

Antonio Leandro

# **L'assunzione delle prove all'estero in materia civile nell'era dell'innovazione digitale**

La rifusione delle norme applicabili ai rapporti  
fra gli Stati membri dell'Unione europea



**Giappichelli**



# **L'assunzione delle prove all'estero in materia civile nell'era dell'innovazione digitale**

La rifusione delle norme applicabili ai rapporti  
fra gli Stati membri dell'Unione europea







Antonio Leandro

# **L'assunzione delle prove all'estero in materia civile nell'era dell'innovazione digitale**

La rifusione delle norme applicabili ai rapporti  
fra gli Stati membri dell'Unione europea



**Giappichelli**

© Copyright 2021 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO  
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100  
<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-2177-5  
ISBN/EAN 978-88-921-7918-9 (ebook - pdf)

*L'opera è stata realizzata nell'ambito del Progetto europeo EJNita - Building bridges, 831373 - JUST-AG-2018/JUST-JCOO-EJN-AG-2018, cofinanziato dalla Commissione europea con i fondi del Programma Horizon 2020 - Justice Programme Just/2018/ Action grants.*



G. Giappichelli Editore



Questo libro è stato stampato su carta certificata, riciclabile al 100%



Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail [autorizzazioni@clearedi.org](mailto:autorizzazioni@clearedi.org) e sito web [www.clearedi.org](http://www.clearedi.org).

# Indice

	<i>pag.</i>
<i>Premessa</i>	XI
Capitolo I	
<b>Cooperazione giudiziaria civile e digitalizzazione della giustizia</b>	
1. L'obiettivo di semplificare la cooperazione giudiziaria a beneficio di altre misure di diritto processuale civile (internazionale) dell'Unione europea	1
2. Cooperazione giudiziaria e nuove tecnologie di comunicazione	3
3. Molteplici esigenze nel processo di digitalizzazione della giustizia	7
4. Sistemi informatici decentrati <i>sicuri e affidabili</i> . Tempi e modi di realizzazione	9
5. Il bilanciamento tra semplificazione digitale e garanzia dei diritti fondamentali	15
6. L'interoperabilità tra sistemi informatici: dalla tecnologia al diritto internazionale privato	21

## Capitolo II

**Il regolamento (UE) 2020/1783:  
ambito di applicazione e coordinamento con il  
diritto nazionale**

1. Il carattere cedevole del regolamento nel prisma della semplificazione 27
2. L'ambito di applicazione *ratione temporis* 33
3. L'ambito di applicazione *ratione materiae*. La nozione di «materia civile e commerciale» 34
4. *Segue*: la nozione di «prova» 38
5. *Segue*: l'applicabilità ai soli procedimenti di assunzione della prova. Il trattamento dell'istruzione preventiva e dei provvedimenti *cautelari della prova* 40
6. Il concorso tra norme uniformi e norme processuali nazionali 49
7. I settori della prova generalmente estranei al regolamento: ammissibilità, valutazione ed efficacia della prova 51

## Capitolo III

**Le procedure di assunzione della prova**

1. La rogatoria attiva: trasmissione rapida, sicura e affidabile 57
2. *Segue*: l'esecuzione della richiesta 61
3. *Segue*: il trattamento delle procedure ignote allo Stato richiesto 64
4. La presenza o la partecipazione di parti, difensori e delegati del giudice *a quo* 67
5. Il rifiuto di eseguire una richiesta 71
6. L'assunzione diretta 74

	<i>pag.</i>
7. Il regime di tasse e spese	78
8. L'assunzione della prova attraverso le procedure diplomatiche <i>inserite</i> nel regolamento	84
<i>Massime</i>	87
<i>Bibliografia</i>	91



## Premessa

La cooperazione giudiziaria europea in materia civile offre un'angolazione dalla quale misurare lo stato di avanzamento e consolidamento dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia nell'Unione europea<sup>1</sup>.

L'art. 81, par. 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) elenca le misure volte a realizzare la cooperazione giudiziaria, includendo, in particolare, le misure necessarie ad agevolare e semplificare la trasmissione transfrontaliera di richieste, atti o documenti che siano destinati

---

<sup>1</sup> Le *policies* dell'Unione dedicate alla creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia risalgono al Consiglio europeo di Tampere del 1999, al quale sono succeduti programmi e azioni di realizzazione e di rafforzamento (ad es. il programma del Consiglio e della Commissione del 30 novembre 2000 concernente misure dedicate all'attuazione del principio del riconoscimento reciproco delle decisioni in materia civile e commerciale, in *G.U.C.E.*, C 12 del 15 gennaio 2001, p. 1 ss.; il c.d. «programma dell'Aja» definito dal Consiglio europeo di Bruxelles del 4-5 novembre 2004 allo scopo del rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia nell'Unione europea, in *G.U.U.E.*, C 53 del 3 marzo 2005, p. 1 ss.; il c.d. «programma di Stoccolma» – che ha sostituito il «programma dell'Aja»; il programma Giustizia (2014-2020) adottato con regolamento (UE) n. 1382/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 dicembre 2013, in *G.U.U.E.*, L 354 del 28 dicembre 2013, p. 73 ss.; e, da ultimo, il programma Giustizia (2021-2027) adottato con regolamento (UE) 2021/693 del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 aprile 2021, in *G.U.U.E.*, L 156 del 5 maggio 2021, p. 21 ss.).

alla notificazione, alla comunicazione o alla prova in sede processuale.

Lo sfondo sul quale siffatte misure si adagiano è la mutua fiducia che intercorre tra le autorità giudiziarie degli Stati membri nell'esercizio delle rispettive funzioni. Peraltro, la mutua fiducia trova linfa al di là degli atti normativi che disciplinano il c.d. diritto processuale civile internazionale dell'Unione europea o le procedure civili uniformi europee.

In tal senso opera, in particolare, la Rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale, la quale, attiva dal 2002, offre un luogo flessibile e informale di cooperazione tra le autorità giudiziarie con l'obiettivo di migliorare l'applicazione pratica e l'attuazione degli strumenti europei adottati nel campo della giustizia civile<sup>2</sup>. Così concepita, la Rete ha creato un ponte tra gli operatori della giustizia degli Stati membri, reso nel tempo più facilmente accessibile grazie alla istituzione del Portale europeo della giustizia elettronica<sup>3</sup>.

Ora, su questo sfondo di fiducia e collaborazione di matrice normativa e tecnica, l'Unione ha adottato i regolamenti

---

<sup>2</sup>La Rete giudiziaria europea è stata istituita con decisione n. 2001/470/CE del Consiglio del 28 maggio 2001, in *G.U.C.E.*, L 174 del 27 giugno 2001, p. 25 ss., successivamente modificata con decisione 568/2009/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 giugno 2009. Tra gli obiettivi della Rete rientrano: la gestione migliore delle cause transfrontaliere, il dialogo tra i punti di contatto nazionali, la facilitazione dell'accesso alla giustizia nelle liti transfrontaliere attraverso la condivisione di buone pratiche e l'aggiornamento del pubblico e dei professionisti sulle informazioni rilevanti nel settore della giustizia civile. La Rete fornisce schede di sintesi riguardanti sia il diritto nazionale che il diritto dell'Unione europea, nonché le informazioni sulle modalità concrete di funzionamento dei vari strumenti messi a disposizione del cittadino.

<sup>3</sup>Il Portale è consultabile all'indirizzo <https://e-justice.europa.eu>.

(UE) 2020/1783<sup>4</sup> e 2020/1784<sup>5</sup> dedicati, rispettivamente, alla assunzione delle prove e alla notificazione e comunicazione degli atti giudiziari ed extragiudiziali. Tali atti sostituiranno, rispettivamente, il regolamento (CE) n. 1206/2001<sup>6</sup> e il regolamento (CE) n. 1393/2007<sup>7</sup>.

Il presente lavoro intende offrire una sobria analisi del regolamento (UE) 2020/1783<sup>8</sup>.

La scelta di riformare (*rifondere*) la disciplina dell'assunzione delle prove poggia, però, su motivazioni parzialmente comuni al campo delle notificazioni, come è naturale che sia trattandosi di strumenti dedicati all'assistenza e alla cooperazione giudiziaria.

Pertanto, conviene esporre preliminarmente gli elementi che accomunano la revisione dei due regolamenti tenendo ben presente il processo di c.d. «digitalizzazione della giustizia» nel quale la revisione si innesta (Capitolo I).

---

<sup>4</sup>Regolamento (UE) 2020/1783 del 25 novembre 2020 relativo alla cooperazione fra le autorità giudiziarie degli Stati membri nell'assunzione delle prove in materia civile o commerciale (assunzione delle prove) (rifusione), in *G.U.U.E.*, L 405 del 2 dicembre 2020, p. 1 ss.

<sup>5</sup>Regolamento (UE) 2020/1784 del 25 novembre 2020 relativo alla notificazione e alla comunicazione negli Stati membri degli atti giudiziari ed extragiudiziali in materia civile o commerciale («notificazione o comunicazione degli atti») (rifusione), *ivi*, p. 40 ss.

<sup>6</sup>Regolamento (CE) n. 1206/2001 del 28 maggio 2001 relativo alla cooperazione fra le autorità giudiziarie degli Stati membri nel settore dell'assunzione delle prove in materia civile o commerciale, in *G.U.C.E.*, L 174 del 27 giugno 2001, p. 1 ss.

<sup>7</sup>Regolamento (CE) n. 1393/2007 del 13 novembre 2007 relativo alla notificazione e alla comunicazione negli Stati membri degli atti giudiziari ed extragiudiziali in materia civile e commerciale, in *G.U.U.E.*, L 324 del 10 dicembre 2007, p. 79 ss.

<sup>8</sup>Per un'agevole consultazione digitale del testo del regolamento si rinvia alla pagina <http://data.europa.eu/eli/reg/2020/1783/oj>. Il testo è altresì riprodotto in P. FRANZINA (a cura di), *Le fonti del diritto internazionale privato*, Giappichelli, 2021, p. 279 ss.

In seguito, il lavoro si soffermerà sull'ambito di applicazione del regolamento (UE) 2020/1783 in raccordo con il diritto nazionale (Capitolo II) e sulle procedure di assunzione della prova (Capitolo III). In questi momenti sarà data voce alla giurisprudenza della Corte di Giustizia che si è formata sul regolamento (CE) n. 1206/2001 perché, alla luce della sostanziale continuità con il nuovo regolamento, essa servirà ad interpretare ed applicare correttamente anche quest'ultimo. Le massime delle principali pronunce della Corte sono racchiuse in un'apposita appendice.

## Capitolo I

# Cooperazione giudiziaria civile e digitalizzazione della giustizia

**Sommario:** 1. L'obiettivo di semplificare la cooperazione giudiziaria a beneficio di altre misure di diritto processuale civile (internazionale) dell'Unione europea. – 2. Cooperazione giudiziaria e nuove tecnologie di comunicazione. – 3. Molteplici esigenze nel processo di digitalizzazione della giustizia. – 4. Sistemi informatici decentrati *sicuri e affidabili*. Tempi e modi di realizzazione. – 5. Il bilanciamento tra semplificazione digitale e garanzia dei diritti fondamentali. – 6. L'interoperabilità tra sistemi informatici: dalla tecnologia al diritto internazionale privato.

### **1. L'obiettivo di semplificare la cooperazione giudiziaria a beneficio di altre misure di diritto processuale civile (internazionale) dell'Unione europea**

L'esigenza di semplificare e accelerare la cooperazione giudiziaria accomuna i regolamenti (UE) 2020/1783 e 2020/1784 nei rispettivi campi, affinché il compimento di atti processuali in Stati membri diversi da quello del processo e le notificazioni o le comunicazioni necessarie a un atto giudiziario o extragiudiziale per produrre all'estero l'effetto per cui è stato confezionato abbiano luogo con tempi e costi contenuti.

La semplificazione così ottenuta rappresenta, per un verso, un obiettivo proprio dei due regolamenti, e, per altro più

generale verso, essa migliora il funzionamento delle misure di diritto dell'Unione europea dedicate alla ripartizione della competenza giurisdizionale tra gli Stati membri e alla circolazione transfrontaliera delle decisioni, nonché delle misure che istituiscono procedimenti civili uniformi. I due regolamenti fungono, così, da strumento trasversale e complementare dell'intero diritto processuale civile (internazionale) dell'Unione europea.

Questa funzione – che presto focalizzeremo nel settore delle prove – già si coglie tenendo presente che, alla luce degli obiettivi generali perseguiti dall'art. 81 del TFUE e degli obiettivi specifici perseguiti dalle misure settoriali adottate nel campo della cooperazione giudiziaria, la tutela giurisdizionale e la buona amministrazione della giustizia richiedono particolari accorgimenti al cospetto di controversie transfrontaliere.

Semplificando e accelerando la cooperazione giudiziaria, i regolamenti fanno sì che la collocazione di una parte processuale, di una prova ovvero di atti giudiziari o stragiudiziali in Stati membri diversi da quello del processo o da quello in cui l'atto *de quo* è chiamato a produrre effetti non ritardi l'esercizio della tutela giurisdizionale, che trova un primo importante parametro di misurazione della sua efficacia nella rapidità di esecuzione del procedimento istruttorio, della notificazione o della comunicazione di atti e documenti.

I regolamenti intendono favorire un dialogo snello e proficuo tra le autorità giudiziarie, predisponendo canali di comunicazione diretti, suscettibili di superare gli eventuali ostacoli derivanti dallo svolgimento di attività processuali in Stati diversi da quello in cui il processo è celebrato o da quello in cui il documento oggetto di trasmissione si trova (o, specularmente, da quello in cui si trova il destinatario).

Alla semplificazione e alla accelerazione del dialogo tra le autorità giudiziarie si affianca l'esigenza di ridurre i costi

della cooperazione giudiziaria, sempre nell'intento di incentivare e di migliorare l'accesso alla giustizia. Si noterà in seguito che l'introduzione di sistemi informatici decentrati e, più genericamente, lo sviluppo del processo di digitalizzazione della giustizia servono a questo scopo oggi più che in passato, non soltanto per effetto del divenire della tecnologia, ma anche per la consapevolezza acquisita da parte del legislatore europeo – non a caso sulla spinta della esperienza maturata nel campo dell'assunzione delle prove e della notificazione degli atti, nonché sulla base della osservazione empirica della pratica giudiziaria – che qualunque *policy* protesa a rendere la giustizia davvero effettiva e accessibile non può trascurare le nuove vie di comunicazione.

## **2. Cooperazione giudiziaria e nuove tecnologie di comunicazione**

L'adeguamento della giustizia alle nuove tecnologie riflette senza dubbio l'esigenza di stare al passo con il divenire tecnologico che permea molti aspetti della vita quotidiana. L'utilità delle tecnologie di comunicazione e la necessità di rimuovere l'arretratezza dei sistemi di comunicazione sono emerse prepotentemente nel periodo di restrizioni alla circolazione delle persone dovuto alla pandemia di COVID-19, quando, cioè, le piattaforme virtuali hanno rappresentato a lungo l'unico luogo di interazione sociale<sup>1</sup>.

Nel campo che ci occupa, l'adeguamento della coopera-

---

<sup>1</sup> Si ricordi che uno dei settori ai quali gli Stati membri dovranno destinare riforme e investimenti nei piani di attuazione del regolamento (UE) 2021/241 del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza (in *G.U.U.E.*, L 57 del 18 febbraio 2021, p. 17 ss.) è la «digitalizzazione dei sistemi giudiziari»: cfr. allegato VII. V. già Commissione europea, Comunicazione *Digitalizzazione della giustizia nell'Unione europea. Un pacchetto di opportunità* (COM (2020) 710 def.) del 2 dicembre 2020, par. 3.1.

zione giudiziaria al divenire della tecnologia serve ad accelerare le comunicazioni tra autorità e operatori giudiziari nel segno del bilanciamento tra il miglioramento dell'amministrazione della giustizia e l'esigenza che le nuove vie di comunicazione comunque garantiscano certezza e stabilità agli effetti giuridici che i singoli atti trasmessi sono chiamati a produrre in sede processuale.

Per cogliere il senso di questo bilanciamento, può notarsi che la cooperazione giudiziaria è instaurata in un contesto *doppiamente internazionale*: 1) la cooperazione ha luogo tra autorità di Stati membri diversi e, come tale, opera a cavallo di territori e ordinamenti diversi; 2) le nuove tecnologie di comunicazione valicano i confini statali mediante strumenti fisiologicamente globali, quale è la rete internet.

Nel valicare i confini di uno Stato, le tecnologie prestate alla giustizia richiedono la soluzione di delicati problemi di qualificazione, di ammissibilità e di funzionamento che l'Unione europea intende affrontare e possibilmente risolvere avvalendosi di un sistema di interconnessione decentrato (unico nello spazio europeo) che, come si noterà, possa rendere le piattaforme nazionali interoperabili.

Simili problemi emergono in tutti i campi del diritto, nel riflesso dei numerosi contatti tra innovazione digitale e scienza giuridica. Mantenendo la prospettiva del diritto internazionale privato, propria del presente lavoro, si pensi, ad esempio, all'uso delle monete virtuali: a) ne è dibattuta la qualificazione giuridica, nonché l'ammissibilità come strumento per eseguire la prestazione monetaria nei contratti di scambio; b) si discute se il contratto internazionale di acquisto di moneta virtuale riguardi uno *strumento finanziario*; c) e va chiarita l'incidenza che le norme sulla tutela del consumatore possano avere qualora il contratto sia sottoposto a una legge straniera<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Sul punto v. P. BERTOLI, *Virtual Currencies and Private Internatio-*

Altro esempio proviene dalla comunicazione elettronica nella contrattazione commerciale internazionale: c'è da chiedersi perché la Convenzione UNCITRAL del 23 novembre 2005, tesa a introdurre una disciplina materiale uniforme, non stia avendo successo, analogamente alle leggi modello UNCITRAL sul commercio elettronico (12 giugno 1996), sulla firma elettronica (5 luglio 2001) e sui titoli di trasferimento elettronici (13 luglio 2017). I principali obiettivi di questi strumenti – a) introdurre un principio di equivalenza tra comunicazione elettronica e comunicazione ordinaria; b) affermare la neutralità tecnologica dei sistemi usati nella comunicazione elettronica; c) parificare, ai fini della validità di un atto, le comunicazioni/firme digitali alle comunicazioni/firme ordinarie (*equivalenza funzionale*) – non hanno trovato la condivisione di parecchi Stati membri dell'ONU a causa delle divergenze, sotto certi aspetti radicali, sull'uso della tecnologia nella costituzione, modificazione ed estinzione dei rapporti giuridici.

Altro esempio proviene dalla *e-APP*, evoluzione tecnologica dell'*apostille* introdotta con la convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961 al fine di eliminare il requisito della legalizzazione per gli atti pubblici. Solo una quarantina di Stati (l'Italia non è tra essi) hanno introdotto dei sistemi di emissione elettronica della *apostille* e/o di verifica che una *apostille* sia stata rilasciata dalle loro autorità<sup>3</sup>.

Beninteso, se questi esempi illustrano la difficoltà di raggiungere un consenso multilaterale intorno all'ingresso della digitalizzazione nei rapporti giuridici, essi allo stesso tempo

---

*nal Law*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2018, p. 581 ss.

<sup>3</sup> Maggiori informazioni nel sito *web* della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato: <https://www.hcch.net/en/instruments/specialised-sections/apostille>.

denotano il conseguimento di primi, importanti traguardi anche in spazi giuridici non integrati.

Di conseguenza, gli stessi esempi avvalorano il successo della integrazione europea, sia pur in campi settoriali, come quello, qui in analisi, dell'uso delle tecnologie nella cooperazione giudiziaria e, in prospettiva più ampia, della digitalizzazione della giustizia.

Ad ogni modo, anche a monte dell'integrazione europea nel campo della digitalizzazione della giustizia si riscontra una marcata *relatività* del concetto e dell'uso delle «nuove tecnologie» che si manifesta nello spazio (perché la tecnologia a servizio della giustizia è ammessa da alcuni Stati ma non da altri) e nel tempo (perché alcuni Stati, i quali in epoche anteriori escludevano l'uso della tecnologia, oggi ne fanno uso su vasta scala).

La *relatività* in parola rispecchia i diversi interessi che gli Stati valorizzano nelle politiche di uso e di gestione delle nuove tecnologie: interessi che, talvolta, confliggono con i benefici ricavabili dalle tecnologie in termini di celerità delle comunicazioni, nonché di economicità e certezza delle transazioni. Si noterà a breve che un terreno di possibile conflitto è la protezione dei diritti fondamentali e dei diritti collegati alla circolazione e alla custodia dei dati personali.

Lo scenario che si dischiude agli occhi di studiosi e di pratici alle prese con la *relatività* dell'uso delle nuove tecnologie nel campo della giustizia presenta una certa analogia con le ipotesi in cui lo Stato è richiesto da altri Stati di svolgere attività processuali secondo «modalità speciali» non previste dal proprio ordinamento. L'analogia è agganciata alla diversità tra principi, regimi normativi e prassi processuali che delineano il quadro regolatorio, nel primo caso, dell'uso delle tecnologie e, nel secondo caso, dello svolgimento di attività processuali.

Vedremo che, in uno spazio di giustizia integrato e fonda-

to sulla mutua fiducia, il *rifiuto* di procedere secondo la «modalità speciale» ha natura eccezionale.

### 3. Molteplici esigenze nel processo di digitalizzazione della giustizia

Posti sotto la luce di quanto precede, il regolamento (UE) 2020/1783 e il regolamento (UE) 2020/1784 cercano di realizzare tre obiettivi: a) semplificare la cooperazione giudiziaria; b) utilizzare la tecnologia nella comunicazione tra gli «attori» della cooperazione giudiziaria; c) garantire il rispetto dei diritti individuali a vario titolo coinvolti nei processi tecnologici di scambio di dati e informazioni.

La sintesi proposta dai due regolamenti presuppone che la giustizia sia (o dovrebbe essere) necessariamente ancorata al divenire tecnologico per poter costituire efficacemente, anche in un'epoca «digitale», il principale luogo di applicazione del diritto obiettivo e di garanzia dei diritti individuali.

Il processo di c.d. «digitalizzazione della giustizia» esprime, a sua volta, una *policy* che l'Unione europea ha intrapreso avendo presente una platea variegata di portatori di interessi<sup>4</sup>.

La tecnologia digitale riveste infatti un *doppio* ruolo nel settore della giustizia: 1) supporto imprescindibile alla efficienza, alla semplificazione e alla riduzione dei costi nell'amministrazione giudiziaria<sup>5</sup>, e 2) leva moderna per la promozione dell'osservanza dello Stato di diritto, per l'effettività dell'accesso alla giustizia, e, più in generale, per il vantaggio complessivo di cittadini e imprese nel mercato unico<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> V., in particolare, Commissione europea, Comunicazione *Digitalizzazione della giustizia*, cit.; Consiglio, Conclusioni *Accesso alla giustizia – Cogliere le opportunità della digitalizzazione*, in *G.U.U.E.*, CI 342 del 14 ottobre 2020, p. 1 ss.

<sup>5</sup> Consiglio, Conclusioni *Accesso alla giustizia*, cit., punti 10 e 13.

<sup>6</sup> Commissione europea, Comunicazione *Digitalizzazione della giusti-*

Al di là della cooperazione giudiziaria si stagliano, dunque, vantaggi pratici che possono cogliersi meglio quando lo spostamento fisico crea disagio a parti, periti o testimoni. Ciò si avverte ancor più nel procedimento europeo per le controversie di modesta entità, il quale si dovrebbe svolgere essenzialmente in forma scritta, lasciando spazio alle udienze in via eccezionale. Al fine di consentire agli interessati di essere sentiti in tali situazioni eccezionali senza doversi recare dinanzi al giudice, l'art. 8 del regolamento (CE) n. 861/2007 prevede che l'udienza sia «tenuta avvalendosi di appropriate tecnologie di comunicazione a distanza, come la videoconferenza o la teleconferenza, a disposizione [del giudice], a meno che l'uso di siffatte tecnologie, in considerazione delle particolari circostanze del caso, non risulti inappropriato ai fini dell'equa trattazione del procedimento», aggiungendo che «qualora la persona da sentire abbia il domicilio o la residenza abituale in uno Stato membro diverso dallo Stato membro dell'organo giurisdizionale adito, la sua partecipazione a un'udienza mediante videoconferenza, teleconferenza o altre appropriate tecnologie di comunicazione a distanza è organizzata avvalendosi delle procedure di cui al regolamento (CE) n. 1206/2001»<sup>7</sup>.

