudice davanti al quale si svolge la causa ha, infatti, tutto l'interesse,

per il buon esito della stessa, ad un'attenta conoscenza e ponderata valutazione della situazione fattuale e normativa.

Come è stato rilevato in dottrina, mentre il giudice che riceve la richiesta della presenza delle parti, ne valuta l'ammissibilità, non sembra, invece, che alcuna valutazione debba compiere il giudice davanti al quale si svolge la causa, il quale dovrà limitarsi a prendere atto della volontà delle parti e a comunicarla al suo collega all'estero.

In ogni caso, a prescindere dalla domanda di partecipazione proveniente dalle parti, il giudice richiesto può invitare le parti stesse e i loro rappresentanti ad assistere o a prendere parte attiva all'esecuzione dell'assunzione delle prove, purché tale possibilità sia prevista dalla legge dello Stato membro in cui la prova viene assunta.

In tutta la fase di assunzione, questa è l'unica attività che le parti possono esplicare. I magistrati designati dall'autorità giudiziaria richiedente hanno facoltà di assistere all'esecuzione dell'assunzione delle prove in modo da poter meglio valutare le prove stesse, sempre che questa attività sia compatibile con la legge dello Stato membro dell'autorità giudiziaria richiedente.

L'assunzione diretta da parte dell'autorità giudiziaria richiedente è il profilo più innovativo del regolamento (CE) n. 1206/2001 e consiste nella possibilità data al giudice richiedente di esperire la prova direttamente sul territorio straniero. Al riguardo, l'art. 17 prevede e disciplina le modalità di prestazione, da parte dello Stato membro in cui la prova deve essere assunta, di un'assistenza meramente passiva.

Sulla base di questa previsione il regolamento (CE) n. 1206/2001 ammette la possibilità che la prova venga assunta sul territorio di altro Stato membro da parte dell'autorità giudiziaria di fronte alla quale è pendente il processo nell'ambito del quale deve essere utilizzata, sebbene la subordini all'autorizzazione rilasciata dalla competente autorità designata nello Stato membro in cui l'atto istruttorio deve essere eseguito. Per questa ragione l'autorità giudiziaria che intenda procedere direttamente all'assunzione delle prove in un altro Stato membro deve formularne richiesta all'organo centrale, o all'autorità competente di tale Stato, designati ai sensi dell'articolo 3 del medesimo regolamento, utilizzando il formulario I.

Tuttavia, all'organo o autorità che riceve la richiesta è riservato il potere di decidere se accoglierla o meno: delle determinazioni assunte verrà data comunicazione all'autorità giudiziaria richiedente entro trenta giorni dalla ricezione della domanda, tramite lo stesso formulario I. In caso affermativo, si procederà all'assunzione della prova sulla base delle condizioni dettate dall'autorità dello Stato richiesto. Per quanto riguarda la legge applicabile, anche se il soggetto che procede all'assunzione della prova deve seguire le condizioni pre-

scritte dall'autorità dello Stato ospitante, che si pongono come limite esterno all'attività, l'assunzione avverrà secondo le regole del diritto del proprio Stato di provenienza. Requisito per attuare l'assunzione diretta è la necessità di procedervi su base volontaria, senza l'uso di misure coercitive.

L'assunzione delle prove, oltre che da un magistrato, può essere eseguita da un'altra persona, quale un perito designato in conformità della legge dello Stato membro dell'autorità giudiziaria richiedente. Inoltre, l'organo centrale o l'autorità competente in forza dell'art. 3 può incaricare un'autorità giudiziaria del proprio Stato di partecipare all'assunzione delle prove, al fine di garantire la corretta applicazione della normativa e delle condizioni prescritte.

Il rifiuto di concedere l'assunzione della prova da parte dell'organo centrale o dell'autorità competente può essere dettato dalle stesse motivazioni che possono determinare il rifiuto di esecuzione da parte dell'autorità richiesta in base alle previsioni dell'art. 14.

L'assunzione diretta da parte dell'autorità giudiziaria richiedente consente il superamento del limite territoriale all'esercizio della funzione giurisdizionale istruttoria da parte del giudice che mira ad acquisire una prova al processo, pur tutelando eventuali esigenze dell'ordinamento dello Stato membro in cui la prova deve essere assunta.