Naturalmente il ricorso alla tecnologia non può comprimere l'accesso alla giustizia di coloro che non possono utilizzare o reperire i servizi digitali<sup>8</sup>.

Digitalizzare la giustizia ha senso se tutti gli Stati membri

---

*zia nell'Unione europea*, cit., par. 1, e par. 3.2. anche per il riferimento all'impatto negativo sull'ambiente derivante dall'uso della carta nelle comunicazioni.

<sup>7</sup> Il regolamento (CE) n. 861/2007, dell'11 luglio 2007, in *G.U.U.E.*, L 199 del 31 luglio 2007, p. 1 ss., è stato modificato dal regolamento (UE) 2015/2421 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2015, recante modifica anche del regolamento (CE) n. 1896/2006, che istituisce un procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento, in *G.U.U.E.*, L 341 del 24 dicembre 2015, p. 1 ss. A seguito di queste modifiche, l'art. 8 è stato riformulato nel senso indicato nel testo.

<sup>8</sup> Commissione europea, Comunicazione *Digitalizzazione della giustizia nell'Unione europea*, cit., nota 11.

sono dotati di adeguate strumentazioni informatiche accessibili dagli individui e se un programma generale di «alfabetizzazione» sia avviato per diffondere la conoscenza dei mezzi digitali.

Il diritto di accesso «tradizionale» alla giustizia va dunque preservato fintantoché l'«alfabetizzazione digitale» non sarà compiuta: il principio «digitale per *default*» deve pertanto ammettere deroghe fondate sulla stessa esigenza per cui esso è affermato, l'esigenza, cioè, di garantire un effettivo diritto di accesso alla giustizia.

Peraltro, l'alfabetizzazione digitale riguarda non soltanto i *fruitori*, ma anche gli *attori* della giustizia. Il processo di digitalizzazione comprende, dunque, l'acquisizione di competenze che consentano di utilizzare le tecnologie in modo appropriato e di conoscerne l'impatto sul trattamento di dati sensibili e sul diritto alla vita privata<sup>9</sup>. Resta poi fermo (per quanto apparentemente ovvio) che la decisione di un giudice è atto umano che non può essere «delegato a uno strumento di intelligenza artificiale»<sup>10</sup>.

#### **4. Sistemi informatici decentrati *sicuri* e *affidabili*. Tempi e modi di realizzazione**

I sistemi digitali declinati al settore della giustizia servono (e serviranno) a sorreggere meccanismi di tutela di diritti individuali, *in primis* il diritto di accesso alla giustizia, e interessi pubblici, *in primis* la buona amministrazione della giustizia. Ciò spiega perché quei sistemi vanno elaborati non soltanto mirando alla rapidità dello scambio di documenti e informazioni, ma anche alla sicurezza, alla affidabilità e alla solidità della raccolta e della gestione dei dati.

---

<sup>9</sup> Consiglio, Conclusioni *Accesso alla giustizia*, cit., punti 29-32.

<sup>10</sup> Ivi, punto 39.

Non a caso i nuovi atti europei in materia di prove e di notificazione prevedono espressamente che la trasmissione digitale abbia luogo attraverso un sistema informatico decentrato «sicuro e affidabile»: artt. 7 del regolamento (UE) 2020/1783 e 5 del regolamento (UE) 2020/1784.

La Commissione dovrà istituire un sistema così qualificato adottando appositi atti di esecuzione entro il 23 marzo 2022 (art. 25 comune ai due regolamenti). Gli atti di esecuzione stabiliranno, in particolare, la tecnica preferita di comunicazione elettronica, i protocolli di comunicazione, le prescrizioni e le misure tecniche a garanzia della sicurezza delle informazioni trasmesse, gli obiettivi minimi di disponibilità del materiale trasmesso e i correlati requisiti tecnici. Si prevede anche l'istituzione di un comitato direttivo composto da rappresentanti degli Stati membri con il compito di vigilare sul funzionamento e sulla manutenzione del sistema.

Se il primo passo per l'avvio dei sistemi di trasmissione digitale decentrata consiste nell'adozione degli atti di esecuzione, quelli successivi sono legati alla messa in opera degli standard tecnici fissati nei medesimi atti e alla «alfabetizzazione» dei soggetti che utilizzeranno il sistema. Quest'ultimo passo richiede tempo, anche perché esso concorre a rendere il sistema affidabile agli occhi degli *utenti*. Di conseguenza, l'art. 35 del regolamento (UE) 2020/1783 e l'art. 37 del regolamento (UE) 2020/1784 rinviando l'uso del sistema informatico decentrato (art. 7 del regolamento (UE) 2020/1783 e artt. 5, 8 e 10 del regolamento (UE) 2020/1784) a tre anni dall'adozione degli atti di esecuzione<sup>11</sup>.

Il sistema poggerà verosimilmente sulla tecnologia *e-*

---

<sup>11</sup> Gli Stati possono comunicare alla Commissione se sono in grado di far funzionare il sistema informatico decentrato prima dei tre anni (art. 31, par. 4, regolamento (UE) 2020/1783, e 33, par. 2, regolamento (UE) 2020/1784).

*Justice Communication via Online Data Exchange (e-CODEX)*, ad oggi gestita da un consorzio di 21 Stati membri<sup>12</sup> con la partecipazione di Stati terzi<sup>13</sup> e di associazioni professionali<sup>14</sup>.

Il sistema è utilizzato anche nel quadro dei procedimenti penali transfrontalieri (v. il sistema di scambio digitale di prove elettroniche e-EDES), nonché nell'ambito delle ingiunzioni europee di pagamento e nei procedimenti per le controversie di modesta entità. Esso è connesso anche a *i-Support*, sistema di gestione delle cause e di comunicazione per il recupero dei crediti alimentari che, come vedremo, è stato adottato in seno alla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato<sup>15</sup>.

E-CODEX è attualmente privo di *base giuridica* nel diritto dell'Unione europea, essendo, come visto, attivato e gestito nell'interesse di un gruppo misto composto da Stati membri, Stati terzi e associazioni professionali. La «passerella comunitaria» è tuttavia in programma. E-CODEX sarà infatti utilizzato nella fase di esecuzione dei piani di azione dell'Unione europea in materia di giustizia elettronica, come risulta dalla recente proposta di regolamento volto ad estenderne l'uso ai procedimenti civili e penali transfrontalieri<sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup> Austria, Belgio, Cechia, Croazia, Estonia, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Irlanda, Italia, Lettonia, Lituania, Malta, Paesi Bassi, Polonia, Portogallo, Romania, Spagna, Ungheria.

<sup>13</sup> Norvegia, Regno Unito, Turchia. Va aggiunta, poi, l'isola di Jersey.

<sup>14</sup> Il Consiglio degli ordini forensi dell'Unione europea e il Consiglio dei notariati dell'Unione europea.

<sup>15</sup> Cfr. *Impact Assessment Accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a computerised system for communication in cross-border civil and criminal proceedings (e-CODEX system), and amending Regulation (EU) 2018/1726, SWD(2020) 541 final del 2 dicembre 2020, par. 1.1.*

<sup>16</sup> Proposta di regolamento relativo a un sistema informatizzato di comunicazione per i procedimenti civili e penali transfrontalieri (sistema e-

Il futuro regolamento dovrebbe attribuire la gestione e lo sviluppo del sistema e-CODEX all'Agenzia dell'Unione europea per la gestione operativa dei sistemi IT su larga scala nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia (eu-LISA)<sup>17</sup>. Tale scelta riflette, oltre che ragioni di opportunità e di convenienza legate all'esistenza di un ente con esperienza nel campo della tecnologia dell'informazione, anche la duplice esigenza di consegnare la manutenzione dei dati e del sistema a un ente non commerciale, presuntivamente più garantista della custodia di dati finalizzati ad attività pubblicistiche, e di consentire il controllo da parte degli Stati soprattutto a protezione dell'indipendenza della magistratura, quale potere pubblico chiamato all'uso delle informazioni immesse nel sistema<sup>18</sup>.

Emblematica del *nuovo* ruolo del sistema e-CODEX è la definizione proposta dalla Commissione: «a decentralised and interoperable system for cross-border communication for the purpose of facilitating electronic exchange of data in a secure and trusted manner in the area of justice» (art. 3, lett. a) della menzionata proposta del 2020)<sup>19</sup>.

Il *decentramento informatico* di cui si discorre consiste essenzialmente nel rendere interconnessi (interoperabili) i si-

---

CODEX) e che modifica il regolamento (UE) 2018/1726 (COM (2020) 712 def. del 2 dicembre 2020). L'allegato 1 alla proposta contiene la lista degli atti dell'Unione che saranno inclusi nel futuro regolamento: di fatto vi rientrano tutte le misure dell'Unione nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile e commerciale. Quanto ai piani di azione in materia di giustizia elettronica, cfr., in particolare, il piano 2014-2018, in *G.U.U.E.*, C 182 del 14 giugno 2014, p. 2 ss. e il piano 2019-2023, ivi C 96 del 13 marzo 2019, p. 9 ss.

<sup>17</sup>L'Agenzia è stata istituita dal regolamento (UE) 2018/1726 del 14 novembre 2018, che modifica il regolamento (CE) n. 1987/2006 e la decisione 2007/533/GAI e che abroga il regolamento (UE) n. 1077/2011, in *G.U.U.E.*, L 295 del 21 novembre 2018, p. 99 ss.

<sup>18</sup>Cfr. *Impact Assessment*, cit., par. 5.1 ss.; vedi pure l'art. 13a della anzidetta proposta come formulato nel documento preparatorio all'orientamento generale del Consiglio, doc. 9005/21 del 28 maggio 2021, nel registro dei documenti del Consiglio (<http://www.consilium.europa.eu>).

<sup>19</sup>Nella versione riportata nel doc. 9005/21, cit.

stemi informatici nazionali di raccolta e gestione dei dati (*back-end*)<sup>20</sup>. I costi di creazione, manutenzione e sviluppo del sistema sono a carico della Commissione, mentre quelli di creazione, installazione, adattamento, funzionamento e gestione dei punti di accesso che collegano i sistemi informatici nazionali al sistema decentrato sono a carico degli Stati membri<sup>21</sup>.

L'interoperabilità tra i sistemi nazionali attraverso la piattaforma decentrata favorirà lo scambio di informazioni esclusivamente tra gli Stati, in particolare tra i rispettivi organi<sup>22</sup>. La piattaforma opererà a beneficio dei soli utilizzatori dei dati offrendo uno strumento di comunicazione fondato su un linguaggio comune che possa superare, tramite la interconnessione, le differenze tra i sistemi nazionali<sup>23</sup>.

L'obiettivo, dunque, è di *connettere* i sistemi informatici nazionali, i quali, se lasciati allo stato di parcellizzazione e di reciproca indipendenza, non sarebbero funzionali all'obiettivo di semplificare e di efficientare la circolazione di dati e di atti e, di conseguenza, la cooperazione tra le autorità giudiziarie.

Va messo in conto che anche il sistema creato dalla Commissione potrebbe non funzionare a seguito di guasti, di circostanze eccezionali, o essere inutilizzabile alla luce dell'oggetto della trasmissione<sup>24</sup>. Una simile prospettiva non allenta

---

<sup>20</sup> Art. 27 comune ai regolamenti (UE) 2020/1783 e 2020/1784.

<sup>21</sup> Art. 28 comune ai regolamenti (UE) 2020/1783 e 2020/1784.

<sup>22</sup> Considerando n. 7 del regolamento (UE) 2020/1783, e considerando n. 10 del regolamento (UE) 2020/1784.

<sup>23</sup> Il sistema dovrebbe rispondere *cum grano salis* ai c.d. principi FAIR (Findability, Accessibility, Interoperability, e Reusability): cfr. M.D. WILKINSON e altri, *The FAIR Guiding Principles for Scientific Data Management and Stewardship*, in *Scientific Data*, 2016, <https://doi.org/10.1038/sdata.2016.18>.

<sup>24</sup> Il regolamento (UE) 2020/1783 porta l'esempio della trasmissione di campioni di DNA o di sangue (considerando n. 12).

la presa dei due regolamenti sull'obiettivo di velocizzare la trasmissione. Ecco perché essi auspicano che, qualora il sistema decentrato sia inutilizzabile, possa ricorrersi ad «alternative appropriate» che assicurino una trasmissione rapida e sicura, eventualmente mediante altri mezzi elettronici o il servizio postale<sup>25</sup>.

Il criterio dell'«appropriatezza» nella ricerca del «mezzo alternativo» viene, dunque, tarato sugli stessi parametri della rapidità, della sicurezza e dell'affidabilità che dovranno caratterizzare il sistema di *default* basato sulla trasmissione decentrata.

D'altro canto, il parametro della rapidità è così importante da giustificare le libertà delle autorità giudiziarie di scambiarsi informazioni attraverso strumenti diversi dai regolamenti, ove tali strumenti siano applicabili e verosimilmente più convenienti.

Tali sono, ad esempio, i sistemi di scambio di informazioni previsti dal Capo VII del regolamento (CE) n. 4/2009 del Consiglio, del 18 dicembre 2008, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari<sup>26</sup>; nonché dal Capo IV del regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale<sup>27</sup>, sostituito, dal 1° agosto 2022, dal Capo V del regolamento (UE) 2019/1111 del Consiglio, del 25 giugno 2019, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale di minori<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> Art. 7, par. 4 e considerando n. 12 del regolamento (UE) 2020/1783, art. 5, par. 4 e considerando n. 15 del regolamento (UE) 2020/1784.

<sup>26</sup> *G.U.U.E.*, L 7 del 10 gennaio 2009, p. 1 ss.

<sup>27</sup> *G.U.U.E.*, L 338 del 23 dicembre 2013, p. 1 ss.

<sup>28</sup> *G.U.U.E.*, L 178 del 2 luglio 2019, p. 1 ss.

## 5. Il bilanciamento tra semplificazione digitale e garanzia dei diritti fondamentali

Si è anticipato che il processo di digitalizzazione della giustizia (dalla progettazione alla attuazione)<sup>29</sup> va condotto nel rispetto dei diritti fondamentali. Sovvengono, in particolare, i diritti riconducibili all'equo processo nella cornice della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 47) e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (art. 6).

Conviene ricordare che l'art. 6 della Convenzione europea e la relativa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo conducono nella cornice dell'equo processo: il diritto di accesso al giudice (tribunale), il carattere indipendente ed imparziale del giudice, la terzietà del giudice, la forma pubblica del processo, la durata ragionevole dello stesso, il diritto all'assistenza legale gratuita per garantire l'accesso alla giustizia della parte bisognosa, il principio del contraddittorio e della parità delle armi, il correlato obbligo del giudice di esaminare e rispondere alle prospettazioni di parte (nonché di motivare la decisione), il diritto a ottenere l'esecuzione di una decisione definitiva. Si tratta di un'elencazione non tassativa, la quale delinea sinteticamente l'insieme delle garanzie minime per rendere effettivo, efficiente e corretto l'esercizio della giustizia in uno Stato di diritto.

È noto, peraltro, che ogni strumento di cooperazione giudiziaria europea in materia civile si ispira all'equo processo, quale espressione di un ordine pubblico europeo comune a tutti gli Stati membri e all'Unione stessa<sup>30</sup>.

Ciò comporta, in primo luogo, che ogni strumento di coo-

---

<sup>29</sup> Commissione europea, Comunicazione *Digitalizzazione della giustizia nell'Unione europea*, cit., par. 1.

<sup>30</sup> Sia consentito rinviare a A. LEANDRO, *L'equo processo nel diritto processuale civile internazionale europeo*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2016, p. 22 ss.

perazione giudiziaria sia interpretato e applicato in conformità alla Carta e alla Convenzione<sup>31</sup>.

D'altro canto, si è ripetutamente detto che il processo di accelerazione e semplificazione della cooperazione giudiziaria è funzionale al miglioramento del diritto di accesso alla giustizia, il quale rientra nella cornice dell'equo processo. Il sistema informatico decentrato (e-CODEX) e la digitalizzazione della giustizia in generale rivestono un ruolo primario a questo fine nel solco delle tecniche adottate dai regolamenti di precedente generazione. Lo stesso dicasi per l'impatto positivo che la semplificazione della cooperazione ha sulla durata ragionevole del processo.

Il miglioramento dell'accesso alla giustizia sotto il profilo della effettività dipende anche dal contenimento dei costi del processo: un risultato, questo, che si consegue eliminando il più possibile l'uso della carta e delle relative vie di trasmissione, ma anche lo spostamento fisico di parti, periti o testimoni che non sia necessario ai fini dell'equa trattazione del procedimento. Non va taciuta, poi, la natura *open source* del software sottostante e-CODEX.

Inoltre, l'ispirazione all'equo processo emerge, come meglio vedremo, dalle stesse tecniche di assistenza giudiziaria previste dal regolamento (UE) 2020/1783 affinché l'intero procedimento istruttorio sia conforme al «diritto alla prova», quale componente dell'equo processo<sup>32</sup>. A questo fine ri-

---

<sup>31</sup> L'obbligo di interpretare i regolamenti adottati nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile alla luce della Carta è affermato dalla Corte di Giustizia: v., *ex multis*, 23 dicembre 2009, *Detiček*, causa C-403/09 PPU, ECLI:EU:C:2009:810, punto 53 ss.; 5 ottobre 2010, *McB*, causa C-400/10 PPU, ECLI:EU:C:2010:582, punto 52 ss.; 11 settembre 2014, *A.*, causa C-112/13, ECLI:EU:C:2014:2195, punto 51.

<sup>32</sup> N. TROCKER, *Il regolamento (CE) n. 1206/2001 del Consiglio, del 28 maggio 2001, relativo alla cooperazione fra le autorità giudiziarie degli Stati membri nel settore dell'assunzione delle prove in materia civile e*

sponde, ad esempio, il diritto delle parti di assistere all'assunzione del mezzo istruttorio (art. 13). La presenza delle parti e dei difensori è ammissibile, di regola, se prevista dalla *lex processus*: occorre, infatti, garantire il contraddittorio conformemente alle regole sulla prova proprie del processo a prescindere dalle implicazioni transfrontaliere dell'attività istruttoria. Cionondimeno, il regolamento «lascia impregiudicata», a garanzia del contraddittorio, la facoltà dell'autorità richiesta di chiedere alle parti e al difensore di assistere in conformità alla legge dello Stato richiesto (art. 13, par. 5).

L'assistenza e la partecipazione virtuale attraverso le tecnologie di comunicazione a distanza (videoconferenza o teleconferenza) consentono, dunque, di allineare tempi, costi, ed efficienza della fase istruttoria ai valori insiti nell'equo processo. Gli stessi valori, posti a confronto con le particolari circostanze del caso, potrebbero rivelare, al contrario, che il ricorso alle tecnologie è «inappropriato ai fini dell'equa trattazione del procedimento». Così dispone l'art. 8 del regolamento (CE) n. 861/2007, integrando un *caveat* estendibile a ogni processo, caratterizzato o meno da elementi di internazionalità.

L'art. 8 consente, inoltre, alla parte citata a comparire fisicamente in udienza di «richiedere l'uso di tecnologie di comunicazione a distanza, se l'organo giurisdizionale ne dispone, in ragione del fatto che le misure da adottare per essere fisicamente presente, in particolare per quanto riguarda le possibili spese sostenute da tale parte, sarebbero sproporzionate rispetto all'entità della controversia». Di converso, la parte citata a comparire a un'udienza da tenersi tramite una tecnologia di comunicazione a distanza potrà «chiedere di essere presente fisicamente all'udienza». Anche queste pre-

---

*commerciale*, in M. TARUFFO, V. VARANO (a cura di), *Manuale di diritto processuale civile europeo*, Giappichelli, 2011, p. 285 ss., p. 287.

scrizioni denotano l'*emprise* dell'equo processo, rimettendo alla parte la facoltà di avvalersi o meno della presenza fisica in udienza secondo valutazioni personali, non necessariamente legate alle esigenze di difesa, ma limitate anche alla mera convenienza di spostarsi e partecipare all'udienza.

Si noterà, infine, che il regolamento (UE) 2020/1783 consente di *frenare* la cooperazione giudiziaria (sia nella forma della rogatoria attiva che in quella dell'assunzione diretta) quando sorgono problemi di incompatibilità tra i contenuti della richiesta avanzata da un'autorità giudiziaria e la legge o i «principi fondamentali» dello Stato richiesto: incompatibilità, questa, che può riguardare i principi dell'equo processo.

Affacciandoci per un momento sul campo delle notificazioni (regolamento (UE) 2020/1784), il rispetto dell'equo processo, sotto il profilo dell'accesso alla giustizia, si evince dal generico riconoscimento dei diritti fondamentali «a norma del diritto dell'Unione» (art. 32), nonché dalla specifica salvaguardia degli strumenti che garantiscono il gratuito patrocinio (art. 30). Inoltre, l'equo processo spiega la previsione uniforme del diritto del destinatario di conoscere il contenuto dell'atto notificatogli e, in correlazione, del diritto di rifiutare l'atto i cui contenuti sono ignoti o inaccessibili per motivi linguistici (art. 12)<sup>33</sup>. Ancora, la mancata comparizione del convenuto è oggetto di una corposa disciplina a garanzia della conoscenza dell'atto introduttivo del processo (art. 22). Nel diritto processuale civile internazionale europeo il controllo è completato dal rifiuto del riconoscimento della decisione contumaciale in caso di violazione dei diritti della difesa. Va notato che la predisposizione di regole uniformi dedicate alla trasmissione degli atti giudiziari giova alla circolazione delle decisioni perché il rischio di contrasto con l'equo processo a causa del difetto di conoscenza

---

<sup>33</sup> Cfr. Corte Giust., 16 settembre 2015, *Alpha Bank Cyprus Ltd*, causa C-519/13, ECLI:EU:C:2015:603, secondo la quale il diritto di rifiutare l'atto è una diretta conseguenza del bilanciamento tra semplificazione e accelerazione delle procedure, da un lato, e tutela dei diritti di difesa, dall'altro (punti 31-33, 46, 51).

dell'avvio del procedimento è assai contenuto. La valutazione del «difetto di conoscenza» è svolta, poi, secondo un criterio di effettività, non agganciato, neanche in via presuntiva, al mero rispetto dei mezzi formali di notifica e di comunicazione degli atti giudiziari<sup>34</sup>.

Ai diritti fondamentali *processuali* vanno aggiunti i valori e i diritti propri della tutela dei *dati*, intesi come beni rispetto ai quali l'Unione europea ha predisposto noti strumenti di gestione e di protezione.

È ormai pacifico su scala globale che i *dati* rappresentano, a seconda dei casi, il contenitore di un'informazione rilevante per la giustizia, il mezzo per accedere a informazioni (si pensi alle *passwords*) e un bene in sé suscettibile di esprimere un valore patrimoniale, ponendo in ogni caso delicati problemi di individuazione, recupero, protezione, raccolta e gestione al cospetto di fattispecie transfrontaliere<sup>35</sup>. La *relatività* nell'uso delle tecnologie emerge, infatti, anche in questi campi: le fattispecie transfrontaliere presentano collegamenti con regimi giuridici che possono disciplinare ognuno dei menzionati profili in modo marcatamente diverso, finanche impedendo l'accesso a dati che per altri ordinamenti sarebbe consentito.

La digitalizzazione della giustizia nello spazio europeo poggia, però, su un terreno armonizzato in materia di tutela dei dati. Ciò dovrebbe ridurre un simile conflitto tra ordinamenti degli Stati membri.

Il sistema informatico decentrato risponderà, infatti, ai re-

---

<sup>34</sup> Corte Giust., 28 aprile 2009, *Apostolides*, causa C-420/07, ECLI:EU:C:2009:271, punto 75; e già 11 giugno 1985, *Debaecker e Plouvier*, causa 49/84, ECLI:EU:C:1985:252, punto 12.

<sup>35</sup> UNCITRAL, *Report of the Colloquium on Civil Asset Tracing and Recovery (Vienna, 6 December 2019)*, doc. A/CN.9/1008 del 28 febbraio 2020, par. 11: <http://uncitral.un.org>.

quisiti e ai principi enucleati dai regolamenti (UE) 2018/1725<sup>36</sup> e 2016/679<sup>37</sup>, soprattutto nella fase di progettazione e di impostazione predefinita delle informazioni che saranno inserite e trasmesse<sup>38</sup>. Oltre che fungere da paradigmi di riferimento, la protezione dei dati personali e il rispetto della vita privata e familiare incideranno parecchio sul funzionamento e sull'uso del mezzo di trasmissione – a prescindere dalla relativa natura digitale – affinché il dato sia utilizzato per le sole esigenze legate alla cooperazione giudiziaria<sup>39</sup>.

Inoltre, la responsabilità del trattamento dei dati personali compete alle autorità giudiziarie<sup>40</sup>, nel riflesso del controllo che in generale esse esercitano sul rispetto dei diritti processuali e dei diritti sui dati personali.

In definitiva, il bilanciamento tra semplificazione della giustizia e garanzia dei diritti fondamentali dell'individuo è posto nelle mani delle autorità giudiziarie. La riduzione dei passaggi intermedi attraverso il dialogo diretto e digitale do-

---

<sup>36</sup> Regolamento (UE) 2018/1725 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2018, sulla tutela delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali da parte delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione e sulla libera circolazione di tali dati, e che abroga il regolamento (CE) n. 45/2001 e la decisione n. 1247/2002/CE, in *G.U.U.E.*, L 295 del 21 novembre 2018, p. 39 ss.

<sup>37</sup> Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati), in *G.U.U.E.*, L 119 del 4 maggio 2016, p. 1 ss.

<sup>38</sup> Considerando n. 9 del regolamento (UE) 2020/1783 e considerando n. 12 del regolamento (UE) 2020/1784.

<sup>39</sup> Art. 30 e considerando n. 31 e 32 del regolamento (UE) 2020/1783; art. 32 e considerando n. 3, 41 e 42 del regolamento (UE) 2020/1784.

<sup>40</sup> Art. 30, par. 2, e considerando n. 11 del regolamento (UE) 2020/1783; art. 31, par. 2, e considerando n. 14 del regolamento (UE) 2020/1784.

vrebbe accelerare i tempi della cooperazione e, di conseguenza, della giustizia nel segno del rafforzamento dei diritti fondamentali già solo perché il dialogo ha luogo tra chi (i giudici) ne è istituzionalmente garante.

## **6. L'interoperabilità tra sistemi informatici: dalla tecnologia al diritto internazionale privato**

La *rifusione* ha ammodernato (soprattutto in prospettiva) i sistemi di assunzione delle prove e di notificazione transfrontaliera rivelando quanto l'Unione europea sia sensibile alla necessità di tenere gli strumenti di cooperazione giudiziaria civile al passo con i tempi: nel campo delle notificazioni, si è giunti addirittura alla terza generazione dei regolamenti.

Al dinamismo dell'Unione europea in queste opere di *restyling* si contrappone lo staticismo del processo di «comunitarizzazione del diritto internazionale privato», il quale, inaugurato con impeto nel 2000, non trova più sostegno politico per estendersi su nuovi campi. È vero, tuttavia, che lo stallo si avverte soprattutto nel campo dei conflitti di legge e che molto è stato fatto in quello del diritto processuale civile internazionale.

Ponendosi in una prospettiva globale, che veda i rapporti privatistici e le liti toccare le relazioni tra Stati membri e Stati terzi, il *restyling* di cui discorriamo è (l'ennesimo) segno di una integrazione unica nel suo genere.

Basti pensare che la cooperazione internazionale promossa dalla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato negli stessi settori è ferma a convenzioni alquanto risalenti.

La convenzione del 15 novembre 1965 relativa alla notifica all'estero di atti giudiziari ed extragiudiziari e la convenzione del 18 marzo 1970 sull'assunzione delle prove all'estero, che pure hanno ispirato rispettivamente il regolamento (CE) n. 1393/2007 e il regolamento (CE) n. 1206/2001, sono

rimaste infatti imbrigliate nel loro assetto originario<sup>41</sup>. È innegabile che l'evoluzione tecnologica e le esigenze della pratica abbia trovato riscontro nei vari *Practical Handbooks* che si sono succeduti negli anni, facendo oggetto di varie raccomandazioni o conclusioni delle *Special Commissions*<sup>42</sup>.

Gli ultimi *Practical Handbooks* in materia di prova sono stati pubblicati nel 2020 con una guida sulla buona pratica nell'uso della videoconferenza per l'esame dei testimoni. Nel 2016 sono stati pubblicati quelli in materia di notificazioni. Le ultime *Conclusions and Recommendations* della *Special Commission* risalgono al 2014 per entrambi i settori.

Si tratta, però, di aggiornamenti ben diversi da una revisione normativa *stricto sensu*, la quale, quando ben fatta, ha il pregio di fornire agli operatori maggiore certezza nel settore disciplinato.

Non c'è dubbio che la Conferenza dell'Aja, sulla scia della «vecchia» convenzione del 1905 relativa alla procedura civile<sup>43</sup>, ha aiutato gli Stati membri e le autorità giudiziarie a cooperare in modo decisamente più strutturato rispetto alla cooperazione fondata sulla libera e discrezionale scelta di ciascuno Stato di prestare la propria attività processuale a favore di altri Stati o di ammettere lo svolgimento di attività processuali straniere nel proprio territorio.

Senonché, il numero crescente degli Stati contraenti e l'esigenza – connaturata al metodo intergovernativo – di raggiungere un compromesso tra le posizioni divergenti espresse

---

<sup>41</sup> Per non parlare della Convenzione del 1° marzo 1954 sulla procedura civile, che è stata sostituita dalle successive convenzioni tra gli Stati che ne sono contraenti. Per maggiori dettagli v. *infra*, Capitolo II, § 1.

<sup>42</sup> <http://hcch.net>.

<sup>43</sup> Convenzione dell'Aja del 17 luglio 1905 relativa alla procedura civile.

dagli stessi Stati hanno impedito alla Conferenza dell'Aja di rispondere efficacemente al bisogno, avvertito dal mondo dei pratici, di accelerare e semplificare le vie della cooperazione giudiziaria transfrontaliera.

L'avvento dell'epoca digitale ha accentuato le distanze tra gli Stati, tenendo conto di quanto si è detto a proposito della *relatività* che contraddistingue l'uso della tecnologia nel campo della giustizia<sup>44</sup>. E con le distanze tra gli Stati, si è inspesito anche il solco tra la Conferenza dell'Aja e l'Unione europea nel processo di ammodernamento dei mezzi di assistenza giudiziaria internazionale.

Questo solco non riguarda soltanto il *mero* adeguamento degli strumenti al divenire della tecnologia.

L'Unione europea disporrà, infatti, di piattaforme integrate che avranno un impatto positivo sulla comunicazione tra i *gestori* del processo (le autorità giudiziarie), ma ancor prima tra gli stessi sistemi informatici nazionali, intese come piattaforma di raccolta e smistamento di dati giuridicamente rilevanti.

La sfida che l'Unione ha voluto darsi è rendere interoperabili queste piattaforme, le quali, ove tra loro *disconnesse*, servirebbero male allo scopo di declinare lo *spazio digitale* ai bisogni dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia<sup>45</sup>.

Vi è, dunque, qualcosa di più dell'obiettivo tecnico di *connettere* i sistemi informatici nazionali al fine di semplificare e di efficientare la circolazione di dati e atti.

E-CODEX attualmente opera se il diritto dello Stato mem-

---

<sup>44</sup> V. le risposte al questionario proposto dal *Permanent Bureau* nel 2019 sull'uso dell'*information technology* (IT) nell'ambito dell'assistenza giudiziaria regolata dalle convenzioni del 1965 e del 1970. Le risposte sono consultabili nel sito <http://hch.net>.

<sup>45</sup> Commissione europea, Comunicazione *Digitalizzazione della giustizia nell'Unione europea*, cit., par. 2.

bro consente, in generale, l'utilizzo delle piattaforme informatiche per la trasmissione di dati e, in particolare, l'accesso della piattaforma al sistema e-CODEX. Né in futuro E-CODEX inciderà sulla struttura e sul contenuto delle piattaforme nazionali. In altre parole, E-CODEX non sostituirà le piattaforme nazionali c.d. *back-end*.

Siamo in presenza di una pluralità di sistemi informatici, dai contenuti e funzionamento diversi, che saranno sottoposti a una tecnica digitale di coordinamento, la tecnica, cioè, che li renderà interoperabili tramite i punti di accesso a e-CODEX.

L'interoperabilità tra i sistemi informatici – raggiunta o programmata anche in settori estranei alla cooperazione giudiziaria civile<sup>46</sup> – persegue, in definitiva, un obiettivo di coordinamento che, nel campo della informazione tecnologica, riflette una logica affine al coordinamento tra sistemi norma-

---

<sup>46</sup> Ad esempio, nel campo del diritto societario, la direttiva (UE) n. 2012/17, del 13 giugno 2012, in materia di interconnessione dei registri centrali, commerciali e delle imprese, in *G.U.U.E.*, L 156 del 16 giugno 2012, p. 1 ss., e il regolamento di esecuzione (UE) n. 2015/884, dell'8 giugno 2015, ivi L 144 del 10 giugno 2015, p. 1 ss., hanno istituito il sistema europeo di interconnessione dei registri delle imprese (c.d. BRIS – *Business Registers Interconnection System*) con riguardo alle società di Stati membri e a società aventi sede in Islanda, Liechtenstein e Norvegia, introducendo anche un Identificativo Unico Europeo (EUID). Conviene ricordare che questi profili di interconnessione sono confluiti nella direttiva (UE) 2017/1132 del 14 giugno 2017 relativa ad alcuni aspetti del diritto societario, in *G.U.U.E.*, L 169 del 30 giugno 2017, p. 46 ss., a sua volta successivamente modificata, nel segno del rafforzamento dell'uso di strumenti e processi digitali, dalla direttiva (UE) 2019/1151 del 20 giugno 2019 (*G.U.U.E.*, L 186 dell'11 luglio 2019, p. 80 ss.), la quale semplificherà sia la costituzione di alcuni tipi societari sia la registrazione e la cancellazione telematiche di sedi secondarie di società di capitali costituite in base alla legge di uno Stato membro. L'attuazione avrà luogo in Italia con decreto legislativo, il cui schema è attualmente all'esame delle pertinenti Commissioni parlamentari.

tivi differenti perseguito dalle regole uniformi di diritto internazionale privato.

Un simile coordinamento sfocia, poi, in vera integrazione tra sistemi leggendo il rapporto tra spazio digitale, da un lato, e spazio di libertà, sicurezza e giustizia, dall'altro, con la lente dell'art. 81 del TFUE.

L'integrazione nel settore della giustizia dipende anche da strumenti pratici di aggregazione come l'identificatore europeo della giurisprudenza («ECLI»), il quale facilita la citazione (e, in una certa misura, la ricerca) delle pronunce rese dai giudici degli Stati membri<sup>47</sup>. Nella direzione di creare aggregazione e coerenza nell'inserimento e nella gestione dei dati va anche lo *EU e-Justice Core Vocabulary* (successore dello *EU E-codex Core Vocabulary*) da intendersi come «asset for reusable semantical terms and definitions used to ensure data consistency and data quality over time and across use-cases»<sup>48</sup>.

Naturalmente, l'atto umano che controlla i sistemi informatici nazionali può sollevare, preso a sé stante, questioni giuridiche (processuali e sostanziali) non dissimili da quelle di ogni sistema di custodia e utilizzo di dati *sensibili*, e innescare, a seconda della categoria giuridica in cui esso rientra, l'ordinario gioco delle norme di diritto internazionale privato (si pensi, ad esempio, ai problemi di giurisdizione e di diritto applicabile in caso di responsabilità per i danni cagionati dalla *mala gestio* del sistema o di responsabilità inerente la manutenzione del punto di accesso nazionale quando il contratto di manutenzione presenta elementi di internazionalità).

---

<sup>47</sup> Cfr. Conclusioni del Consiglio sull'identificatore europeo della giurisprudenza e una serie minima di metadati uniformi per la giurisprudenza, in *G.U.U.E.*, C 360 del 24 ottobre 2019, p. 1 ss.

<sup>48</sup> Proposta di regolamento relativo a un sistema informatizzato di comunicazione per i procedimenti civili e penali transfrontalieri, cit., nella versione contenuta nel doc. 9005/21, cit., allegato I, n. 4.

Fatto sta che la Conferenza dell'Aja potrà percorrere la via del coordinamento tra piattaforme informatiche nella direzione di migliorare la cooperazione giudiziaria a livello globale soltanto includendo l'interoperabilità tra i sistemi informatici nazionali nella logica internazionalprivatistica su cui è impostata la sua *mission*.

Si è detto che la Conferenza ha istituito l'*i-Support* per agevolare la comunicazione elettronica nel campo del recupero transfrontaliero di crediti alimentari (anche a favore dei minori) e che *i-Support* può avvalersi di e-CODEX, ma esso è utilizzato da pochi Stati contraenti, soltanto alcuni dei quali utilizzano e-CODEX<sup>49</sup>.

Allo stato attuale, si deve constatare che la doppia velocità degli strumenti di cooperazione (accelerata nel diritto dell'Unione europea e rallentata dal metodo intergovernativo della Conferenza dell'Aja) crea dossi e ostacoli nel sentiero dei rapporti civili e commerciali globali: prospettiva, questa, che ha accolto di recente i rapporti tra la maggior parte degli Stati membri dell'Unione e il Regno Unito.

---

<sup>49</sup> Per altre informazioni: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/specialised-sections/child-support/isupport1>.

## Capitolo II

# Il regolamento (UE) 2020/1783: ambito di applicazione e coordinamento con il diritto nazionale

**Sommario:** 1. Il carattere cedevole del regolamento nel prisma della semplificazione. – 2. L'ambito di applicazione *ratione temporis*. – 3. L'ambito di applicazione *ratione materiae*. La nozione di «materia civile e commerciale». – 4. *Segue*: la nozione di «prova». – 5. *Segue*: l'applicabilità ai soli procedimenti di assunzione della prova. Il trattamento dell'istruzione preventiva e dei provvedimenti *cautelari della prova*. – 6. Il concorso tra norme uniformi e norme processuali nazionali. – 7. I settori della prova generalmente estranei al regolamento: ammissibilità, valutazione ed efficacia della prova.

### 1. Il carattere cedevole del regolamento nel prisma della semplificazione

Come si è anticipato, il regolamento (UE) 2020/1783 riforma e sostituisce il regolamento (CE) n. 1206/2001 senza snaturarne impianto e principi ispiratori, ma con il principale intento di ammodernare le procedure di cooperazione giudiziaria instaurata tra gli Stati membri dell'Unione europea nel campo dell'assunzione delle prove<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> L'iniziativa legislativa della Commissione europea risale alla proposta del 31 maggio 2018, COM (2018) 378 def.

L'analisi che segue avrà ad oggetto tali procedure secondo la disciplina espressa nel nuovo regolamento, evidenziandone i pochi elementi di discontinuità rispetto al precedente e le novità in materia di trasmissione di atti e documenti.

Il regolamento (UE) 2020/1783 esprime una forma avanzata di cooperazione nel cui contesto uno Stato membro svolge, tramite suoi organi, un'attività processuale nell'interesse di un altro Stato membro, facilitandone, così, l'esplicazione della funzione giurisdizionale.

Semplificando e accelerando le fasi di acquisizione dei mezzi di prova, il regolamento evita, infatti, che la collocazione di prove in Stati membri diversi da quello del processo incida negativamente sulla tutela giurisdizionale e sulla buona amministrazione della giustizia pregiudicandone effettività e rapidità<sup>2</sup>.

In particolare, la collaborazione diretta tra i giudici, risultante dal regolamento (UE) 2020/1783, pone rimedio alla scarsa prossimità, che spesso caratterizza le controversie transfrontaliere, tra il luogo di svolgimento del processo e quello in cui le prove si trovano<sup>3</sup>.

Inoltre, poiché lo strumento intende coordinare i giudici

---

<sup>2</sup>V. L. FUMAGALLI, *La nuova disciplina comunitaria dell'assunzione delle prove all'estero in materia civile*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2002, p. 327 ss., p. 328.

<sup>3</sup>La prossimità tra processo e prove è, secondo la Corte di Giustizia, alla base della formulazione dei criteri di giurisdizione attivabili nel sistema «Bruxelles I» per alcune categorie di controversie: cfr., con riferimento alla Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968, e, in gran parte trasponibili al regolamento (UE) n. 1215/2012 del 12 dicembre 2012 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (rifusione) (in *G.U.U.E.*, L 351 del 20 dicembre 2012, p. 1 ss.), Corte Giust., 30 novembre 1976, *Bier c. Mines de Potasse d'Alsace*, causa 21/76, ECLI:EU:C:1976:166, punto 17; 14 dicembre 1977, *Sanders c. Van der Putte*, causa 73/77, ECLI:EU:C:1977:208, punto 13.

attraverso regole uniformi di esecuzione transfrontaliera dei mezzi istruttori, esso rafforza la mutua fiducia tra gli organi giudiziari e, di conseguenza, il mutuo riconoscimento delle decisioni, sebbene il compimento dell'atto istruttorio sia concettualmente finalizzato al processo in sé, a prescindere dal riconoscimento della sentenza che da esso promana.

Il regolamento prevede e disciplina due forme di assunzione delle prove: 1) quella eseguita in uno Stato membro su richiesta proveniente dal giudice di un altro Stato membro nel quale il processo è instaurato o suscettibile di instaurazione, e 2) quella eseguita in uno Stato membro direttamente dal giudice (o da un suo delegato) del processo celebrato in un altro Stato membro.

La previsione di formulari standard, tramite i quali trasmettere gli atti che scandiscono i momenti della cooperazione, concorre a semplificare la procedura di assunzione. Tali formulari sono facilmente compilabili attraverso il Portale europeo della giustizia elettronica<sup>4</sup>. Sulla scia del regolamento (CE) n. 1206/2001, la Commissione europea predisporrà e aggiornerà periodicamente un *manuale* contenente le informazioni necessarie alla concreta operatività delle richieste istruttorie (art. 23).

Il manuale è reso disponibile tramite la Rete giudiziaria europea ed è anch'esso accessibile sul Portale europeo della giustizia elettronica. Esso reca informazioni sugli organi centrali, sulle autorità competenti ad eseguire le richieste (indicandone circondario, nome e indirizzo, telefono, fax, mail e competenza territoriale) nonché le lingue ammesse. L'ultimo aggiornamento al manuale delle informazioni per il funzionamento del regolamento (CE) n. 1206/2001 risale al 19 febbraio 2019. Per effetto del recesso dall'Unione europea, il Regno Unito non è destinatario delle misure sulla cooperazione giudiziaria in materia civile. Senonché, le richieste di assi-

---

<sup>4</sup> [https://e-justice.europa.eu/374/IT/taking\\_evidence](https://e-justice.europa.eu/374/IT/taking_evidence).

stenza giudiziaria presentate prima dello scadere del periodo transitorio fissato dall'accordo di recesso (31 dicembre 2020), soggiacciono ancora al regolamento (CE) n. 1206/2001 in virtù dell'art. 68, lett. *b*), dell'accordo stesso. Il portale consente di selezionare il Regno Unito per la compilazione dei moduli dinamici fino alla fine del 2022. Invece già non è possibile accedere ai documenti pubblici.

Pur concepito quale strumento *principe* per semplificare e accelerare la cooperazione tra i giudici degli Stati membri nel campo delle prove, il regolamento ha carattere cedevole sia rispetto ai mezzi previsti da altri strumenti internazionali in vigore tra i due Stati coinvolti, sia rispetto agli strumenti previsti dal diritto nazionale. Sarà preferito lo strumento più semplice ed efficace.

Ciò si desume dall'art. 29, par. 2, ai sensi del quale gli Stati membri possono mantenere in vigore o concludere accordi o intese volti a facilitare l'assunzione delle prove, purché tali accordi o intese siano compatibili con il regolamento<sup>5</sup>.

Con riferimento al regolamento (CE) n. 1206/2001, l'Italia non si è avvalsa della facoltà di mantenere o di concludere con uno o più Stati membri accordi o intese del genere, «ritenendo [...] le disposizioni contenute nel regolamento [...] adeguate e sufficienti [...]»<sup>6</sup>.

L'art. 29, par. 1, afferma, però, che il regolamento prevale nei rapporti tra Stati membri «sulle disposizioni contenute negli accordi o intese bilaterali o multilaterali conclusi dagli» stessi Stati (in particolare, le convenzioni dell'Aia del 1° marzo 1954 sulla procedura civile e del 18 marzo 1970 sull'assun-

---

<sup>5</sup> V. pure il considerando n. 29.

<sup>6</sup> V. la comunicazione in relazione all'art. 21, par. 2, sul Portale europeo della giustizia elettronica.

zione delle prove all'estero in materia civile e commerciale).

Non si tratta di una contraddizione. La disposizione vuol dire soltanto che il regolamento presuntivamente, ma non necessariamente, introduce tra gli Stati membri una cooperazione più semplificata degli strumenti in vigore al momento della sua adozione<sup>7</sup>. Le convenzioni dell'Aja predispongono, dunque, un regime di cooperazione presuntivamente meno semplificato.

La convenzione dell'Aja del 1970 (in vigore sul piano internazionale dal 7 ottobre 1972 e, per l'Italia, dal 21 agosto 1982) sostituisce gli articoli da 8 a 16 della convenzione dell'Aja del 1954 tra gli Stati parti di entrambe. Essa vincola ad oggi 64 Stati, tra cui la Danimarca, che non è destinataria del regolamento, e il Regno Unito, che non è più uno Stato membro dell'Unione. La cooperazione tra le autorità italiane e le autorità di questi Stati è dunque governata dalla convenzione del 1970. Conviene ricordare che Austria, Belgio e Irlanda non sono contraenti della convenzione del 1970 e che il Regno Unito non è contraente della convenzione dell'Aja del 1954. I rapporti con il Regno Unito procederanno, dunque, su base bilaterale o diplomatica per questi tre Stati membri dell'Unione.

Come anticipato, la preferenza per lo strumento più semplice, efficiente e rapido, può cadere anche sui mezzi previsti dal diritto nazionale<sup>8</sup>. Si comprende, così, perché i giudici competenti per il merito della controversia possono, conformemente al diritto nazionale, escutere un testimone residente in un altro Stato membro ordinandone la comparizione in giudizio piuttosto che ricorrere agli schemi di cooperazione previsti dal regolamento.

---

<sup>7</sup> Per le differenze salienti tra il sistema convenzionale e quello del regolamento v. *infra*, Capitolo III, § 1.

<sup>8</sup> Corte Giust., 21 febbraio 2013, *ProRail BV*, causa C-332/11, ECLI: EU:C:2013:87, punto 45 a proposito di una perizia.

La Corte di Giustizia evidenzia il possibile vantaggio di interrogare la parte direttamente e «di confrontarla con le dichiarazioni di altre parti o testimoni eventualmente presenti all'audizione, nonché di verificare essa stessa, mediante eventuali domande aggiuntive, la credibilità della sua testimonianza»<sup>9</sup>. Tali operazioni potrebbero essere, secondo la Corte, condizionate dagli schemi del regolamento, anche nel caso dell'assunzione diretta, molto più di quanto non lo siano nel diritto nazionale del giudice. Si vedrà in seguito il diverso orientamento della Corte a proposito dell'assunzione di testimoni a futura memoria quando il mezzo istruttorio è richiesto a un giudice diverso da quello competente per il merito.