A titolo riepilogativo indichiamo qui di seguito i formulari allegati al regolamento (CE) n. 1206/2001, nonché il loro relativo utilizzo:

Formulario A – Richiesta di assunzione delle prove

Formulario B – Dichiarazione di ricezione di una richiesta di assunzione delle prove

Formulario C – Dati complementari chiesti per l'assunzione delle prove

Formulario D – Accusa di ricezione del deposito o anticipo

Formulario E – Comunicazione riguardo alla richiesta di avvalersi di procedure particolari e/o delle tecnologie della comunicazione

Formulario F – Comunicazione della data e del luogo fissati per l'esecuzione dell'assunzione delle prove e delle condizioni di partecipazione

Formulario G – Comunicazione di ritardi

Formulario H – Informazioni sull'esito della richiesta

Formulario I – Richiesta di assunzione diretta delle prove

Formulario J – Informazioni dell'organo centrale/autorità competente

L'applicazione del regolamento ha richiesto la proposizione alla Corte di Giustizia di alcune questioni pregiudiziali di interpretazione.

Di particolare interesse ai nostri fini è la sentenza della Corte di Giustizia, del 21 febbraio 2013, C-332/11, nel caso *Pro Rail*. Il procedimento avanti al giudice belga riguardava il deragliamento sul territorio olandese di un treno

merci proveniente dal Belgio. Su richiesta di parte, il giudice belga dispone quindi una perizia da effettuarsi in Olanda. La Corte di Giustizia ha quindi occasione di precisare: «L'autorità giudiziaria di uno Stato membro, la quale chiede che l'assunzione delle prove affidata a un perito sia effettuata sul territorio di un altro Stato membro, per poterla disporre non è necessariamente tenuta a ricorrere al metodo di assunzione delle prove previsto da tali disposizioni».

Tuttavia, «quando si tratta di una perizia effettuata in luoghi collegati all'esercizio di [pubblici]poteri o in luoghi per i quali l'accesso o qualsiasi altro intervento, in base alla legge dello Stato membro nel quale essa è svolta, sono vietati o consentiti soltanto a persone autorizzate [punto 47] [...] il metodo di assunzione delle prove del [...] regolamento è l'unico che consent[er]e all'autorità di uno Stato membro di effettuare una perizia direttamente in un altro Stato membro [punto 48]».

Bibliografia essenziale

- BESSO, C., *Assunzione all'estero delle prove*, in *Studi in onore di G. Tarzia*, I, Milano, 2005, 263 ss.
- BIAVATI, P., *Problemi aperti in materia di assunzione delle prove civili all'estero*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 425 ss.
- CAMPEIS, G.-DE PAULI, A., *Obbligatorietà ed officiosità delle rogatorie internazionali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, 831 ss.
- CAMPEIS, G.-DE PAULI, A., *La disciplina europea del processo civile italiano*, Padova, 2005.
- CARBONE, S.M.-FRIGO, M.-FUMAGALLI, L., *Diritto processuale civile e commerciale comunitario*, Milano, 2004.
- FRANZINA, P., *La cooperazione tra gli Stati membri della Comunità europea nel settore dell'assunzione delle prove in materia civile e commerciale*, in BONOMI, A., *Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile*, Torino, 2009.
- FRIGO, M.-FUMAGALLI, L., *L'assistenza giudiziaria internazionale in materia civile*, Padova, 2003.
- FUMAGALLI, L., *Conflitti tra giurisdizioni nell'assunzione di prove civili all'estero*, Padova, 1990.
- GAJA, G., *In tema di rogatoria a console italiano*, in *Foro it.*, 1963, I, 1052 ss.
- MORELLI, G., *Diritto processuale civile internazionale*, II ed., Padova, 1954.
- POCAR, F., *L'assistenza giudiziaria internazionale in materia civile*, Padova, 1967.
- TROCKER, N., *Note sul regolamento n. 1206/2001 relativo all'assunzione delle prove in materia civile o commerciale*, in *Riv. dir. int.*, 2003, 670 ss.
- UBERTAZZI, G.M., *Il valore probatorio delle dichiarazioni giurate rese ai consoli*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1974, 32 ss.