Le autorità giudiziarie sono pertanto tenute ad applicare il regolamento quando intendono avvalersi delle *sue* procedure<sup>10</sup>. D'altronde, è lo stesso regolamento che afferma di essere applicabile «nei casi in cui, conformemente alla propria legislazione, l'autorità giudiziaria di uno Stato membro richiede» l'assistenza dell'autorità di un altro Stato membro o di procedere direttamente con l'assunzione della prova in un altro Stato membro (art. 1).

Nel prosieguo del presente lavoro si noterà che la scelta del giudice di avvalersi o no delle procedure previste dal regolamento dipende da un concorso di vari fattori legati, in particolare, alla natura dell'atto istruttorio previsto nella *lex fori*, all'efficienza del procedimento istruttorio, alla praticabilità di una specifica procedura, ai tempi e ai costi dell'assunzione della prova all'estero, alla concreta utilizzabilità delle risultanze probatorie, oltre che – s'intende – ai limiti applicativi *ratione materiae* del regolamento. Le autorità giudiziarie

---

<sup>9</sup> Corte Giust., 6 settembre 2012, *Lippens*, causa C-170/11, ECLI:EU:C:2012:540, punto 32. Alla possibilità per il giudice di avvalersi dell'«ordine diretto» di comparizione del testimone residente all'estero può accostarsi quella di ordinare la produzione di documenti collocati all'estero.

<sup>10</sup> Corte Giust., *Lippens*, cit., punti 28 e 23; *ProRail BV*, cit., punto 42.

rie dovranno valutare se gli strumenti alternativi consentono di procedere più speditamente e ricordarsi che, in mancanza di apposite intese o accordi tra gli Stati, l'assunzione diretta della prova è prevista soltanto dal regolamento<sup>11</sup>.

In definitiva, l'obbligatorietà del regolamento riguarda il rispetto delle procedure che esso disciplina, non integrando il dovere del giudice di uno Stato membro di utilizzarle ogni volta che sorga l'esigenza di acquisire una prova in un altro Stato membro.

## 2. L'ambito di applicazione *ratione temporis*

Alla luce dei tempi di avvio del sistema informatico decentrato e delle informazioni che gli Stati membri dovranno comunicare alla Commissione, l'applicabilità del regolamento (UE) 2020/1783 è calendarizzata in diversi momenti.

In generale, esso è applicabile dal 1° luglio 2022, eccetto le disposizioni la cui operatività dipende dall'adozione dei sistemi informatici decentrati, per la quale, come si è visto, occorre attendere l'emanazione degli atti di esecuzione e i successivi tre anni dalla loro entrata in vigore (art. 35). Dal 23 marzo 2022 decorre invece l'obbligo degli Stati di comunicare i dettagli delle autorità competenti ad assumere le prove.

I mezzi di trasmissione previsti dal regolamento (CE) n. 1206/2001 saranno utilizzati fino all'avvio del sistema informatico decentrato. Di conseguenza, la disciplina del *vecchio* regolamento continuerà a valere per la trasmissione di atti e documenti anche nel vigore generale del nuovo dal 1° luglio 2022 fino alla data di avvio del sistema decentrato (art. 34 del regolamento (UE) 2020/1783).

---

<sup>11</sup> A. GIUSSANI, *L'esibizione di documenti situati nello spazio giuridico europeo*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2002, p. 867 ss.

Si è visto che gli Stati potranno comunicare alla Commissione se sono in grado di far funzionare il sistema informatico decentrato prima dei tre anni (art. 31, par. 4, regolamento (UE) 2020/1783)<sup>12</sup>. La Commissione renderà nota questa informazione, in particolare sul Portale europeo della giustizia elettronica. Poiché, però, l'art. 35, par. 3, afferma che l'art. 7, relativo alla «trasmissione delle richieste e delle altre comunicazioni» tramite il sistema decentrato, si applica a decorrere «dal primo giorno del mese successivo al periodo di tre anni dopo la data in vigore degli atti di esecuzione di cui all'articolo 25», non è possibile per questi Stati avvalersi prima di allora del nuovo sistema, almeno ai fini del regolamento.

### **3. L'ambito di applicazione *ratione materiae*. La nozione di «materia civile e commerciale»**

Il regolamento è applicabile in «materia civile o commerciale» (art. 1). V'è da chiedersi perché non compaiono eccezioni analoghe a quelle presenti in altri regolamenti dedicati alla cooperazione giudiziaria civile.

Si pensi ai casi di esclusione di cui all'art. 1, par. 2 del regolamento (UE) n. 1215/2012: a) lo stato e la capacità delle persone fisiche, il regime patrimoniale fra coniugi o derivante da rapporti che secondo la legge applicabile a questi ultimi hanno effetti comparabili al matrimonio; b) i fallimenti, le procedure relative alla liquidazione di società o altre persone giuridiche che si trovino in stato di insolvenza, i concordati e le procedure affini; c) la sicurezza sociale; d) l'arbitrato; e) le obbligazioni alimentari derivanti da rapporti di famiglia, di parentela, di matrimonio o di affinità; f) i testamenti e le successioni, comprese le obbligazioni alimentari *mortis causa*.

La principale ragione sta nel fatto che il regolamento (UE) 2020/1783 offre uno strumento di sostegno allo svolgimento dei procedimenti civili suscettibili di instaurazione

---

<sup>12</sup> *Supra*, Capitolo I, nota 11.

nello spazio giudiziario europeo, a prescindere dal relativo merito o dalla relativa finalità, i quali sono invece determinanti per stabilire quale atto dell'Unione europea stabilirà la giurisdizione, il diritto applicabile al merito della controversia, il regime di efficacia transfrontaliera delle decisioni, nonché la procedura stessa nel caso di procedimenti uniformi europei.

Indicativo in tal senso è il regolamento (CE) n. 2201/2003. Il considerando n. 20 prevede che «l'audizione del minore in un altro Stato membro [possa] essere effettuata in base alle modalità previste dal regolamento (CE) n. 1206/2001». Il regolamento (CE) n. 2201/2003 sarà sostituito, come si è visto, dal regolamento (UE) 2019/1111, il quale rimodula il coordinamento con la disciplina europea sull'assunzione delle prove prevedendo che, ove l'autorità dello Stato membro di origine del minore intenda procedere con l'audizione del minore, essa «tenendo sempre conto dell'interesse superiore del minore ... dovrebbe avvalersi di tutti i mezzi a sua disposizione previsti dal diritto nazionale nonché degli strumenti specifici della cooperazione giudiziaria internazionale, compresi, ove opportuno, quelli previsti dal regolamento (CE) n. 1206/2001» (considerando n. 39). Mette conto segnalare che i due regolamenti enfatizzano l'importanza dell'audizione del minore nei procedimenti in materia di responsabilità genitoriale e nei procedimenti in materia di ritorno senza incidere sulle disposizioni nazionali che determinino le modalità di audizione e il soggetto legittimato all'ascolto del minore. La combinazione tra le misure nazionali e gli schemi di cooperazione previsti dal regolamento potranno, ad esempio, servire al giudice per decidere, in conformità all'interesse del minore, lo spostamento della competenza ai sensi dell'art. 15, par. 1, del regolamento (CE) n. 2201/2003<sup>13</sup>.

D'altro canto, poiché il regolamento costituisce una misura di cooperazione giudiziaria civile strumentale al funziona-

---

<sup>13</sup> Cfr. Trib. Vercelli, 18 dicembre 2014 (ord.), in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2016, p. 204 ss.

mento di altre misure dello stesso settore, la *materia civile e commerciale*, alla quale esso si rivolge, non può che avere un'estensione identica a quella accolta nelle altre misure affinché il ruolo strumentale sia svolto efficacemente e si adagi su un terreno normativo coerente.

I contorni della *materia civile e commerciale* sono stati nel tempo tratteggiati dalla Corte di Giustizia sulla base di norme negative espresse che, a differenze delle riferite eccezioni, operano per stabilire ciò che non è materia civile o commerciale piuttosto che escludere dall'ambito di applicazione dei regolamenti ciò che può esserlo.

Tale è il caso della materia doganale, fiscale e amministrativa, la cui esclusione, sancita, ad esempio, nel regolamento (UE) n. 1215/2012, vale anche per il regolamento (UE) 2020/1783 sebbene non sia espressa<sup>14</sup>. Più problematico è stato (ed è tuttora) il limite costituito dalla natura *iure imperii* di atti o omissioni dello Stato da cui derivino danni ai privati<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> A ben vedere, l'esclusione della materia doganale, fiscale e amministrativa ha maggiormente senso nella prospettiva degli ordinamenti di matrice anglosassone che estendono la nozione di *civil law* a tutto ciò che non è *criminal law*, «ivi compreso il diritto costituzionale, il diritto tributario e il diritto amministrativo» (cfr. G. CAMPEIS, A. DE PAULI, *Le regole europee ed internazionali del processo civile italiano*, Cedam, 2009, p. 343).

<sup>15</sup> L'eccezione è stata originariamente riconosciuta dalla Corte di Giustizia: cfr., tra le meno risalenti, 15 maggio 2003, *Préservatrice foncière*, causa C-266/01, ECLI:EU:C:2003:282, punti 21, 23 e 36; 15 febbraio 2007, *Lechouritou*, causa C-292/05, ECLI:EU:C:2007:102, punto 45; 7 maggio 2020, *LG e altri c. RINA*, causa C-641/18, ECLI:EU:C:2020:349, punto 34 ss. L'ingresso nel diritto positivo ha avuto luogo attraverso i regolamenti settoriali – v., ad esempio, il regolamento (CE) n. 805/2004 del Parlamento e del Consiglio del 21 aprile 2004 che istituisce il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati, in *G.U.U.E.*, L 143 del 30 aprile 2004, p. 15 ss. (art. 2, par. 1) – trovando poi una *consacrazione generalizzata* nell'art. 1, par. 1, del regolamento (UE) n. 1215/2012.

Il regolamento copre soltanto le richieste istruttorie provenienti da un'*autorità giudiziaria*, coerentemente con la finalità di disciplinare e semplificare la cooperazione tra organi giudiziari degli Stati membri nel settore delle prove (argomentando *ex art. 1, par. 1*).

La nozione di «autorità giudiziaria» ha natura autonoma, essendo incardinata nel diritto dell'Unione europea e sganciata dal corrispondente significato desumibile dagli ordinamenti statali. La definizione enucleata dall'art. 2 n. 1, che non compare nel regolamento (CE) n. 1206/2001, esprime tale autonomia, fornendo alla nozione un carattere uniforme per tutti gli Stati membri e maggiore certezza agli operatori coinvolti nei processi di assunzione della prova<sup>16</sup>.

Si parla di «autorità giudiziarie e altre autorità negli Stati membri ... che esercitano funzioni giudiziarie, che agiscono per delega di competenza di un'autorità giudiziaria o sotto il suo controllo e che sono competenti, a norma del diritto nazionale, ad assumere le prove ai fini dei procedimenti giudiziari in materia civile o commerciale».

In linea di principio, i limiti di applicazione del regolamento non risentono della natura civile, penale o amministrativa dell'autorità giudiziaria coinvolta: il regolamento dunque è applicabile, ad esempio, dinanzi a un giudice amministrativo investito di una domanda in materia civile.

Il riferimento alle autorità giudiziarie e la circostanza, sulla quale si tornerà, che i procedimenti contemplati sono

---

<sup>16</sup>Le incertezze derivanti dall'assenza di una definizione autonoma e dalle conseguenti interpretazioni variamente accolte negli Stati membri derivano soprattutto dal fatto che alcuni Stati associano alla nozione soltanto le autorità giurisdizionali, mentre altri accettano di eseguire richieste istruttorie provenienti da altre autorità, quali i notai, che siano legittimati ad eseguire atti istruttori in base alla legislazione nazionale.

soltanto i «procedimenti giudiziari», impediscono di applicare il regolamento sia alle richieste istruttorie provenienti da arbitri sia alle richieste avanzate da autorità giudiziarie che riguardino procedimenti arbitrari (domestici o internazionali). Per la stessa ragione, il regolamento è inapplicabile a qualunque strumento stragiudiziale di soluzione delle controversie.

#### **4. *Segue*: la nozione di «prova»**

Il presupposto applicativo che caratterizza il regolamento è sicuramente la circostanza che la richiesta di assistenza riguardi una «prova» e la relativa «assunzione».

Pur in assenza di apposita definizione, va riconosciuta alla nozione di prova natura autonoma sia perché il regolamento non prevede alcun rinvio al diritto nazionale per ricavarne i contenuti, sia perché soltanto una nozione non appiattita sul diritto nazionale delle autorità coinvolte può abbracciare tutti i mezzi istruttori suscettibili di venire in rilievo negli schemi di cooperazione voluti dal regolamento. A ciò si aggiunga che, riconoscendo, nel silenzio del regolamento, un ruolo sussidiario e integrativo del diritto nazionale al fine di ricavare la nozione di prova, si otterrebbe il risultato di un'applicabilità variabile del regolamento (e degli obblighi discendenti a carico degli Stati e delle autorità giudiziarie) sotto il profilo *ratione materiae* che stona con la natura uniforme del regime di cooperazione ad esso ascrivibile.

Al fine di accogliere i mezzi istruttori nel senso indicato, la nozione di prova è anche flessibile, potendo, cioè, comprendere mezzi che non per tutti gli Stati membri costituiscono una prova.

Nella relazione della Commissione europea sull'applicazione del regolamento (CE) n. 1206/2001 si fa l'esempio dei prelievi di DNA,

delle perizie in materia di tutela della famiglia e dei minori, e della consulenza tecnica d'ufficio<sup>17</sup>.

In effetti, il regolamento opera sullo sfondo di diritti processuali nazionali tra loro diversi, ispirati talvolta a tradizioni giuridiche molto distanti tra loro. Ma è uno sfondo dal quale la nozione di prova si astraie per consentire al regolamento di raggiungere i suoi fini. In questa ottica, è importante che gli organi giudiziari si scambino opinioni, buone pratiche ed esperienze applicative così da comporre un *acquis* unionale sul concetto di «prova» che prescindia, per quanto possibile, dalla tassonomia nazionale<sup>18</sup>.

In ogni caso, volendo prendere posizione tra il *numerus clausus* e la *freedom of proof*, quale impostazione generale dinanzi alla nozione di «prova» ai fini applicativi del regolamento, si è indotti a preferire la seconda<sup>19</sup>.

Vedremo in seguito che il regolamento detta norme uniformi in raccordo con norme di rinvio alla *lex fori* nel riflesso della scelta del legislatore dell'Unione di snellire la cooperazione giudiziaria attraverso i meccanismi uniformi di dialogo tra le autorità nel rispetto del principio di territorialità della legge processuale, nonché dei principi fondamentali che, nello Stato richiesto, presiedono alle procedure di assunzione della

---

<sup>17</sup> COM(2009)769 def. del 5 dicembre 2007. D'altronde, che la consulenza tecnica d'ufficio possa assurgere a prova secondo il regolamento è un dato risultante dalla disciplina in tema di spese di cui all'art. 22 il quale fa parola di compensi versati a periti ed interpreti: cfr., in relazione all'art. 18 del regolamento (CE) n. 1206/2001, L. FUMAGALLI, *La nuova disciplina comunitaria*, cit., p. 332, nota 16.

<sup>18</sup> V. ancora la relazione della Commissione sull'applicazione del regolamento (CE) n. 1206/2001, cit., par. 2.9. Un luogo di scambio è rappresentato dalla Rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale.

<sup>19</sup> N. TROCKER, *Il regolamento*, cit., p. 288, parla opportunamente di «modello di attività istruttoria connotata da una larga liberalità».

prova. Ecco perché l'autonomia e la flessibilità della nozione di prova a un certo punto vanno misurate con le legge e i principi dello Stato in cui la prova è assunta o suscettibile di assunzione<sup>20</sup>.

### **5. *Segue: l'applicabilità ai soli procedimenti di assunzione della prova. Il trattamento dell'istruzione preventiva e dei provvedimenti cautelari della prova***

Come anticipato, l'altro presupposto applicativo del regolamento è la circostanza che la richiesta di cooperazione riguardi l'«assunzione di una prova», vale a dire l'attività diretta ad esperire mezzi di prova in un ordinamento diverso da quello in cui il processo pende o deve svolgersi. Al riguardo, l'art. 1, par. 2 precisa che «non sono ammesse le richieste intese a ottenere prove che non siano destinate a essere utilizzate in procedimenti giudiziari già pendenti o previsti».

Una simile, piana delimitazione esclude ogni provvedimento che, in base al diritto nazionale, abbia natura, caratteristiche e scopi diversi dall'assunzione di una prova.

Così, è stato agevole per la Corte di Giustizia escludere dall'ambito del regolamento la domanda di un giudice diretta a determinare, in un altro Stato membro, il domicilio della persona alla quale notificare la decisione<sup>21</sup>.

Senonché, ricondurre o no un provvedimento nazionale nel regolamento non è operazione sempre agevole, tanto più alla luce della anzidetta esigenza di interpretare e di applicare in modo uniforme la nozione di prova a dispetto delle differenze, anche marcate, tra i regimi processuali degli Stati membri.

Un esempio proviene dai provvedimenti di istruzione pre-

---

<sup>20</sup> V. *infra*, § 6 e § 7.

<sup>21</sup> Corte Giust., 9 settembre 2021, *Toplofikatsia*, cause riunite C-208/20 e C-256/20, ECLI:EU:C:2021:719, par. 27.

ventiva, come l'audizione di testi a futura memoria o l'ispezione preventiva. La questione di come inquadrarli all'interno delle misure di cooperazione giudiziaria civile si è posta dinanzi alla Corte di Giustizia nel caso *St. Paul Dairy Industries* in relazione al regolamento (CE) n. 1206/2001 e al regolamento (CE) n. 44/2001<sup>22</sup>.

Una società di diritto belga si era rivolta al *Rechtbank* di Haarlem ai sensi dell'art. 186 del codice di procedura civile olandese per procedere all'audizione preventiva di un teste residente nei Paesi Bassi. L'art. 186 – osserva l'ordinanza di rinvio alla Corte di Giustizia – consente non solo di tutelare in via preventiva il diritto alla prova, ma anche di offrire «alle persone interessate all'introduzione di un'eventuale successiva causa dinanzi al giudice civile ... la possibilità di ottenere in anticipo chiarimenti sui fatti [per] valutare meglio la loro posizione in particolare relativamente al problema della persona contro la quale [intentare] la causa». La giurisdizione sul merito della causa spettava ai giudici belgi in base alla Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968, al tempo applicabile. Per tale ragione, il convenuto nel procedimento di audizione preventiva impugnò la decisione per difetto di giurisdizione dei giudici olandesi. Investito dell'impugnazione, il *Gerechtschof* sollevò dinanzi alla Corte di Giustizia la questione se il provvedimento di cui all'art. 186 costituisse un provvedimento cautelare suscettibile di essere pronunciato ai sensi dell'art. 24 da un giudice non competente per il merito. Possiamo proseguire la narrazione facendo riferimento all'art. 35 del regolamento (UE) n. 1215/2012 quale attuale successore dell'art. 24 della Convenzione.

La Corte rispose negativamente. Il provvedimento di audizione preventiva disciplinato dal diritto olandese non pre-

---

<sup>22</sup> Cfr. Corte Giust., 28 aprile 2005, *St. Paul Dairy Industries*, causa C-104/03, ECLI:EU:C:2005:255.

sentava peculiarità e finalità tali da rientrare tra i provvedimenti cautelari accolti nell'art. 35 del regolamento (UE) n. 1215/2012, il quale offre alle parti un mezzo per contenere i pregiudizi derivanti dalla durata delle cause transfrontaliere e per conservare gli elementi di fatto o di diritto da cui dipende l'accertamento della situazione giuridica dedotta in giudizio<sup>23</sup>.

In tal senso è giustificato conferire la giurisdizione in materia cautelare o provvisoria a giudici diversi da quelli competenti per il merito là dove i provvedimenti contraddistinti dalle menzionate finalità sono da eseguire nel territorio in cui essi operano. Senonché, la competenza esercitata ai sensi dell'art. 35 del regolamento (UE) n. 1215/2012 riguarda provvedimenti strumentali e accessori al processo di merito e va esercitata in modo restrittivo per evitare che, rispetto alla medesima controversia, concorrano più fori senza giustificato motivo. Ne viene, secondo a Corte, che la giurisdizione cautelare ai sensi dell'art. 35 è ammissibile solo quando il giudice adito accerti le condizioni che garantiscono la provvisorietà, il carattere cautelare e strumentale del provvedimento da lui disposto rispetto al processo di merito svolto all'estero. Le peculiari finalità dell'audizione preventiva del diritto olandese come emerse nel caso *St. Paul Diary Industries* – il provvedimento sarebbe stato utilizzabile dall'attore finanche per valutare l'opportunità dell'iniziativa giudiziaria e individuare la persona contro la quale agire – non combaciano con quelle perseguite dall'art. 35<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> Corte Giust., *St. Paul Diary Industries*, cit., punto 10 ss. V. già 26 marzo 1992, *Reichert II*, causa C-261/90, ECLI:EU:C:1992:149, punto 34; 17 novembre 1998, *Van Uden*, causa C-391/95, ECLI:EU:C:1998:543, punti 37 e 45.

<sup>24</sup> Cfr. le conclusioni dell'Avvocato generale Ruiz-Jarabo depositate il 9 settembre 2004, punto 9 ss., che dà voce alla giurisprudenza olandese formatasi sulla disposizione.

*Last but not least*, l’iniziativa diretta a ottenere un provvedimento del genere facendo leva sul regolamento (UE) n. 1215/2012 avrebbe potuto «sottrarre il compimento di un atto istruttorio» alla disciplina del regolamento (CE) n. 1206/2001<sup>25</sup>.

La sentenza *St. Paul Dairy Industries* ha ispirato l’introduzione del considerando n. 25 nel regolamento (UE) n. 1215/2012 al momento della revisione del regolamento (CE) n. 44/2001. Il considerando afferma, da un lato, che i provvedimenti che ordinano l’audizione di un teste non hanno natura cautelare e, perciò, non rientrano nella nozione di provvedimenti cautelari di cui all’art. 35 del regolamento (UE) n. 1215/2012, e, dall’altro, che dovrebbe essere fatta salva l’applicazione del regolamento (CE) n. 1206/2001.

La *ratio* è duplice: 1) porre un argine alla giurisdizione in materia cautelare di giudici diversi da quelli competenti per il merito; 2) preservando, allo stesso tempo, il meccanismo di assunzione delle prove disciplinato dal regolamento (CE) n. 1206/2001 (e, dunque, dal regolamento (UE) 2020/1783) in funzione di un virtuoso e armonico raccordo con il regolamento (UE) n. 1215/2012.

Ricordando, poi, che il giudice competente per il merito può escutere (anche a futura memoria) il testimone ordinandone la comparizione in giudizio<sup>26</sup>, pare logico inferire che soltanto il giudice competente per il merito possa scegliere di non avvalersi del regolamento (UE) 2020/1783 a favore di un altro mezzo più efficace e spedito.

In definitiva, la giurisprudenza della Corte di Giustizia, «codificata» nel considerando n. 25, letta in combinato con l’ambito di applicazione del regolamento (UE) 2020/1783,

---

<sup>25</sup> Corte Giust., *St. Paul Dairy Industries*, cit., punto 23.

<sup>26</sup> Corte Giust., *Lippens*, cit., punto 36. V. *supra*, § 1.

porta alle seguenti conclusioni: 1) i provvedimenti di istruzione preventiva sono «mezzi di assunzione di prova»; 2) essi non costituiscono provvedimenti cautelari ai sensi del regolamento (UE) n. 1215/2012<sup>27</sup>; 3) l'ordine di comparizione preventiva del teste può essere emesso soltanto dal giudice dotato di giurisdizione sul merito; 4) l'ordine di comparizione è estraneo al regolamento (UE) 2020/1783, atteggiandosi quale mezzo ad esso alternativo per una rapida ed efficace istruzione probatoria.

Va detto, però, che dalla giurisprudenza della Corte non può ricavarsi che i provvedimenti di istruzione preventiva siano in sé generalmente inclusi nel – o esclusi dal – regolamento (UE) 2020/1783.

Per stabilire se essi vi rientrano o meno, occorre chiarire quali sono i caratteri dell'istruzione preventiva che, nel caso concreto, giustificano l'applicazione del regolamento.

Anche questo problema avrebbe trovato soluzione nella giurisprudenza della Corte se il caso *Tedesco*, sottoposto nel 2006, fosse approdato a sentenza (l'estinzione del processo *a quo* ha determinato la cancellazione della causa dal ruolo della Corte)<sup>28</sup>.

Su istanza del titolare di un diritto di proprietà industriale, il Tribunale di Genova aveva chiesto all'ufficio del *Senior Master* della *Queen's Bench Division* della *High Court* inglese di procedere, ai sensi dell'art. 128 ss. del codice italiano della proprietà industriale (d.lgs. 10 febbraio 2005 n. 30), alla descrizione preventiva degli oggetti rientranti nella pro-

---

<sup>27</sup> Avvocato generale Kokott, conclusioni 18 luglio 2007, *Alessandro Tedesco*, causa C-175/06, ECLI:EU:C:2007:451, punto 92.

<sup>28</sup> Cfr. domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale civile di Genova il 24 marzo 2006, *Alessandro Tedesco*, causa C-175/06, in *G.U.U.E.*, C 154 del 1° luglio 2006, p. 8; l'ordinanza di cancellazione dal ruolo è del 27 settembre 2007.

prietà industriale asseritamente violata; la descrizione avrebbe potuto comprendere il sequestro di documenti e campioni. Il Tribunale di Genova avanzò la richiesta ai sensi del regolamento (CE) n. 1206/2001. Il giudice inglese la rigettò, ritenendo che il provvedimento fuoriuscisse dalla prassi del suo ufficio giudiziario e dall'ambito del regolamento, trattandosi, a suo avviso, della richiesta di un provvedimento cautelare. Inoltre, la richiesta del Tribunale di Genova non avrebbe permesso di individuare nello specifico il materiale probatorio da acquisire. Il giudice italiano chiese in sostanza alla Corte di Giustizia se la posizione del giudice inglese fosse corretta.

L'Avvocato generale e i primi commentatori concordano sul fatto che l'acquisizione di documenti o di altro materiale prima dell'inizio del processo costituisca, in generale, un'«assunzione di prova» qualora la richiesta, da un lato, indichi nel dettaglio i documenti e il materiale da acquisire e, dall'altro, serva esclusivamente all'istruzione del processo, non celando finalità cautelari a sostegno della pretesa attorea<sup>29</sup>.

Tale ricostruzione è condivisibile alla luce di quanto segue.

Anzitutto, la valutazione del caso concreto è imprescindibile per stabilire se il provvedimento richiesto sia una *prova* e possa rientrare nel regolamento, indipendentemente dal *nomen* con il quale il giudice richiedente presenta il provvedimento al giudice straniero.

In secondo luogo, l'idoneità della prova a essere *utilizzata* in un procedimento giudiziario pendente o previsto è senz'altro un altro criterio di applicabilità del regolamento (art. 1,

---

<sup>29</sup> L. FUMAGALLI, *Il caso «Tedesco»: un rinvio pregiudiziale relativo al regolamento n. 1206/2001*, in G. VENTURINI, S. BARIATTI (a cura di), *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato. Liber Fausto Pocar*, Giuffrè, 2009, p. 391 ss., p. 402 s.

par. 2). Pur dovendo adottare un approccio flessibile – forgiato sull'autonomia dei concetti giuridici espressi nel regolamento, proteso ad estendere la nozione di prova, e aperto a ogni forma di acquisizione di materiale probatorio che possa agevolare la cooperazione tra i giudici –, il limite dell'*utilizzo in procedimenti pendenti o previsti* porta ad escludere dal regolamento sia le richieste di materiale probatorio utilizzabile senza scopi probatori inerenti al processo sia le forme esplorative di ricerca della prova, nonché ogni materiale che non sia direttamente (e sicuramente) destinato a costituire una prova nel processo.

Il riferimento, indirettamente generato dal caso *Tedesco*, è alle procedure di c.d. *pre-trial discovery*. Sinteticamente inquadrate nell'accezione più estrema, tali procedure consistono nella raccolta delle prove senza l'intervento delle autorità giudiziarie che le parti o i rispettivi difensori effettuano attraverso interrogatori, richieste di produzione di documenti o deposizioni. Oltre alla incertezza della destinazione finale del materiale raccolto e all'assenza di una chiara supervisione delle autorità giudiziarie, simili procedure stridono con le tradizioni giuridiche di *civil law*, le quali non prevedono a carico di una parte, al di là del processo e del controllo giudiziario, l'obbligo di assistere la controparte nell'istruzione del caso. L'esclusione di queste procedure dal regolamento (CE) n. 1206/2001 (e, dunque, dal regolamento in analisi) è corroborata da una dichiarazione del Consiglio che riguarda anche le c.d. *fishing expeditions*<sup>30</sup>. Conviene ricordare che la riserva di cui all'art. 23 della convenzione dell'Aja del 18 marzo 1970 permette agli Stati di rifiutare le richieste di *pre-trial discovery* «as known in Common Law countries» (aggiungendo così un motivo di rifiuto della richiesta a quelli previsti dall'art. 12)<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> Dichiarazione n. 54/01, contenuta nell'estratto mensile degli atti del Consiglio di maggio 2001, doc. 10571/01 del 4 luglio 2001, p. 16, nel registro dei documenti del Consiglio (<http://www.consilium.europa.eu>).

<sup>31</sup> Sull'ambito della riserva, formulata anche dall'Italia, v. M. FRIGO,

Una simile chiave interpretativa parrebbe sufficiente per ricondurre o meno nel regolamento i provvedimenti diretti a ottenere informazioni e a conservare le prove ovvero, più in generale, i provvedimenti di istruzione preventiva e di *caute-la della prova*, a condizione – s’intende – che il provvedimento *de quo* sia confezionato negli schemi di cooperazione previsti dal regolamento.

Senonché, occorre un ultimo confronto con il regolamento (UE) n. 1215/2012, in particolare con il suo considerando n. 25.

Difatti, il considerando afferma che «la nozione di provvedimenti provvisori e cautelari [del regolamento (UE) n. 1215/2012] dovrebbe includere ordinanze cautelari dirette a ottenere informazioni o a conservare le prove di cui agli articoli 6 e 7 della direttiva 2004/48/CE concernente il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale»<sup>32</sup>. Letto in combinato con l’art. 2, par. 1, lett. a), il considerando n. 25 pare riferirsi ai soli provvedimenti pronunciati dal giudice competente per il merito e autorizzarne, così, l’efficacia all’estero.

Il considerando n. 25 del regolamento (UE) n. 1215/2012 riconduce i provvedimenti *cautelari* della prova previsti dalla direttiva tra i provvedimenti cautelari *tout court*, senza incidere sulla nozione generica di provvedimento cautelare accolta dal regolamento e ritagliata sulla protezione del diritto sostanziale controverso<sup>33</sup>.

---

L. FUMAGALLI, *L’assistenza giudiziaria internazionale in materia civile*, Cedam, 2003, p. 142 s. Sulle *fishing expeditions* in generale v. L. FUMAGALLI, *Conflitti tra giurisdizioni nell’assunzione di prove civili all’estero*, Cedam, 1990, p. 97 ss.

<sup>32</sup> Direttiva n. 2004/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, in *G.U.U.E.*, L 157 del 30 aprile 2004, p. 45 ss.

<sup>33</sup> V. ancora Corte Giust., *Reichert II*, cit., punto 34; *Van Uden*, cit., punti 37 e 45; *St. Paul Diary Industries*, cit., punto 12 s.

In altre parole, il considerando n. 25 introduce un'eccezione alla nozione generale di provvedimento cautelare nel caso di diritti di proprietà intellettuale (eccezione che, come tale, va interpretata restrittivamente<sup>34</sup>), eliminando così il dubbio interpretativo (susceptibile di emergere, appunto, dal nesso tra tutela cautelare e diritto sostanziale controverso) se quei provvedimenti siano cautelari ai fini applicativi del regolamento.

*Quid* per altri provvedimenti *cautelari* della prova diversi da quelli contemplati dalla direttiva 2004/48/CE?

Al fine di ricondurre il provvedimento *de quo* nel regolamento (UE) 2020/1783, esso dovrà rispondere ai criteri di applicabilità del regolamento che abbiamo poc'anzi evidenziato: la finalità probatoria del provvedimento e il fatto che il materiale raccolto sia direttamente (e sicuramente) destinato a costituire una prova nel processo.

Una zona grigia potrebbe astrattamente schiudersi dinanzi a provvedimenti *cautelativi della prova* che non rientrino né nel regolamento (UE) n. 1215/2012 (perché privi di natura cautelare ai sensi di quel regolamento) né nel regolamento (UE) 2020/1783 (perché non rispondenti ai suoi criteri di applicabilità)<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> V. peraltro Corte Giust., 13 settembre 2001, *Schieving-Nijstad vof*, causa C-89/99, ECLI:EU:C:2001:438, in merito alle particolari finalità dei provvedimenti provvisori previsti dall'art. 50 dell'accordo del 15 aprile 1994 relativo agli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio.

<sup>35</sup> Analoghi rilievi in A. LEANDRO, *Prime osservazioni sul regolamento (UE) n. 1215/2012 («Bruxelles I bis»)*, in *Il giusto processo civile*, 2013, p. 583 ss., a p. 629.

## 6. Il concorso tra norme uniformi e norme processuali nazionali

Si è detto che il regolamento disciplina la cooperazione nell'assunzione delle prove tramite norme processuali uniformi e norme di rinvio alla legge degli Stati interessati.

Sullo sfondo dell'impianto uniforme vi è il principio di territorialità della legge processuale secondo il quale il processo, inteso come luogo di realizzazione del diritto ed esercizio di funzioni autoritative, è regolato dalla legge dello Stato in cui si svolge<sup>36</sup>; legge, questa, che riflette gli interessi dello Stato e gli scopi che esso intende perseguire attraverso il processo.

Il principio di territorialità della legge processuale opera negli spazi che il diritto dell'Unione lascia all'autonomia processuale degli ordinamenti degli Stati membri. L'autonomia processuale emerge anche nelle occasioni in cui il diritto nazionale *supplisce* al difetto di regole uniformi o armonizzate di diritto processuale civile (internazionale) dell'Unione europea<sup>37</sup>.

Il principio copre, di regola, tutta la materia processuale, inclusi i provvedimenti che le autorità giudiziarie possono emettere. Non fanno eccezione i provvedimenti adottati e le attività processuali compiute nell'interesse di Stati stranieri, i quali sono rappresentati dalle autorità giudiziarie che reggono il processo all'esito del quale tali provvedimenti e attività sono strumentali<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> Sul principio e le relative implicazioni nella prospettiva del diritto comune vedi per tutti G. MORELLI, *Diritto processuale civile internazionale*<sup>2</sup>, Cedam, 1954, pp. 12 ss. e 241 ss.

<sup>37</sup> Corte Giust., 15 ottobre 2015, *Nike European Operations Netherlands BV*, causa C-310/14, ECLI:EU:C:2015:690, punto 28.

<sup>38</sup> G. MORELLI, *op. cit.*, p. 241 ss.

Inoltre, qualsiasi attività processuale che implichi, nel territorio di uno Stato, l'esercizio di poteri coercitivi o, più in generale, autoritativi, è di norma appannaggio dei soli organi di detto Stato, limitatamente a quanto preveda la legge nazionale, anche in caso di attività strumentale a un processo straniero.

Di conseguenza, la legge processuale dello Stato in cui la prova si trova concorre con la legge che regola il processo nella definizione del quadro normativo complessivo che disciplina un procedimento probatorio transfrontaliero contraddistinto dal dialogo tra autorità richiedente la prova e autorità richiesta dell'assunzione.

Ora, la combinazione tra le due leggi non muta nel contesto del regolamento (UE) 2020/1783 se non per servire l'interesse dell'Unione europea, che sovrasta quello espresso dai singoli Stati nell'apertura alle attività processuali straniere, e che consiste nel semplificare e accelerare i procedimenti istruttori per realizzare gli obiettivi generali enunciati dall'art. 81 del TFUE.

Possono individuarsi, dunque, tre interessi ai quali corrispondono, nel regolamento, altrettanti gruppi di norme: 1) l'interesse dell'Unione, testé spiegato, alla cui realizzazione concorrono le norme uniformi che si impongono a Stati e autorità giudiziarie affinché la diversità tra le leggi processuali nazionali non pregiudichi l'effetto utile del regolamento; 2) l'interesse dello Stato nel quale la prova va assunta, alla cui realizzazione concorrono le norme di rinvio alla *lex loci* (compreso, come vedremo, i principi di ordine pubblico) a salvaguardia del principio di territorialità della legge processuale; 3) l'interesse dello Stato nel quale il processo pende o è previsto, alla cui realizzazione concorrono le norme di rinvio alla *lex fori* affinché gli esiti del procedimento probatorio e le stesse procedure probatorie «speciali» siano confezionati in funzione del processo.

Le norme uniformi, che, per loro natura, prevalgono sulla disciplina domestica, riguardano soprattutto: la trasmissione e la ricezione della richiesta (artt. 5-11, 19, 20); termini, ritardo e rifiuto di esecuzione della richiesta (artt. 12, 16, 17, 19); i profili generali dell'assunzione della prova in presenza e con la partecipazione delle parti (art. 13), dei delegati dell'autorità giudiziaria richiedente (art. 14), o in videoconferenza o altra tecnologia affine (art. 20); la procedura successiva all'esecuzione della rogatoria (art. 18); il rimborso di tasse o di spese (art. 22).

L'ammissibilità dei mezzi di prova e l'efficacia probatoria competono alle norme nazionali, non necessariamente processuali, salvo la regola uniforme che, come subito vedremo, impone di non negare effetti giuridici agli atti trasmessi attraverso il sistema informatico decentrato o escluderne l'ammissibilità come prova per il solo motivo della loro forma elettronica (art. 8).

## **7. I settori della prova generalmente estranei al regolamento: ammissibilità, valutazione ed efficacia della prova**

Fino ad ora si è parlato di norme nazionali che regolano un procedimento probatorio attivato su istanza di autorità straniera. Deve essere chiaro che non tutte le norme nazionali in materia di prova sono applicabili al riguardo e che, in correlazione, alcuni gruppi di norme operano soltanto con riferimento al processo nazionale. Ad esempio, le norme concernenti la valutazione delle prove disciplinano un aspetto della funzione decisoria che il giudice esercita nel suo processo: tali norme non possono logicamente estendersi alla funzione decisoria straniera.

In questa ottica la Corte di Giustizia assegna al giudice la libertà «di trarre dalla mancata comparizione di una parte come

testimone, non giustificata da un motivo legittimo, le eventuali conseguenze previste dal diritto del proprio Stato membro», soggiungendo il *caveat*, del tutto generico, che tali conseguenze siano «applicate nell'osservanza del diritto dell'Unione»<sup>39</sup>.

Analogamente, il regime delle nullità concernenti le attività probatorie (come, ad esempio, quelle peritali) spetta esclusivamente alla legge che regola il processo perché esso incide sulla utilizzabilità delle risultanze probatorie e, pertanto, sui contenuti decisori della sentenza.

Di conseguenza, la natura relativa o assoluta delle predette nullità dipende dalla *lex fori*, e con essa la natura dell'eccezione rilevabile e il regime delle relative preclusioni, senza che al riguardo possa incidere la circostanza che la prova sia assunta attraverso gli strumenti di assistenza giudiziaria internazionale. Questo è l'orientamento della Cassazione a proposito della qualificazione dei vizi procedurali di una consulenza tecnica d'ufficio demandata, tramite rogatoria, a un'autorità straniera ai sensi della Convenzione dell'Aja del 1970 ed effettuata senza preliminare comunicazione alle parti della data d'inizio delle operazioni peritali<sup>40</sup>. Non è difficile estendere questa interpretazione al regolamento (UE) 2020/1783.

La nullità fatta valere dinanzi al giudice del processo potrebbe discendere dalla violazione delle procedure previste dalla *lex loci* per l'assunzione della prova o dalla violazione delle norme uniformi sancite dal regolamento, pur trattando-

---

<sup>39</sup> Corte Giust., *Lippens*, cit., punto 38.

<sup>40</sup> Cass., 10 dicembre 2010 n. 24996, in *Giustizia civile*, I, 2011, p. 2058 ss. La nullità è relativa, risultando sanata se non eccepita nella prima istanza o difesa successiva al deposito della relazione del perito. In precedenza, la Cassazione aveva chiarito che l'autorità rogante deve essere informata, quando ne abbia fatto richiesta, della data e del luogo dell'espletamento dell'atto probatorio per consentire alle parti di assistervi. In difetto di tali informazioni, l'atto è nullo secondo la legge italiana (sent. 12 luglio 1991 n. 7789, in *Giustizia civile. Massimario*, 1991, 7).

si, in linea di principio, di nullità che afferiscono alle modalità di espletamento del mezzo istruttorio.

Inoltre, la disciplina delle prove spetta alle norme processuali limitatamente ai procedimenti probatori attivabili e alla valutazione della prova. Di contro, le presunzioni e l'onere della prova, in qualità di istituti correlati al diritto controverso, sono sottoposti alla legge che regola quest'ultimo. Tale legge è individuata eventualmente tramite il diritto internazionale privato allorché l'atto o il rapporto *de quo* presenti elementi di internazionalità<sup>41</sup>.

Con riferimento agli atti, la stretta relazione tra la forma e la prova induce, poi, ad applicare la *lex loci actus* ai fini della determinazione dei mezzi di prova ammissibili. Simili mezzi potranno funzionare anche se la *lex fori* ne prevede altri con riferimento allo stesso atto, purché essa ne ammetta la procedibilità in generale dinanzi ai suoi giudici<sup>42</sup>.

Ne viene che le disposizioni della *lex causae* che, ad esempio, fissano presunzioni *iuris tantum* o presunzioni *iuris et de iure*, e le disposizioni della *lex loci actus* applicabili in materia di forma degli atti, operano dinanzi al giudice a prescindere dal coordinamento tra le leggi processuali – in particolare, tra i rispettivi ambiti di applicazione – realizzato dal regolamento.

Un altro settore a cavallo tra la normativa processuale e la normativa sostanziale è rappresentato dall'efficacia probatoria dei mezzi di prova.

---

<sup>41</sup> Per un approfondimento sull'onere probatorio in materia contrattuale sia consentito un rinvio a A. LEANDRO, *Articolo 18 – Onere della prova*, in F. SALERNO, P. FRANZINA (a cura di), *Regolamento CE n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali («Roma I») – Commentario*, in *Nuove leggi civili commentate (Le)*, 2009, p. 886 ss.

<sup>42</sup> G. MORELLI, *op. cit.*, p. 40.

Al fine di stabilire soprattutto se la prova abbia natura legale o libera, pare logico rivolgersi alla *lex processus* perché si tratta di aspetti che incidono gravemente sul libero convincimento del giudice. Lo stesso dicasi in merito alla *conversione degli atti*, quando si tratta di determinare il potere del giudice di ricavare effetti giuridici da atti originariamente nulli o inefficaci.

D'altro canto, l'efficacia probatoria condiziona la solidità del regime probatorio e, con essa, l'esistenza stessa del diritto soggettivo sostanziale (è il caso, ad esempio, delle presunzioni legali). Ciò induce a ricondurre l'efficacia probatoria tra le competenze della *lex causae*. È non può negarsi che chi invoca la titolarità del diritto controverso confidi sia nella forza che la legge regolatrice del diritto attribuisce alla prova sia nella circostanza che la legge che detta l'ammissibilità della prova ne regolerà anche l'efficacia. Poco fa si è detto, ad esempio, che l'ammissibilità della prova degli atti è retta dalla *lex loci actus*<sup>43</sup>.

Vi è però una novità nel regolamento (UE) 2020/1783, già evidenziata, che merita un approfondimento, soprattutto proiettandosi al momento in cui il sistema informatico decentrato sarà operativo.

Il regolamento vieta, infatti, che agli *atti* trasmessi attraverso il sistema informatico decentrato siano negati effetti giuridici o l'ammissibilità come prova nel processo per il solo motivo della loro forma elettronica (art. 8)<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> Con riferimento all'art. 18 del regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I), in *G.U.U.E.*, L 177 del 4 luglio 2008, p. 6 ss., l'alternatività tra *lex fori*, *lex substantiae* e *lex forae*, induce ancor di più a ritenere che la legge regolatrice dell'efficacia probatoria sia quella utilizzata per dichiarare ammissibile il mezzo di prova.

<sup>44</sup> V. pure il considerando n. 13.

La formulazione dell'art. 8 in lingua italiana è infelice: «*agli atti trasmessi* attraverso il sistema informatico decentrato *non sono negati* gli effetti giuridici o *considerati inammissibili* come prova nei procedimenti per il solo motivo della loro forma elettronica». Oltre all'evidente refuso grammaticale, la disposizione fa parola di «atti» quando, in realtà, il sistema trasmette «documenti». Più lineari nel duplice senso si rivelano le altre versioni. Ad esempio, quella francese statuisce: «*les documents transmis au moyen du système informatique décentralisé ne doivent pas être privés d'effet juridique ni considérés comme irrecevables* comme moyens de preuve dans le cadre d'une procédure au seul motif que ces documents se présentent sous une forme électronique» (corsivi aggiunti).

Il divieto di cui all'art. 8 non incide sulla competenza del diritto nazionale in tema di determinazione, di ammissibilità e di efficacia probatoria dei mezzi istruttori<sup>45</sup>. Esso fa soltanto sì che uno dei *tradizionali* motivi ostativi all'utilizzo del mezzo di prova agganciati alle differenze normative tra gli Stati membri in merito all'utilizzo della tecnologia venga congelato in un sistema, come quello programmato dal regolamento (UE) 2020/1783, che eleva la via telematica a mezzo di trasmissione preferenziale. Deve trattarsi – s'intende – della via realizzata all'interno della cornice uniforme e strutturata dei sistemi nei quali confluisce l'interoperabilità tra le piattaforme nazionali e, con essa, la condivisione dei vari Stati membri sui margini di utilizzabilità delle trasmissioni digitali a fini processuali.

La disposizione di cui all'art. 8 erige chiaramente un baluardo a difesa del processo di digitalizzazione della giusti-

---

<sup>45</sup> Il considerando n. 13 precisa che il regolamento «dovrebbe lasciare impregiudicata la determinazione degli effetti giuridici o l'ammissibilità di detti documenti come prova conformemente al diritto nazionale. Dovrebbe inoltre fare salvo il diritto nazionale in materia di conversione degli atti».

zia, assurgendo a rango di *principio* nelle azioni che l'Unione ha intrapreso al riguardo <sup>46</sup>.

Naturalmente, l'art. 8 opererà in un terreno dove concorrono i tratti caratteristici dell'attuale processo di digitalizzazione della giustizia: a) l'esigenza di semplificare la cooperazione giudiziaria; b) l'importanza che la tecnologia oggi riveste per la comunicazione tra i soggetti che esercitano funzioni pubbliche e per la stessa vita sociale; c) la necessità che i sistemi digitali siano elaborati nel segno della sicurezza, della affidabilità e della solidità; d) il rispetto dei diritti individuali a vario titolo coinvolti nello scambio tecnologico di dati e informazioni.

---

<sup>46</sup>In termini di principio si esprime il considerando n. 13. V. pure Commissione europea, Comunicazione *Digitalizzazione della giustizia nell'Unione europea*, cit., par. 3.2, secondo la quale «a un documento elettronico non sono negati gli effetti giuridici e l'ammissibilità come prova in procedimenti giudiziari per il solo motivo della sua forma elettronica». Nelle *policies* dell'Unione in materia di digitalizzazione della giustizia il principio trova origine nel regolamento (UE) n. 910/2014 del 23 luglio 2014 in materia di identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno e che abroga la direttiva 1999/93/CE, in *G.U.U.E.*, L 257 del 28 agosto 2014, p. 73 ss. (c.d. regolamento «eIDAS»). L'effetto giuridico della prova digitale è in linea con gli effetti riconosciuti alla identificazione elettronica e alle firme elettroniche, il cui uso generalizzato nel campo della trasmissione degli atti giudiziari è auspicato dalla Commissione (Comunicazione *Digitalizzazione della giustizia nell'Unione europea*, loc. cit.).

## Capitolo III

# Le procedure di assunzione della prova

**Sommario:** 1. La rogatoria attiva: trasmissione rapida, sicura e affidabile. – 2. *Segue*: l'esecuzione della richiesta. – 3. *Segue*: il trattamento delle procedure ignote allo Stato richiesto. – 4. La presenza o la partecipazione di parti, difensori e delegati del giudice *a quo*. – 5. Il rifiuto di eseguire una richiesta. – 6. L'assunzione diretta. – 7. Il regime di tasse e spese. – 8. L'assunzione della prova attraverso le procedure diplomatiche *inserite* nel regolamento.

### 1. La rogatoria attiva: trasmissione rapida, sicura e affidabile

La prima forma di cooperazione contemplata dal regolamento (artt. 1, par. 1, lett. *a*) e 3) consiste nella rogatoria attiva, ossia nella richiesta di assistenza nell'assunzione della prova che l'autorità del processo rivolge all'autorità dello Stato membro in cui l'atto istruttorio va eseguito. La richiesta è oggetto di una «trasmissione diretta» dalla prima alla seconda autorità.

La Convenzione dell'Aja del 1970 prevede che la *commission rogatoire* dell'autorità giudiziaria di uno Stato contraente sia inviata all'Autorità centrale dello Stato contraente in cui la prova va assunta. L'Autorità centrale opera nel sistema convenzionale come organo ricevente della rogatoria, come filtro dei relativi contenuti e come mezzo per lo smistamento della richiesta istruttorio all'autorità competente per l'esecuzione.

Il regolamento del pari impone a ogni Stato membro di designare un organo centrale, ma con il compito di fornire informazioni, ricercare soluzioni per le difficoltà che possano sorgere in occasione di una richiesta e, solo in casi eccezionali, trasmettere all'autorità competente la richiesta di assistenza proveniente dall'autorità richiedente (art. 4). La possibilità di designare più organi centrali è limitata agli Stati dotati di ordinamenti plurilegislativi.

Va ricordato che il *manuale* redatto dalla Commissione europea fornisce informazioni sugli organi centrali dei vari Stati membri<sup>1</sup>. Per la Repubblica italiana l'organo centrale è il Ministero della Giustizia – Dipartimento per gli Affari di Giustizia – Direzione generale della Giustizia civile – Ufficio II.

L'eliminazione dell'intervento dell'organo centrale quale intermediario tra le autorità giudiziarie e la previsione di un contatto diretto tra queste ultime, oltre a rappresentare il primo fattore di semplificazione del regolamento rispetto al sistema di assistenza predisposto dalla Convenzione dell'Aja del 1970, integrano gli schemi di una cooperazione essenzialmente giudiziaria, priva di ingerenze da parte di altri poteri pubblici e simile alla cooperazione che intercorre tra i giudici di uno stesso Stato per il buon funzionamento della giustizia al suo interno.

La richiesta è trasmessa con il modulo A, il quale deve contenere le indicazioni previste dall'art. 5. In particolare, si tratta di specificare gli estremi dell'autorità richiedente e dell'autorità richiesta, l'identità delle parti e dei rispettivi rappresentanti, l'eventuale loro presenza o partecipazione all'assunzione della prova, la natura e l'oggetto dell'istanza, la breve descrizione del procedimento, dei fatti e delle prove richieste.

---

<sup>1</sup> V. *supra*, Capitolo II, § 1.

In caso di testimonianze, la richiesta deve indicare l'identità delle persone da esaminare, le domande da rivolgere o l'indicazione dei fatti sui quali il teste sarà esaminato, il riferimento alla facoltà di astenersi dal rispondere se essa è prevista dalla legge che regola il processo, la precisazione che la testimonianza sarà escussa sotto giuramento (o dichiarazione affine) e la eventuale formula di rito, nonché ogni altra informazione che l'autorità richiedente ritenga necessaria. In caso di prove non testimoniali, occorre indicare gli atti da esaminare o gli oggetti da ispezionare.

L'autorità che desidera avvalersi di una procedura particolare prevista dal suo diritto nazionale deve farne menzione nella richiesta, specificando eventualmente che le parti e/o i loro rappresentanti, ovvero i delegati dell'autorità stessa, saranno presenti al momento dell'assunzione della prova.

Infine, il modulo contiene la casella in cui indicare gli eventuali motivi della mancata trasmissione tramite il sistema informatico decentrato (guasto del sistema, natura delle prove o circostanze eccezionali).

Il «pacchetto», così composto, deve essere accessibile alle autorità che eseguiranno la richiesta.

Al riguardo, l'autorità richiedente deve utilizzare la lingua ufficiale dello Stato richiesto o una lingua ivi ammessa (art. 6, par. 1)<sup>2</sup>. In caso di più lingue ufficiali – come accade, ad esempio, in presenza di minoranze linguistiche –, la lingua utilizzabile potrà essere quella del luogo in cui la prova va assunta. La traduzione degli allegati al modulo A è obbligatoria soltanto per i documenti che l'autorità richiedente ritiene necessari per l'esecuzione della richiesta (art. 5, par. 3).

Non c'è dubbio che la disciplina della trasmissione presenta le maggiori novità.

---

<sup>2</sup>Ogni Stato è tenuto a indicare la lingua diversa da quella ufficiale (art. 6, par. 2).

Il regolamento (CE) n. 1206/2001 impone di procedere «con il mezzo più rapido che lo Stato membro richiesto ha indicato di poter accettare» e che, tra tali mezzi, se ne può scegliere uno qualsiasi purché «il contenuto del documento ricevuto sia fedele e conforme a quello del documento spedito e ... tutte le indicazioni in esso contenute siano leggibili» (art. 6).

Dal canto suo, il regolamento (UE) 2020/1783 farà anzitutto leva, come si è visto<sup>3</sup>, sul sistema informatico decentrato agganciato a e-CODEX (art. 7). Ogni eventuale alternativa, che sia sempre di natura informatica, deve rispondere ai requisiti della sicurezza, della affidabilità e del rispetto dei diritti fondamentali delle parti, della tutela della vita privata, dell'integrità e della riservatezza dei dati personali<sup>4</sup>. Ove poi la trasmissione riguardi atti che richiedano o presentino un sigillo o una firma autografa, il quadro giuridico è completato dal regime dei servizi fiduciari qualificati stabilito dal regolamento (UE) n. 910/2014: si potranno utilizzare, dunque, il sigillo elettronico qualificato o la firma elettronica qualificata.

Se il sistema informatico decentrato è inutilizzabile (perché guasto, o perché impraticabile in relazione alla natura della prova, o per altre circostanze eccezionali), l'art. 7 lascia aperta la scelta del mezzo più rapido e appropriato che garantisca la trasmissione semplice e veloce, nel rispetto della affidabilità e della sicurezza.

Appare chiaro, dunque, che i requisiti della rapidità, della sicurezza e della affidabilità devono coesistere nella scelta

---

<sup>3</sup> V. *supra*, Capitolo I, § 4.

<sup>4</sup> Come visto, ancora *supra*, Capitolo I, § 5, il rispetto dei menzionati requisiti copre l'intero procedimento probatorio, dall'assunzione, alla protezione e alla presentazione della prova (v. pure considerando n. 31 ss. e art. 30 intitolato, appunto, «tutela delle informazioni trasmesse»).

del mezzo alternativo alla via elettronica preferenziale rappresentata dal sistema informatico decentrato. In conformità a quanto precisato dal considerando n. 7, analogamente al sistema decentrato, il mezzo alternativo dovrà realizzare uno «scambio di dati esclusivamente fra uno Stato membro e l'altro, senza che alcuna istituzione dell'Unione sia coinvolta».

L'inutilizzabilità del sistema informatico decentrato potrebbe, come si è detto, dipendere dalla natura delle prove. L'esempio che il considerando n. 12 porta è il campione di DNA o di sangue. Va da sé che, in casi del genere, la via informatica è fisiologicamente impraticabile.

Problemi diversi emergono in caso di atti voluminosi che richiedono un processo di conversione in formato elettronico eccessivamente oneroso in termini di tempi e costi, oppure nel caso di atti che sia necessario trasmettere in formato cartaceo per valutarne l'autenticità. In casi del genere, e in attesa dello sviluppo di nuove tecnologie, la trasmissione più rapida e sicura è quella postale<sup>5</sup>.

## **2. Segue: l'esecuzione della richiesta**

L'autorità richiesta conferma l'avvenuta ricezione della domanda di assistenza restituendo il modulo B all'autorità richiedente entro sette giorni (art. 9).

Il modulo B dovrebbe contenere soltanto la dichiarazione di ricezione, a meno che l'autorità non debba segnalare che la richiesta è stata formulata in una lingua diversa da quella utilizzabile nel suo Stato ovvero che è stata trasmessa in violazione dell'art. 7. A seguito di tali segnalazioni, l'autorità richiedente potrà riproporre la richiesta corretta.

Qualora l'autorità destinataria della richiesta non sia competente ad assumere la prova, essa inoltrerà la domanda al-

---

<sup>5</sup> Cfr. ancora considerando n. 12.

l'autorità competente nel proprio Stato membro dandone comunicazione all'autorità richiedente attraverso il modulo C.

Quando, invece, la richiesta è carente di una delle indicazioni prescritte dall'art. 5, l'autorità *a quem* invia (senza indugio e, comunque, entro trenta giorni dalla ricezione) il modulo D all'autorità richiedente per procedere alle dovute integrazioni (art. 10). In tal caso, i termini per l'esecuzione della richiesta decorreranno dal momento della ricezione della richiesta debitamente compilata (art. 11, par. 1).

Lo stesso *iter* si segue per informare l'autorità richiedente che occorre versare un anticipo o costituire un deposito ai fini dell'esecuzione della richiesta (artt. 10, par. 2 e 22, par. 3). L'autorità darà poi atto dell'avvenuto deposito o del versato anticipo inviando entro dieci giorni il modulo E. In tal caso, i termini per l'esecuzione della richiesta decorreranno dal momento in cui è stato versato l'anticipo o costituito il deposito (art. 11, par. 2).

Acquisita regolarmente la richiesta, l'autorità è tenuta a darne esecuzione senza indugio e comunque entro novanta giorni dalla ricezione (art. 12, par. 1), salvo poter motivare un tempo più lungo (art. 17)<sup>6</sup>.

In questa fase, l'autorità richiesta procede in conformità alla sua legge (art. 12, par. 2). Già si è detto che il principio di territorialità della legge processuale e l'eventualità che l'assunzione della prova comporti l'esercizio di funzioni autoritative spiegano perché questa fase sia regolata dalla legge dello Stato richiesto. Ciò vale ancor più quando l'esecuzione della richiesta comporta l'adozione di misure coercitive, potendo l'autorità richiesta avvalersi, di norma, delle sole misure previste dalla sua legge, e non potendo, di norma, la misura coercitiva essere eseguita in uno Stato secondo la legge di un altro Stato.

---

<sup>6</sup> V. anche considerando n. 15.

La legge dello Stato richiesto è applicata, tuttavia, conformemente al principio di equivalenza affinché l'autorità assicuri il trattamento nazionale alla richiesta dell'autorità straniera scegliendo le misure previste per l'esecuzione di «una richiesta formulata allo stesso fine da un'autorità nazionale o da una parte interessata» (art. 15).

In merito alle sanzioni avverso la mancata acquisizione della prova, la legge dello Stato richiesto e la legge del processo potrebbero disporre diversamente. Il principio di territorialità della legge processuale e il trattamento nazionale imposto dal regolamento inducono ad attenersi alle sole prescrizioni della prima legge. Ne viene che, se la legge del processo prevede un regime sanzionatorio più incisivo, il giudice del processo potrebbe preferire utilizzare mezzi alternativi al regolamento, ordinando, ad esempio, la comparizione del teste e rimettendo, così, le conseguenze della mancata comparizione al proprio ordinamento<sup>7</sup>. Stessa sorte può toccare agli ordini di esibizione di beni o documenti, ponendo a confronto le sanzioni severe per l'inottemperanza previste in alcuni ordinamenti – si pensi all'art. 11, co. 2, del codice di procedura civile francese, a' termini del quale «si une *partie détient un élément de preuve*, le juge peut, à la requête de l'autre partie, lui enjoindre de le produire, *au besoin à peine d'astreinte*. Il peut, à la requête de l'une des parties, demander ou ordonner, au besoin sous la même peine, la production de tous documents détenus par des tiers s'il n'existe pas d'empêchement légitime»; e si pensi, dunque, alla somma da pagare in caso di inosservanza dell'*astreinte* – con sanzioni meramente processuali contemplate in altri ordinamenti. Vale la pena evidenziare che la coercizione insita nei c.d. *disclosure orders* non urta, in sé, con i principi dell'equo processo, in particolare con i diritti della difesa, assolvendo, invece, una funzione del tutto connaturata alla regola generale, valida per alcuni ordinamenti, secondo cui il debitore deve rispondere con tutti i suoi beni e, di conseguenza, «debba dar conto dei propri beni» al fine di «rendere efficace l'esito del processo civile»<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> V. *supra*, Capitolo II, § 1, e Corte Giust., *Lippens*, cit.

<sup>8</sup> Cass., 16 settembre 2021 n. 25064 (ord.), par. 17, anche per il con-

### 3. *Segue*: il trattamento delle procedure ignote allo Stato richiesto

Il giudice del processo può chiedere, anche a seguito di istanza di parte, di assumere la prova mediante una «procedura particolare» prevista soltanto dalla sua legge. Utilizzando il modulo A (par. 12) ed apposito allegato, l'autorità richiedente dovrà descrivere i dettagli della «procedura particolare» ed eventualmente fornire ogni informazione che sia necessaria per eseguirla nello Stato richiesto.

Può darsi che il giudice richieda particolari modalità di registrazione di audizione dei testimoni, di interrogatorio delle parti, oppure di raccolta dei documenti.

Dinanzi alla «procedura particolare», il regolamento combina l'interesse alla buona amministrazione della giustizia nel processo *a quo* con il principio di territorialità della legge processuale, imponendo di eseguire la richiesta a meno che la «procedura particolare» non sia incompatibile con la legge dello Stato richiesto oppure dia luogo a notevoli difficoltà di ordine pratico. Se ricorrono simili ostacoli, l'autorità rifiuterà la richiesta informando l'autorità richiedente attraverso il modulo H (art. 12, par. 3).

Stessa sorte tocca alla assunzione della prova mediante una «particolare tecnologia di comunicazione», in particolare, la videoconferenza e la teleconferenza. Il regolamento, improntato alla digitalizzazione e alla semplificazione, au-

---

fronto con la richiesta di informazioni sui conti bancari prevista dall'art. 3 del d.lgs. 26 ottobre 2020 n. 152, recante l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) n. 655/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, che istituisce una procedura per l'ordinanza europea di sequestro conservativo su conti bancari al fine di facilitare il recupero transfrontaliero dei crediti in materia civile e commerciale, in *G.U.U.E.*, L 189 del 27 giugno 2014, p. 59 ss.

spica un maggiore ricorso a tali strumenti anche per agevolare la «presenza virtuale» di soggetti degni di particolare tutela, quali i minori<sup>9</sup>.

Senonché, anche la via tecnologica potrebbe rivelarsi incompatibile con la legge dello Stato membro richiesto oppure dare luogo a notevoli difficoltà di ordine pratico (art. 12, par. 4).

Si è detto che il regolamento (CE) n. 2201/2003 e, in prospettiva, il regolamento (UE) 2019/1111 «rammentano» all'autorità dello Stato membro di origine del minore di potersi avvalere del regolamento (CE) n. 1206/2001 – e, dunque, del regolamento (UE) 2020/1783 – quando intende procedere con l'audizione del minore<sup>10</sup>. E si è anche evidenziato che i due regolamenti enfatizzano l'importanza dell'audizione del minore nei procedimenti in materia di responsabilità genitoriale e nei procedimenti in materia di ritorno, precisando, tuttavia, che spetta al diritto nazionale determinare le modalità di audizione (ad esempio, in aula di tribunale, in altro luogo o con mezzi tecnologici) e il soggetto legittimato all'ascolto del minore (ad esempio, il giudice o un consulente tecnico). L'interesse superiore del minore potrebbe giustificare il rifiuto dell'esecuzione della richiesta istruttoria se la procedura indicata dall'autorità richiedente (quale autorità dello Stato membro d'origine del minore) sia incompatibile con esso.

Emergono pertanto generici motivi di rifiuto agganciati alla diversità delle leggi processuali<sup>11</sup> – che si attenueranno al progredire del processo di armonizzazione nel campo dell'ammissibilità degli strumenti probatori – o alla difficile praticabilità della procedura.

---

<sup>9</sup> Considerando n. 21.

<sup>10</sup> V. *supra*, Capitolo II, § 3.

<sup>11</sup> È il caso, ad esempio, delle prove digitali, le quali, stando alla Comunicazione *Digitalizzazione della giustizia nell'Unione europea*, cit., par. 3, sono ammissibili in 10 Stati membri.

Ancora con riguardo alla videoconferenza nei procedimenti giudiziari, pare ovvio, soprattutto in relazione alle controversie transfrontaliere, che essa sia vantaggiosa in termini di costi ed efficienza: basti pensare all'eliminazione delle spese e dei tempi di viaggio del testimone. D'altro canto, l'uso della videoconferenza non può incrinare i diritti dell'equo processo, a cominciare dal diritto di difesa, nelle sue articolazioni del diritto di assistere personalmente al processo e di comunicare in presenza con il difensore. Ecco perché la Commissione europea valorizza il bilanciamento tra uso della videoconferenza e rispetto dell'equo processo auspicando l'avvio di uno scambio di buone pratiche e di un processo di sensibilizzazione tra gli Stati membri che porti a preferire la videoconferenza nell'ambito delle controversie transfrontaliere<sup>12</sup>. Fatto sta che ogni sforzo o auspicio per un utilizzo diffuso, se non generalizzato, della videoconferenza sconta le asimmetrie normative e tecnologiche attualmente esistenti tra i vari Stati membri.

Poiché i motivi di rifiuto pongono un freno all'assistenza e alla cooperazione giudiziaria voluta dal regolamento, e dunque al suo effetto utile, essi hanno un campo di azione ristretto.

In particolare, l'impedimento derivante dalle «difficoltà di ordine pratico» opera soltanto al cospetto di difficoltà *notevoli*.

Quanto alla «incompatibilità» con la legge dello Stato richiesto, va esclusa ovviamente la mera differenza di contenu-

---

<sup>12</sup> *Digitalizzazione della giustizia nell'Unione europea*, cit. V. in precedenza la risoluzione del Parlamento europeo del 10 marzo 2009 sulla cooperazione fra le autorità giudiziarie degli Stati membri nel settore dell'assunzione delle prove in materia civile o commerciale (2008/2180(INI), in *G.U.U.E.*, C 87 E del 1° aprile 2010, p. 21 ss., in specie par. 4 s., e la raccomandazione del Consiglio, *Promuovere l'utilizzo e la condivisione delle migliori prassi in materia di videoconferenza transfrontaliera nel settore della giustizia negli Stati membri e a livello dell'UE*, ivi C 250 del 31 luglio 2015, p. 1 ss. La Commissione ha poi preparato una guida pratica sull'uso della videoconferenza ai fini dell'assunzione delle prove ai sensi del regolamento (CE) n. 1206/2001 consultabile tramite il Portale europeo della giustizia elettronica.

ti rispetto alla *lex processus*, che è presupposta al regolamento, quale misura protesa a facilitare la cooperazione giudiziaria tra Stati portatori di ordinamenti processuali tra loro diversi. Essa pare dunque limitata ai casi di richieste incompatibili con l'ordine pubblico dello Stato richiesto. Se ciò è vero, allora occorre ricordare che la valvola dell'ordine pubblico opera solo eccezionalmente nell'ambito degli strumenti dell'Unione europea dedicati alla cooperazione giudiziaria in materia civile e commerciale, oltre a operare in spazi sempre più ristretti al crescere delle affinità tra gli ordinamenti degli Stati membri generate dal diritto internazionale e dal diritto dell'Unione europea, nonché dall'apporto della giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo. E non va dimenticato che la «procedura particolare» è richiesta ai fini di un processo pendente (o previsto) in uno Stato diverso da quello alla difesa dei principi del quale la disposizione è stata inserita.

Un mezzo che poteva sollevare problemi di incompatibilità con la legge italiana era la testimonianza scritta richiesta da giudici stranieri o, viceversa, l'utilizzo nel processo italiano di dichiarazioni scritte acquisite all'estero. Il quadro normativo è mutato a seguito dell'introduzione dell'art. 257 *bis*, cod. proc. civ. con legge 18 giugno 2009 n. 69 (art. 46, co. 8). Per un altro verso, il recesso del Regno Unito dall'Unione europea ha attenuato i problemi derivanti, negli schemi del regolamento, dalle divergenze tra *common law* e *civil law*, soprattutto in relazione alle *cross-examinations* nelle prove orali e all'acquisizione dei c.d. *affidavit* concernenti i fatti di causa.

#### **4. La presenza o la partecipazione di parti, difensori e delegati del giudice *a quo***

All'esecuzione della richiesta possono assistere o partecipare le parti o i difensori (art. 13), nonché i delegati dell'autorità richiedente (art. 14).

La presenza delle parti e dei difensori è ammissibile a condizione che sia prevista dalla legge dello Stato membro in cui si svolge il processo. La versione italiana del regolamento fa parola della legge dello Stato dell'autorità richiesta, ma è un'espressione isolata rispetto alle altre versioni linguistiche, da ritenere, pertanto, frutto di un errore (peraltro già presente nel regolamento (CE) n. 1206/2001)<sup>13</sup>.

A prescindere dal dato letterale, la competenza della legge del processo discende dal fatto che, in assenza di una regola uniforme direttamente posta dal regolamento, l'autorità richiedente può comunicare che le parti e gli eventuali loro rappresentanti saranno presenti all'assunzione della prova (o chiederne la partecipazione) nei limiti di un potere conferito dalla sua legge. Inoltre, la presenza e la partecipazione di parti o di rappresentanti servono a garantire il contraddittorio (e, dunque, l'equo processo) conformemente a regole e principi che disciplinano la fase istruttoria del processo di merito indipendentemente dalle implicazioni transfrontaliere.

L'autorità richiedente utilizza il modulo A. Poiché le informazioni «possono essere anche comunicate in qualsiasi altro momento appropriato» (l'art. 13, par. 2), il giudice del processo non è tenuto a specificare la presenza o la partecipazione di parti o difensori nella prima richiesta di assunzione della prova. La flessibilità del sistema è giustificata dal fatto che la presenza di parti e di difensori può rivelarsi necessaria in un secondo momento.

Il principio di territorialità della legge processuale impone

---

<sup>13</sup> La versione francese dell'art. 13 recita: «si le droit de l'État membre dont relève la juridiction requérante le prévoit, les parties et, le cas échéant, leurs représentants ont le droit d'être présents lorsque la juridiction requise procède à l'exécution de la mesure d'instruction». Un chiaro riferimento alla legge dello Stato richiedente è peraltro contenuto nel considerando n. 18 anche nella versione in lingua italiana.

invece che la legge dello Stato richiesto regoli le condizioni e la procedura da seguire affinché la presenza e la partecipazione di parti e difensori abbiano concretamente luogo: occorre infatti rispettare le regole che disciplinano lo *svolgimento* di attività istruttorie in quello Stato (argomentando *ex* 13, par. 3, il quale rinvia in blocco all'art. 12 per determinare le condizioni di partecipazione delle parti e degli eventuali difensori).

La garanzia del contraddittorio, rilevante dalla visuale del processo *a quo*, e l'esigenza di un regolare «coinvolgimento» di parti o difensori, rilevante dalla visuale della legge del luogo di assunzione della prova, rappresentano, peraltro, valori assoluti a presidio dei quali è posta l'autorità che assume la prova. L'art. 13, par. 5 stabilisce, infatti, che tale autorità può chiedere alle parti e al difensore di assistere o di partecipare, se previsto dalla sua legge, indipendentemente dalla richiesta avanzata dal giudice del processo. L'autorità richiesta può *coinvolgere* parti e difensori anche in assenza di esplicita richiesta del giudice del processo, ma non può «escludere» parti e difensori il cui coinvolgimento sia stato chiesto da quel giudice, a meno che il coinvolgimento non sia incompatibile con la sua legge o dia luogo a notevoli difficoltà di ordine pratico *ex* artt. 12, parr. 3 e 4.

Quando il giudice richiesto *coinvolge* parti e difensori oltre i casi previsti dalla legge del processo, la sua attività sarà valida ed efficace ai fini di questa legge perché essa è prevista da una norma uniforme del regolamento che si innesta in ogni ordinamento nazionale toccato dalla vicenda: una norma che, a ben vedere, esprime un *favor* nei confronti del *coinvolgimento* di parti e difensori.

Il *favor* dovrebbe logicamente accogliere anche l'ipotesi del *coinvolgimento* richiesto dalle parti o dai difensori stessi. Tale richiesta sarà tuttavia valutata in base alla legge del processo, la sola che rileva – a differenza della ipotesi regolata

da una norma uniforme del regolamento – per stabilire se il *coinvolgimento spontaneo* sia utile e ammissibile nell'impianto istruttorio.

La presenza e la partecipazione dei delegati del giudice soggiacciono a una disciplina affine a quella appena descritta (art. 14), sebbene la *ratio* sia quella di agevolare il coinvolgimento di soggetti che possono valutare concretamente la prova meglio del giudice<sup>14</sup>.

Per delegato deve intendersi, secondo il regolamento, un magistrato designato dal giudice del processo in conformità alla sua legge. Lo stesso giudice può designare «altre persone, quali, ad esempio, periti»<sup>15</sup>.

Inoltre, i delegati hanno facoltà di *assistere* all'assunzione della prova «ove compatibile» con la legge del processo (art. 14). A prescindere, dunque, da quanto dispone la legge dello Stato richiesto, i delegati beneficiano di una facoltà direttamente stabilita dal regolamento. Il riferimento alla *compatibilità* con la legge del processo, significa che i delegati potranno assistere all'assunzione della prova anche qualora ciò non sia previsto dalla legge del processo in relazione alla specifica fattispecie, purché la loro partecipazione sia per la stessa legge genericamente possibile.

La *partecipazione* del delegato all'assunzione della prova è sottoposta a un regime differente. I delegati possono, infatti, *partecipare*, se richiesto dal giudice del processo, alle condizioni però indicate dall'autorità richiesta e, dunque, dalla legge dello Stato in cui la prova va assunta.

---

<sup>14</sup> Considerando n. 19.

<sup>15</sup> La sfera di potenziali *inviati* del giudice è più ampia di quella risultante dalla convenzione dell'Aja del 1970 (cfr. art. 8). Nell'ambito del regolamento (CE) n. 1206/2001 è stato sostenuto che il giudice del processo possa anche «delegare sé stesso»: L. FUMAGALLI, *La nuova disciplina comunitaria*, cit., p. 343, nota 56.

La competenza di tale legge riflette la circostanza che la *partecipazione* nell'assunzione della prova esprime, sia pur nei limiti di un coinvolgimento, l'esplicazione di poteri pubblici che, come tali, sono rimessi alla legge dello Stato al quale l'organo dotato di tali poteri (l'autorità richiesta alla cui attività partecipa il delegato del giudice straniero) appartiene. Ciò spiega perché l'art. 14 rinvia all'art. 12 per individuare il regime che l'autorità richiesta deve rispettare al momento di determinare le condizioni di partecipazione dei delegati.

Se, ad esempio, un giudice italiano nomina un perito per *assistere* alla deposizione di un testimone in territorio francese, ciò potrà avvenire nell'esercizio di un diritto che il regolamento direttamente conferisce al perito. Se, invece, lo stesso giudice italiano intende nominare il perito affinché *partecipi* alla deposizione, ad esempio proponendo domande, il perito dovrà attenersi alle condizioni previste dalla legge francese.

## 5. Il rifiuto di eseguire una richiesta

La richiesta può essere rifiutata ai sensi dell'art. 16. A tal proposito, l'autorità richiesta invia all'autorità richiedente il modulo K.

La prima ipotesi di rifiuto riguarda l'astensione del testimone dalla deposizione. Il giudice *ad quem* è tenuto a non escutere il testimone se, in base alla sua legge ovvero alla legge del processo, il testimone ha l'obbligo di astenersi (si pensi al segreto d'ufficio o professionale) o esercita un diritto di astensione. Il giudice *a quo* indicherà le previsioni della legge del processo che stabiliscono l'obbligo o il diritto di astensione al momento della richiesta di assunzione della prova oppure successivamente. Ove il giudice *a quo* omettesse tali indicazioni e il testimone invocasse il diritto o l'obbligo di astenersi dalla deposizione, l'autorità richiesta

potrà domandare al primo l'attestazione dell'esistenza reale del diritto o dell'obbligo in questione nella legge che regola il processo.

L'astensione del testimone, così regolata, risponde a due esigenze. Per un verso, il regolamento consente al testimone di esercitare all'estero un diritto o rispettare un obbligo derivanti dalla legge del processo a prescindere dai diversi contenuti della legge del luogo in cui è chiamato a testimoniare. Per altro verso, il rispetto della legge del processo è strumentale all'efficacia dell'intera attività istruttoria per evitare che una prova, assunta in sua violazione, risulti successivamente inutilizzabile nel processo.

Si è detto che il testimone può opporre il rifiuto di deporre appoggiandosi sulla legge dello Stato dell'autorità richiesta. Il testimone potrà astenersi dal rispondere anche quando non abbia contatti sostanziali con tale Stato. Potrebbe finanche "ripararsi" in esso per sfuggire alla testimonianza. Queste ipotesi nascono soprattutto dalle divergenze tra gli Stati in merito alla disciplina dei "segreti"; divergenze spesso appianate attraverso la conclusione di appositi trattati internazionali o pratiche concordate (si pensi al segreto bancario). Va ricordato, però, che, dinanzi a divergenze del genere o "tattiche elusive" del testimone, il giudice del processo potrà utilizzare mezzi estranei al regolamento, quale, ad esempio, l'ordine di comparizione del testimone in giudizio.

L'art. 16, par. 2, elenca altri motivi di rifiuto, riferibili invece a qualsiasi prova. L'elencazione è tassativa perché la disposizione ammette il rifiuto *soltanto* per i motivi enunciati<sup>16</sup>. Ma, a differenza della prova testimoniale, l'autorità

---

<sup>16</sup> V. Corte Giust., 17 febbraio 2011, *Weryński*, causa C-283/09, ECLI:EU:C:2011:85, punto 53, la quale, con riferimento all'art. 14, par. 2, del regolamento (CE) n. 1206/2001, ha argomentato in base al conside-

ha una facoltà di rifiutare l'assunzione della prova.

Nel dettaglio, il rifiuto è possibile: se la richiesta fuoriesce dall'ambito del regolamento (lett. *a*)); se la richiesta implica il compimento di atti sottratti al potere giudiziario secondo l'ordinamento dello Stato richiesto (lett. *b*)); se l'autorità richiedente non dà seguito alla domanda di completamento della richiesta a norma dell'art. 10 (lett. *c*)); se il deposito o l'anticipo cauzionale richiesto in caso di nomina di periti non è versato o è versato in ritardo (lett. *d*)).

Quanto, in particolare, al rifiuto motivato sul fatto che l'atto istruttorio è estraneo al potere giudiziario dello Stato richiesto, esso riguarda i casi di totale estraneità, non essendo sufficiente che tra le leggi in gioco vi sia una mera differenza in merito al modo di regolare l'atto istruttorio o il relativo svolgimento<sup>17</sup>. Conviene sempre ricordare che il regolamento opera sullo sfondo di ordinamenti che regolano autonomamente e diversamente tra loro l'esercizio del potere giudiziario.

Giova anche ricordare che i giudici possono delegare parte del loro potere a soggetti estranei all'ordinamento giudiziario (si pensi ai periti) nella misura ammessa dalla *lex fori*. E possono farlo anche al di fuori dell'ipotesi disciplinata dall'art. 14 del regolamento. Ne viene che, sebbene gli atti istruttori coperti dal regolamento siano soltanto quelli riconducibili al potere giudiziario, non è necessario che essi siano personalmente compiuti da un organo giudiziario, purché la

---

rando n. 11, che, riproposto come considerando n. 16 nel regolamento (UE) 2020/1783, recita: «per garantire l'efficacia del ... regolamento, la facoltà di rifiutare l'esecuzione di una richiesta ... dovrebbe essere limitata a ben definite situazioni eccezionali».

<sup>17</sup> Pertanto, l'autorità richiesta non deve adagiarsi sui modelli inclusi nel proprio diritto processuale per accogliere o rifiutare l'assunzione della prova: N. TROCKER, *Il regolamento*, cit., p. 295.

delega rientri nei limiti consentiti dal diritto nazionale<sup>18</sup>.

L'autorità richiesta non può rifiutare l'assunzione della prova perché, secondo la sua legge, la controversia spetta alla competenza esclusiva di un'altra autorità giudiziaria dello stesso Stato ovvero il diritto di azione non sussista nel caso concreto (art. 16, par. 3). Tali precisazioni paiono invero inutili dopo un'elencazione *tassativa* dei motivi di rifiuto ed estranee al tema dell'assunzione di una prova *all'estero* o dell'esecuzione di una richiesta istruttoria.

Se non ricorrono motivi di rifiuto e il procedimento istruttorio si conclude regolarmente, l'autorità richiesta trasmette all'autorità richiedente gli atti comprovanti l'assunzione della prova inviandole il modulo K e restituendo, se ritiene opportuno, gli atti ricevuti al momento della richiesta (art. 18).

## 6. L'assunzione diretta

Come anticipato, il regolamento prevede anche l'assunzione diretta della prova da parte del giudice del processo subordinandola all'autorizzazione dell'autorità dello Stato in cui la prova è collocata (art. 19). Si vedrà a breve che l'autorizzazione soggiace a un regime di *silenzio-assenso* che segna la vera novità rispetto al regolamento (CE) n. 1206/2001.

Il giudice del processo trasmette la richiesta di assunzione attraverso il modulo L all'organo centrale o alle autorità all'uopo designate da ciascuno Stato membro.

L'assunzione della prova può essere compiuta da un magistrato o da altra persona, quale un perito, designata in base alla legge dello Stato richiedente (art. 19, par. 3).

---

<sup>18</sup> Cfr. conclusioni dell'Avvocato generale Kokott, cit., punto 104: «se si ritenesse che soltanto gli atti di istruzione probatoria eseguiti direttamente dall'autorità giudiziaria rientrino nel potere giudiziario, l'efficacia pratica del regolamento risulterebbe eccessivamente limitata».

La procedura ha corso su base volontaria (art. 19, par. 2). A differenza, dunque, della rogatoria attiva, non è concepibile un'assunzione diretta che implichi misure coercitive. In correlazione, se l'assunzione implica l'esame di una persona, l'autorità richiedente informa la persona interessata del fondamento volontario dell'esame.

In caso di esame dei testimoni, l'assunzione diretta ha luogo mediante videoconferenza o altra tecnologia di comunicazione a distanza a condizione che tali mezzi siano a disposizione dell'autorità giudiziaria e che questa li ritenga appropriati in relazione alle circostanze del caso, eventualmente avvalendosi di un interprete (art. 20)<sup>19</sup>.

Pertanto, l'uso della tecnologia (evidentemente preferito dal legislatore dell'Unione), pur non essendo in sé obbligatorio, dovrà essere preso in considerazione dal giudice, se il proprio ordinamento lo prevede, quando sceglie la modalità che, alla luce del caso concreto, consenta meglio di altre di escutere il teste in modo sicuro, semplice e rapido.

Conformemente ai principi del giusto processo, le parti e i difensori devono ricevere le istruzioni necessarie per presentare compiutamente atti o altra documentazione nel corso di audizioni svolte tramite videoconferenza o altro mezzo di comunicazione a distanza<sup>20</sup>.

L'organo centrale o l'altra autorità designata comunica l'esito della richiesta entro trenta giorni utilizzando il modulo M, rendendo note, se necessario, le condizioni alle quali la sua legge subordina l'esecuzione della richiesta.

La versione italiana dell'art. 20, par. 2, indica erroneamente l'organo centrale o l'autorità competente dello Stato richiedente

---

<sup>19</sup> Cfr. considerando n. 21 s. L'autorità dovrà inoltrare la richiesta di assunzione diretta *a distanza* attraverso l'apposito modulo N.

<sup>20</sup> Cfr. considerando n. 23.

quali soggetti che concordano con l'autorità richiedente le modalità pratiche dell'esame dei testimoni tramite videoconferenza o altra tecnologia di comunicazione. Che si tratti invece delle autorità dello Stato richiesto discende dal fatto che il dialogo ha luogo tra autorità di Stati diversi, nonché dal confronto con le altre versioni linguistiche e con il considerando n. 21, il quale, pure nella versione italiana, chiarisce bene la *ratio* dell'art. 20.

La partecipazione dell'autorità giudiziaria dello Stato membro richiesto è eventuale e serve sia a «garantire la corretta applicazione» dell'art. 19 e delle condizioni previste dalla legge dello Stato richiesto per procedere con l'assunzione diretta, sia a «fornire assistenza pratica» all'autorità richiedente.

Poiché l'autorità giudiziaria dello Stato richiesto interviene per dare corso a un mezzo istruttorio disciplinato dal regolamento (l'assunzione diretta), il suo intervento dovrà conformarsi all'obiettivo primario di procedere in tempi rapidi e senza complicazioni.

Lo stesso obiettivo spiega e valorizza la regola, a tratti rivoluzionaria, del *silenzio-assenso* contenuta nell'art. 19, par. 5. Vi si prevede, infatti, che, decorsi inutilmente trenta giorni dall'invio della richiesta per l'assunzione diretta e ulteriori quindici giorni dal sollecito, la richiesta è «ritenuta accettata».

La natura *rivoluzionaria* di questa regola sta nel fatto che gli Stati hanno accettato, a beneficio della cooperazione giudiziaria e grazie alla mutua fiducia tra le rispettive autorità, di subordinare al consenso tacito un episodio di intrusione nei rispettivi poteri sovrani, quale è l'assunzione di una prova nel proprio territorio da parte di un'autorità straniera, che dipende usualmente ed esclusivamente da un consenso espresso.

Il tenore letterale della disposizione – la richiesta è «ritenuta accettata» – collega in ogni caso l'assunzione diretta della prova alla volontà, sia pur tacita, dello Stato richiesto. Ma è una volontà reversibile soltanto in casi eccezionali. L'art. 19,

par. 5, secondo periodo afferma, infatti, che «in caso di circostanze *eccezionali* in cui l'organo centrale o l'autorità competente si siano trovati nell'impossibilità di reagire alla richiesta entro il termine successivo al sollecito, è *eccezionalmente* ancora possibile invocare in qualsiasi momento motivi per rifiutare l'assunzione diretta delle prove dopo la scadenza di detto termine e fino al momento dell'effettiva assunzione diretta delle prove». S'intende che l'opposizione *tardiva* ha natura eccezionale perché, come si è visto, il silenzio-assenso è stato introdotto a supporto della semplificazione e della rapidità nell'esecuzione dell'atto istruttorio. Sicché, ogni ostacolo che si frapponga a questi obiettivi (compresa la reazione dello Stato dopo la scadenza del termine successivo al sollecito) è ammissibile soltanto in via eccezionale.

Quanto ai motivi di rifiuto, essi sostanzialmente replicano gli ostacoli opponibili alla rogatoria attiva: l'estraneità della richiesta dall'ambito del regolamento, il difetto di una delle informazioni imposte dall'art. 5, la contrarietà della richiesta ai principi fondamentali della legge dello Stato membro richiesto (in tal caso il considerando n. 21 prevede anche un rifiuto parziale, sicché l'assunzione diretta potrà avere luogo per la parte ritenuta compatibile con i principi fondamentali della *lex loci*).

Alcune situazioni astrattamente incompatibili con i principi dell'equo processo potranno essere *sanate* mediante accorgimenti pratici. Ad esempio, è vero che l'audizione diretta di una persona tramite videoconferenza o altra tecnologia di comunicazione a distanza dovrà avvenire secondo una lingua nota alla persona stessa, ed è vero che il considerando n. 22 chiarisce che l'autorità giudiziaria richiedente «dovrebbe, su sua richiesta, ricevere assistenza nel trovare un interprete e anche un interprete certificato se richiesto in modo specifico». Se, tuttavia, il giudice non avanza simili richieste, avvalendosi di proprie competenze linguistiche, non

pare che ciò determini una violazione di principi fondamentali dello Stato richiesto.

L'autorità richiedente è in generale tenuta a eseguire l'assunzione della prova in conformità alla sua legge, fermo restando il rispetto delle norme uniformi del regolamento e della *lex loci*.

Ritornando all'esposto caso del giudice che procede all'audizione in lingua straniera, senza interprete e confidando sulle proprie conoscenze linguistiche, l'eventuale attrito che nascesse con la legge del processo avrebbe maggiore importanza se, a seguito di questa scelta, il giudice commettesse un errore nella valutazione della prova.

Di conseguenza, l'autorità richiedente dovrà operare in conformità ai principi fondamentali dello Stato richiesto, ma anche a quelli del proprio ordinamento, così da confezionare un mezzo probatorio scevro da censure dinanzi alle sue giurisdizioni superiori.

## 7. Il regime di tasse e spese

L'esecuzione delle richieste istruttorie «non comporta il diritto al rimborso di tasse o spese» (art. 22, par. 1).

La giurisprudenza della Corte di Giustizia offre una nozione autonoma e uniforme di «spese» e di «tasse»: «spese» sono «le somme versate dall'autorità giudiziaria ai terzi nel corso del procedimento», mentre «tasse» sono «le somme percepite dall'autorità giudiziaria per la sua attività»<sup>21</sup>.

Il divieto generale di cui all'art. 22, par. 1, conosce varie eccezioni<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> Corte Giust., *Weryński*, cit., punto 58 s.

<sup>22</sup> La previsione di un divieto generale di rimborso e di una serie di eccezioni caratterizza anche la convenzione dell'Aja del 1970 (art. 14).

L'autorità richiesta può domandare all'autorità richiedente di vigilare sul rimborso dei compensi ai periti o agli interpreti, delle spese derivanti dall'esecuzione di una particolare procedura prevista dalla legge dello Stato richiedente o, ancora, di quelle connesse alle tecnologie di comunicazione (videoconferenza o teleconferenza). Ciò presuppone che l'autorità richiedente abbia determinato il soggetto obbligato al rimborso. Tale indicazione va fatta in base alla legge della stessa autorità, trattandosi di spese inerenti al processo. In particolare, la legge del processo determinerà se e in quale misura l'obbligo di rimborso spetta alle parti.

Come si è accennato, il ricorso al parere di un perito può essere subordinato al versamento di un anticipo o alla costituzione di un deposito per le spese e gli onorari. Ancora una volta, è la legge del processo che stabilisce se questo onere spetta alle parti.

In definitiva, la *ratio* della regola generale è duplice: da un lato, impedire che la collaborazione dell'autorità richiesta rappresenti un «costo» a carico delle parti del processo o dello Stato richiedente; dall'altro, ridurre questo «costo» a casi eccezionali al fine di semplificare il più possibile la cooperazione tra le autorità.

Le eccezioni denotano altresì una duplice *ratio*: da un lato, esse rispondono alla legittima aspettativa dei terzi di ricevere un adeguato ristoro a fronte delle attività compiute; dall'altro, esse riflettono un principio di ragionevolezza che pone i costi delle «procedure particolari» a carico dello Stato che ne prevede l'utilizzo anche quando esse sono eseguite all'estero<sup>23</sup>.

Le eccezioni riguardanti le spese per periti, interpreti, ed esperti di procedure tecnologiche rivelano, inoltre, l'esistenza

---

<sup>23</sup> Cfr. considerando n. 26, che porta anche l'esempio dei costi legati all'uso di una tecnologia di comunicazione a distanza.

di un diritto soggettivo al rimborso per la prestazione compiuta: un diritto così tanto meritevole di tutela che l'autorità richiedente «dovrebbe adottare le misure necessarie per vigilare a che si proceda senza indugio al rimborso»<sup>24</sup>.

La natura eccezionale restringe, tuttavia, la concreta applicabilità delle ipotesi per le quali il rimborso è previsto. Ciò è vieppiù evidente a seguito del processo di digitalizzazione che sta investendo l'intero settore della giustizia.

Se, ad esempio, già sullo sfondo del regolamento (CE) n. 1206/2001 si riteneva che l'autorità richiesta non avesse titolo a chiedere un rimborso dei costi collegati all'impiego di particolari mezzi tecnologici ove i mezzi in concreto usati fossero rientrati nelle risorse tecniche normalmente a sua disposizione<sup>25</sup>, nel vigore del regolamento (UE) 2020/1783 questa preclusione pare rafforzata dall'avvento della tecnologia quale mezzo ordinario di sostegno dell'esercizio della funzione giurisdizionale, prima ancora che della cooperazione giudiziaria transfrontaliera.

Resta da chiarire la sorte di spese o tasse non espressamente contemplate dal regolamento.

Il problema si è posto dinanzi alla Corte di Giustizia, con riferimento al regolamento (CE) n. 1206/2001, nel caso *Weryński*, in relazione alle indennità spettanti (in anticipo o in rimborso) al testimone e alla sussistenza a carico dell'autorità richiedente dell'obbligo di provvedere alla relativa spesa<sup>26</sup>.

Il Tribunale distrettuale di Varsavia aveva chiesto alla *Metropolitan District Court* di Dublino di procedere all'audi-

---

<sup>24</sup> *Ibidem*.

<sup>25</sup> P. FRANZINA, *I costi del processo nello spazio giudiziario europeo: considerazioni alla luce della sentenza Weryński*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2011, p. 675 ss., nota 16.

<sup>26</sup> Corte Giust., *Weryński*, cit., *passim*.

zione di un testimone trasmettendo apposita richiesta ai sensi del regolamento (CE) n. 1206/2001. Il giudice irlandese aveva subordinato l'escussione del testimone al versamento di una somma di denaro pari all'indennità di cui il testimone beneficia in base al diritto irlandese. Il pagamento spetterebbe, secondo il diritto irlandese, alla parte che cita il testimone. Peraltro, dalla ricostruzione dei fatti alla base della questione pregiudiziale, si evince che, in base allo stesso diritto irlandese, l'obbligo del testimone di comparire dinanzi all'autorità giudiziaria non sussisterebbe se non gli è pagata tale somma. Il giudice polacco accoglieva la richiesta pur rilevandone la incompatibilità con il regolamento, in particolare con il regime delle spese che non prevede anticipi o rimborsi a favore di testimoni. Di contro, il giudice irlandese riteneva che il pagamento delle spese del testimone non rientrasse nel divieto di rimborso di tasse e spese previsto dall'art. 18 del regolamento (CE) n. 1206/2001. E poiché l'art. 10, par. 2 sottopone le procedure di assunzione della prova alla legge dello Stato richiesto, le prescrizioni del diritto irlandese potevano applicarsi all'audizione del testimone domandata dal giudice polacco, al quale, tuttavia, per la qualità di autorità richiedente, sarebbe spettata la rifusione delle spese connesse (nella forma dell'anticipo o in quella di un successivo rimborso).

La Corte ha escluso un simile obbligo a carico dell'autorità richiedente<sup>27</sup>.

In effetti, il regolamento (CE) n. 1206/2001 e, dunque, il regolamento (UE) 2020/1783, «ammettono» spese che riguardano i «compensi versati ai periti o agli interpreti» o le «procedure particolari», sicché anche l'approccio interpretativo più elastico non potrebbe includere le spese affrontate dal testimone e, in correlazione, l'obbligo dell'autorità richie-

---

<sup>27</sup> Ivi, punto 56 ss.

dente di versare un anticipo per il pagamento dell'indennità ovvero di rimborsarne la spesa.

A supporto delle sue conclusioni, la Corte effettua una comparazione con la Convenzione dell'Aja del 1970, rammentando che essa ha rappresentato un modello per l'elaborazione del regolamento (CE) n. 1206/2001. In particolare, l'art. 14 ha ispirato la formulazione dell'art. 18 del regolamento (CE) n. 1206/2001. Esso, a differenza dell'art. 16 della Convenzione del 1954, non prevede il rimborso delle indennità riconosciute ai testimoni dal diritto nazionale.

Inoltre, la regola generale di cui all'art. 22, par. 1, del regolamento (UE) 2020/1783 (art. 18, par. 1, del regolamento (CE) n. 1206/2001), è posta a salvaguardia del ripetuto obiettivo di semplificare e di accelerare l'assunzione transfrontaliera delle prove; obiettivo, questo, che avvalorava interpretazioni restrittive e non estensive delle eccezioni al divieto di rimborso delle spese, soprattutto quando si tratta di anticipi al cui versamento è condizionato l'avvio della esecuzione della richiesta probatoria.

La previsione di spese non contemplate dal regolamento e l'eventuale decisione dell'autorità richiesta di subordinare l'assunzione della prova al relativo pagamento comportano, poi, che, in caso di mancato versamento, la richiesta potrebbe essere rifiutata. Considerato che, nel silenzio del regolamento, la ripetibilità o meno di alcune spese dipenderebbe dal diritto nazionale, un profilo saliente della cooperazione voluta dall'Unione europea (procedere o meno con la richiesta istruttoria) dipenderebbe a sua volta dal diverso atteggiarsi delle normative nazionali. Si aprirebbe, in ultima analisi, uno spazio al diritto nazionale nel campo dei motivi di rifiuto della richiesta, al quale il regolamento destina, invece, una normativa uniforme, elencando i motivi in modo tassativo e prevedendo il rifiuto per mancato versamento di una somma di

denaro soltanto in caso di costi relativi a una perizia.

Preme sottolineare che il divieto di rimborso finora tratteggiato non altera il regime di rifusione delle spese previsto nel diritto nazionale. Il divieto di *rimborsare il testimone* è posto a salvaguardia della cooperazione tra le autorità giudiziarie, ma non reca pregiudizio ai diritti del testimone. Alla luce di un generale principio di tutela dei soggetti terzi rispetto al processo, essi potranno invocare l'indennità se e nella misura in cui essa sia prevista dal diritto dello Stato membro in cui l'audizione ha luogo.

Ciò che la Corte esclude è di imporre all'autorità richiedente di procedere con il pagamento (in anticipo o in sede di rimborso) come condizione per escutere il teste e, specularmente, di rifiutare l'assunzione della prova in caso di mancato pagamento. La Corte non priva il testimone del diritto all'indennità previsto dall'ordinamento nazionale. Peraltro, poiché il testimone potrebbe rifiutare di sottoporsi all'audizione in caso di mancato pagamento dell'indennità prevista dalla *lex loci*, se le autorità degli Stati si ritenessero svincolate dall'obbligo di indennizzare i testimoni anche quando ciò è previsto dal proprio ordinamento, molte richieste provenienti dall'estero non avrebbero corso e la cooperazione ricercata dal regolamento sarebbe seriamente frustrata in caso di testimonianze.

Le spese relative alla cooperazione giudiziaria sono generalmente a carico dello Stato quando ricorrono le condizioni per riconoscere il gratuito patrocinio quale misura di sostegno del diritto di accesso alla giustizia per i soggetti non dotati di mezzi finanziari sufficienti. Una misura diretta a questi fini è la nota direttiva 2003/8/CE del Consiglio del 27 gennaio 2003 intesa a migliorare l'accesso alla giustizia nelle controversie transfrontaliere attraverso la definizione di norme comuni relative al patrocinio a spese dello Stato<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> In *G.U.C.E.*, L 26 del 31 gennaio 2003, p. 41 ss. La direttiva è stata

## 8. L'assunzione della prova attraverso le procedure diplomatiche *inserite* nel regolamento

L'assunzione delle prove tramite rappresentanze diplomatiche e consolari trova spazio nel regolamento (UE) 2020/1783 (a differenza del predecessore) affinché se ne faciliti l'utilizzo nella solita ottica di rendere efficace, rapida e semplificata la fase istruttoria di un processo celebrato in uno Stato membro.

L'art. 21 si avvale della via *lato sensu* diplomatica rimettendo al diritto internazionale e al diritto nazionale la determinazione dei poteri degli agenti diplomatici e consolari, e stabilendo in quali circostanze la via diplomatica è a disposizione dei giudici quale via alternativa alla rogatoria attiva e all'assunzione diretta.

Sotto questo profilo, il regolamento riecheggia – con molti adeguamenti – la possibilità prevista dalla Convenzione dell'Aja del 1970 di assumere prove all'estero mediante un agente diplomatico o consolare o per mezzo di un commissario (articoli 15-22).

In via di principio, e conformemente a una regola di diritto internazionale generale, lo Stato è libero, nell'esercizio della sua sovranità e della libertà di definire la propria organizzazione, di attribuire o meno ai propri agenti diplomatici o consolari il potere di assumere prove.

L'ordinamento italiano prevede la delega al console in caso di rogatoria riguardante cittadini italiani residenti all'estero (art. 204, co. 2, cod. proc. civ.).

---

attuata in Italia con d.lgs. 27 maggio 2005 n. 116. Su scala globale, la Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 sull'accesso internazionale alla giustizia, che intende eliminare gli ostacoli al *legal aid* nelle controversie transfrontaliere, offre uno strumento complementare alla Convenzione del 1970 sull'assunzione delle prove all'estero. La Convenzione del 1980 non è tuttavia in vigore per l'Italia.

Nei limiti in cui tale potere sussiste, il regolamento agevola l'operato dell'agente diplomatico o consolare, consentendo, senza una richiesta preventiva alle autorità locali, di assumere la prova nello Stato membro presso il quale l'agente è accreditato. L'assenza di richiesta preventiva costituisce una deroga al regime generale di diritto internazionale che subordina ogni attività non propriamente diplomatica, quale quella in discorso, al consenso dello Stato territoriale.

L'apertura alla via diplomatica è limitata all'audizione di cittadini dello Stato rappresentato dagli agenti e in relazione a un procedimento pendente in tale Stato. Poiché la formulazione letterale è generica, si deve pensare che l'audizione del cittadino possa riguardare sia la sua persona che i suoi beni.

L'audizione ha base volontaria e non può comportare il ricorso a misure coercitive (art. 21)<sup>29</sup>, neanche se previste dalla legge nazionale dell'agente diplomatico o suscettibili di autorizzazione da parte dello Stato territoriale. Il divieto di misure coercitive protegge, dunque, la persona prima (o piuttosto) che la sovranità dello Stato in cui l'audizione ha luogo.

La prova va assunta nei locali dell'ambasciata o del consolato a meno che il testimone non possa recarvisi a causa, per esempio, di una grave malattia<sup>30</sup>.

In quanto organo esterno di uno Stato che svolge funzioni in un altro Stato, l'agente diplomatico o consolare opera nei limiti dei poteri conferiti dai due Stati. Poiché, però, il regolamento contempla la sola audizione di un testimone nei locali dell'ambasciata o del consolato, l'agente procederà conformemente alla legge del proprio Stato nel riflesso della ritrazione che la sovranità dello Stato territoriale subisce in base alle regole internazionali concernenti il trattamento della

---

<sup>29</sup> V. pure considerando n. 24.

<sup>30</sup> Considerando n. 25.

sede diplomatica e consolare straniera (conviene ribadire che il divieto di utilizzare misure coercitive copre anche le misure previste dalla legge nazionale dell'agente).

L'agente che intendesse assumere la prova fuori dei locali dell'ambasciata o del consolato dovrà necessariamente attenersi alle leggi dello Stato territoriale, il quale si riappropria in tali casi della sovranità sugli (e della disciplina degli) atti compiuti nel proprio territorio.

L'assunzione della prova fuori dei locali, ma pur sempre sul territorio e nella circoscrizione dello Stato in cui opera il *diplomatico*, è ammissibile in base alla Convenzione dell'Aja del 1970 (articoli 15 e 16). La Convenzione prevede la via diplomatica, nei rapporti tra gli Stati contraenti interessati, anche per atti istruttori diversi dall'audizione e in relazione a cittadini dello Stato territoriale o di altri Stati (la procedura può dipendere dalla previa autorizzazione dello Stato territoriale: al riguardo non pochi Stati hanno formulato la riserva prevista dall'art. 33 in relazione agli articoli 15 e 16).

Infine, è da evidenziare che la via diplomatica qui tratteggiata è praticabile soltanto rispetto ai procedimenti *pendenti* nello Stato che invia l'agente diplomatico o consolare. L'assunzione di prove finalizzate a un processo *previsto* resta nei confini della assistenza giudiziaria disciplinata dal regolamento o dei mezzi alternativi eventualmente a disposizione delle autorità giudiziarie.

## Massime

### **A. Corte Giust., 28 aprile 2005, St. Paul Dairy Industries c. Unibel Exser BVBA, causa C-104/03, ECLI:EU:C:2005:255**

*L'art. 24 della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 non è applicabile ai provvedimenti nazionali attraverso i quali procedere con l'audizione di un teste per consentire all'attore di predeterminare l'opportunità dell'iniziativa giudiziaria e il relativo successo.*

*Un simile provvedimento non risponde alla duplice finalità dell'art. 24 di evitare che la durata e le peculiarità di una controversia transfrontaliera possano pregiudicare il diritto sostanziale fatto valere in giudizio e di conservare lo stato di fatto o di diritto della situazione giuridica che il giudice di merito deve accertare. Il provvedimento non ha natura provvisoria o cautelare ai sensi dell'art. 24 della Convenzione.*

*Peraltro, l'iniziativa diretta a ottenere l'audizione del teste nei termini esposti potrebbe essere utilizzata come mezzo per sfuggire alle norme che disciplinano la trasmissione e la trattazione delle domande formulate da un organo giurisdizionale di uno Stato membro e dirette ad ottenere il compimento di un atto istruttorio in un altro Stato membro: norme, queste, contenute nel regolamento (CE) n. 1206/2001.*

**B. Corte Giust., 17 febbraio 2011, Artur Weryński c. Mediatel 4B spółka z o.o., causa C-283/09, ECLI:EU:C:2011:85**

*La nozione di spesa ha natura autonoma nel diritto dell'Unione europea. Sarebbe contrario allo spirito e alla finalità del regolamento (CE) n. 1206/2001, il quale mira ad un'esecuzione rapida e semplice delle richieste di assunzione delle prove, se la questione del rimborso di spese o tasse dipendesse da una definizione nazionale.*

*Per «tasse» si intendono le somme percepite dall'autorità giudiziaria per la sua attività, mentre per «spese» si intendono le somme versate dall'autorità giudiziaria a terzi nel corso del procedimento, in particolare a periti o a testimoni. Le indennità versate ad un testimone sentito dall'autorità giudiziaria richiesta rappresentano spese il cui rimborso è vietato ai sensi dell'art. 18, par. 1, del regolamento (CE) n. 1206/2001.*

*L'obbligo di rimborsare le spese a carico dell'autorità giudiziaria richiedente sussiste soltanto nelle ipotesi contemplate dall'art. 18, par. 2.*

*L'art. 14 della Convenzione dell'Aja del 18 marzo 1970, alla quale il regolamento (CE) n. 1206/2001 si ispira, non prevede il rimborso delle spese dei testimoni. A maggior ragione, dunque, l'art. 18, par. 1, del regolamento n. 1206/2001, che replica sostanzialmente i contenuti di quella disposizione, non può prevedere l'obbligo di rimborso di tali spese da parte dell'autorità giudiziaria richiedente a favore dell'autorità giudiziaria richiesta, né sotto forma di anticipo né di rimborso.*

**C. Corte Giust., 6 settembre 2012, Maurice Robert Josse Marie Ghislain Lippens e altri c. Hendrikus Cornelis Kortekaas e altri, causa C-170/11, ECLI:EU:C:2012:540**

*Il regolamento (CE) n. 1206/2001 è applicabile qualora l'autorità giudiziaria di uno Stato membro decida di procedere all'assunzione delle prove tramite uno dei metodi da esso previsti.*

*L'audizione del testimone, effettuata dall'autorità giudiziaria competente ai sensi del proprio diritto nazionale, consente non sol-*

*tanto di interrogare la parte direttamente, ma anche di confrontare il testimone con le dichiarazioni di altre parti o di testimoni eventualmente presenti all'audizione, nonché di verificare la credibilità della testimonianza.*

*Un'audizione del genere differisce dall'esecuzione di un'assunzione delle prove prevista dal regolamento. Essa differisce, in particolare, sia dalla rogatoria attiva disciplinata dagli articoli 10-16 (sebbene l'articolo 12 consenta, a determinate condizioni, la presenza e la partecipazione all'assunzione delle prove di delegati dell'autorità giudiziaria richiedente) sia dall'assunzione diretta ai sensi dell'articolo 17 ai cui termini l'autorità giudiziaria richiedente, pur potendo effettuare essa stessa un'audizione conformemente alla legge regolatrice del processo, rimane soggetta all'autorizzazione e alle condizioni imposte dall'organismo centrale o dall'autorità competente dello Stato membro richiesto nonché ad altre modalità previste nello stesso articolo 17.*

*Il regolamento (CE) n. 1206/2001 non disciplina in modo esaustivo l'assunzione transfrontaliera delle prove, ma mira solamente a facilitarla, consentendo di ricorrere ad altri strumenti aventi lo stesso obiettivo.*

*L'autorità giudiziaria competente può dunque citare dinanzi a sé, come testimone, una parte residente in un altro Stato membro e di sentirla conformemente al proprio diritto nazionale. Essa è inoltre libera di trarre dalla mancata comparizione, non giustificata da un motivo legittimo, le eventuali conseguenze previste dal diritto del proprio Stato membro, purché tali conseguenze siano applicate nell'osservanza del diritto dell'Unione.*

#### **D. Corte Giust., 21 febbraio 2013, ProRail BV c. Xpedys NV e altri, causa C-332/11, ECLI:EU:C:2013:87**

*L'assunzione di prove disciplinata dal regolamento (CE) n. 1206/2001 non deve generare un aumento della durata dei procedimenti nazionali.*

*Il regolamento è infatti vincolante, per gli Stati membri che ne siano destinatari, al fine di rimuovere gli ostacoli che possono presentarsi nel settore.*

*Esso non limita, ma rafforza, le possibilità di assunzione delle*

*prove situate in altri Stati membri, favorendo la cooperazione tra le autorità giudiziarie. Di conseguenza, quando emerga l'esigenza di effettuare una perizia in un altro Stato membro, l'autorità giudiziaria non è obbligata a procedere attraverso gli schemi di assunzione delle prove previsti dal regolamento se, alla luce delle circostanze del caso, per essa si riveli più semplice, efficiente e rapido procedere con altri strumenti.*

**E. Corte Giust., 9 settembre 2021, «Toplofikatsia Sofia»  
EAD e altri, cause riunite C-208/20 e C-256/20, ECLI:  
EU:C:2021:719**

*Il regolamento (CE) n. 1206/2001 è applicabile in materia civile o commerciale allorché, conformemente al proprio diritto nazionale, l'autorità giudiziaria di uno Stato membro chiede all'autorità giudiziaria di un altro Stato membro di procedere all'assunzione delle prove.*

*La ricerca dell'indirizzo di una persona alla quale notificare una decisione giudiziaria non costituisce un atto di assunzione delle prove riconducibile al regolamento.*

*Di conseguenza, è estranea ad esso anche la domanda del giudice di uno Stato membro diretta a conoscere, in un altro Stato membro, il domicilio di una persona alla quale deve essere notificata una decisione giudiziaria.*

## Bibliografia

- BERTOLI P., *Virtual Currencies and Private International Law*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2018, p. 581 ss.
- BERTRAND P., *Qu'est devenue la jurisprudence ProRail de la CJUE en matière d'expertise judiciaire transfrontalière?*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2017, p. 241 ss.
- BESSO C., *Taking Evidence Abroad: From 1970 Hague Convention to the 2001 European Regulation*, in NUYTS A., WATTÉ N. (a cura di), *International Civil Litigation in Europe and Relations with Third States*, Bruylant, 2005, p. 365 ss.
- BESSO C., *L'assunzione preventiva della prova sganciata dal periculum in mora non è – secondo la Corte europea di giustizia – un procedimento provvisorio o cautelare*, in *Corriere giuridico*, 2006, p. 76 ss.
- BESSO C., *Il Reg. (CE) n. 1206/2001 non è, ad avviso della Corte di Giustizia, uno strumento esclusivo*, in *Giurisprudenza italiana*, 2013, p. 1139 ss.
- BIAVATI P., *Problemi aperti in materia di assunzione delle prove civili in Europa*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2005, p. 425 ss.
- BIAVATI P., *Il diritto delle prove nel quadro normativo dell'Unione europea*, ivi, p. 2006, p. 483 ss.
- BONATTI R., *Il regolamento CE n. 1206 del 2001 sulla cooperazione giudiziaria nell'assunzione delle prove civili*, in BIAVATI P., LUPOI M.A. (a cura di), *Regole europee e giustizia civile<sup>2</sup>*, Bononia University Press, 2013, p. 155 ss.

- BRUNO P., *E-Justice. La giustizia elettronica nell'Unione europea*, Key, 2017.
- CAMPEIS G., DE PAULI A., *Rogatorie attive e passive nella nuova disciplina del diritto internazionale privato e processuale (L. 31.5.1995, n. 218)*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1998, p. 168 ss.
- CAMPEIS G., DE PAULI A., *Le regole europee ed internazionali del processo civile italiano*, CEDAM, 2009.
- CARBONE S.M., TUO C.E., *Il nuovo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale*<sup>7</sup>, Giappichelli, 2016.
- CUNIBERTI G., *L'expertise judiciaire en droit judiciaire européen*, in *Revue critique de droit international privé*, 2015, p. 520 ss.
- FRANCHI G., *Sull'assunzione diretta di prove all'estero*, in *Rivista di diritto processuale*, 1965, p. 590 ss.
- FRANZINA P., *La cooperazione fra gli Stati membri della Comunità europea nel settore della assunzione delle prove in materia civile e commerciale*, in BONOMI A. (a cura di), *Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile*, Giappichelli, 2009, p. 261 ss.
- FRANZINA P., *I costi del processo nello spazio giudiziario europeo: considerazioni alla luce della sentenza Weryński*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2011, p. 675 ss.
- FRIGO M., FUMAGALLI L., *L'assistenza giudiziaria internazionale in materia civile*, CEDAM, 2003.
- FUMAGALLI L., *Conflitti tra giurisdizioni nell'assunzione di prove civili all'estero*, CEDAM, 1990, p. 197 ss.
- FUMAGALLI L., *La nuova disciplina comunitaria dell'assunzione delle prove all'estero in materia civile*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2002, p. 327 ss.
- FUMAGALLI L., *La disciplina comunitaria dell'assunzione delle prove all'estero in materia civile e commerciale: il regolamento (CE) n. 1206/2001*, in CARBONE S.M., FRIGO M., FUMAGALLI L., *Diritto processuale civile e commerciale comunitario*, Giuffrè, 2004, p. 159 ss.
- FUMAGALLI L., *Il caso «tedesco»: un rinvio pregiudiziale relativo*

- al regolamento n. 1206/2001*, in VENTURINI G., BARIATTI S. (a cura di), *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato. Liber Fausto Pocar*, Giuffrè, 2009, p. 391 ss.
- GIOIA G., *Cooperazione fra autorità giudiziarie degli Stati CE nell'assunzione delle prove in materia civile e commerciale*, in *Nuove leggi civili commentate (Le)*, 2001, p. 1159 ss.
- GIUSSANI A., *L'esibizione di documenti situati nello spazio giuridico europeo*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2002, p. 867 ss.
- HERRERA PETRUS C., *La obtención internacional de pruebas. Asistencia jurisdiccional en Europa*, Publicaciones del Real Colegio de España, 2005.
- LEANDRO A., *Articolo 18 – Onere della prova*, in SALERNO F., FRANZINA P. (a cura di), *Regolamento CE n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali («Roma I») – Commentario*, in *Nuove leggi civili commentate (Le)*, 2009, p. 886 ss.
- LEANDRO A., *Prime osservazioni sul regolamento (UE) n. 1215/2012 («Bruxelles I bis»)*, in *Il giusto processo civile*, 2013, p. 583 ss.
- LEANDRO A., *L'equo processo nel diritto processuale civile internazionale europeo*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2016, p. 22 ss.
- MICHELI G.A., *La cooperazione internazionale in materia di procedura civile*, in *Rivista di diritto processuale*, 1962, p. 570 ss.
- MORELLI G., *Diritto processuale civile internazionale*<sup>2</sup>, CEDAM, 1954.
- MORVIDUCCI C., voce *Prova (Diritto internazionale privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVII, Giuffrè, 1988, p. 695 ss.
- POCAR F., *L'assistenza giudiziaria in materia civile*, CEDAM, 1967, p. 139 ss.
- POCAR F., voce *Prova (diritto internazionale privato e processuale)*, in *Novissimo Digesto italiano*, appendice, VI, Utet, 1986, p. 92 ss.
- RICHARD V., *La refonte du règlement sur l'obtention des preuves*

- en matière civile*, in *Revue critique de droit international privé*, 2021, p. 67 ss.
- SALERNO F., *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel Regolamento (UE) n. 1215/2012 (rifusione)*<sup>4</sup>, CEDAM, 2015.
- SARAVALLE A., *La Convenzione dell'Aja sull'assunzione di prove all'estero*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1987, p. 481 ss.
- TROCKER N., *Note sul Regolamento n. 1206/2001 relativo alla assunzione delle prove in materia civile e commerciale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2003, p. 670 ss.
- TROCKER N., *Giusto processo e cooperazione giudiziaria europea nell'assunzione delle prove in materia civile*, in *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, Giuffrè, 2005, p. 630 ss.
- TROCKER N., *Il regolamento (CE) n. 1206/2001 del Consiglio, del 28 maggio 2001, relativo alla cooperazione fra le autorità giudiziarie degli Stati membri nel settore dell'assunzione delle prove in materia civile e commerciale*, in TARUFFO M., VARANO V., *Manuale di diritto processuale civile europeo*, Giappichelli, 2011, p. 285 ss.
- UBERTAZZI B., *Il regolamento comunitario sulle prove e la descrizione della contraffazione*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2008, p. 689 ss.
- VILLAMARÍN LÓPEZ, *La obtención de pruebas en el proceso civil en Europa*, Colex, 2005.





Finito di stampare nel mese di novembre 2021  
nella Stampatre s.r.l. di Torino  
Via Bologna, 220

