

IL DIRITTO DEGLI AFFARI

Anno IX Fasc. 3 – 2019

BEATRICE FICCARELLI

I POTERI DEL GIUDICE DI ACCERTAMENTO E DI
INDAGINE SUI REDDITI NEI PROCEDIMENTI FAMILIARI
ED I LIMITI IMPOSTI DALL'ORDINAMENTO:
IL PROBLEMA DELL'ESIBIZIONE DOCUMENTALE

Estratto

ISSN 2281-4531

DIRETTORE RESPONSABILE

Bruno Inzitari

COMITATO SCIENTIFICO

Enrico Al Mureden, Paola Bilancia, Vincenzo Franceschelli, Francesco Antonio Genovese, Alessio Lanzi, Raffaella Lanzillo, Daniela Memmo, Gabriele Racugno, Carlo Rimini, Laura Salvaneschi, Giuseppe Sbisà, Maria Cristina Vanz

RESPONSABILE DI REDAZIONE

Martino Zulberti

COMITATO DI REDAZIONE

Érico Andrade, Laura Baccaglini, Francesca Benatti, Maria Novella Bugetti, Elena Depetris, Vittorio De Sensi, Beatrice Ficarelli, Alessio Filippo Di Girolamo, Mariangela Ferrari, Elena Gabellini, Albert Henke, Michela Bailo Leucari, Elena Marinucci, Flavia Marisi, Rita Maruffi, Leonardo Netto Parentoni, Giacomo Pirotta, Stefano Pellegatta, Valentina Piccinini, Vincenzo Ruggiero, Alberto Villa, Michelle Vanzetti, Diego Volpino, Martino Zulberti

COMITATO PER LA VALUTAZIONE SCIENTIFICA

Laura Baccaglini, Francesca Benatti, Federico Ferraris, Giusella Finocchiaro, Lucio Imberti, Giovanni Meruzzi, Raffaella Muroi, Giacomo Pongelli, Chiara Tenella Sillani, Emilio Tosi, Michelle Vanzetti, Giovanna Visintini

SEGRETERIA DI REDAZIONE

Livia Marcinkiewicz

PROCEDURA DI REFERAGGIO

I contributi pubblicati nella Rivista sono sottoposti ad un giudizio di idoneità alla pubblicazione da parte di due membri del Comitato per la Valutazione Scientifica.

I contributi sono sottoposti in forma anonima al revisore, il quale entro quindici giorni comunica se il contributo è meritevole di pubblicazione, non meritevole di pubblicazione o se è meritevole subordinatamente a modifiche. Nel primo caso il revisore non esprime alcuna motivazione, nel secondo fornisce le ragioni ostative alla pubblicazione, nel terzo indica le modifiche che ritiene necessarie affinché il contributo possa essere pubblicato.

In caso di parere negativo dei Revisori il contributo non verrà pubblicato.

I POTERI DEL GIUDICE DI ACCERTAMENTO E DI INDAGINE SUI
REDDITI NEI PROCEDIMENTI FAMILIARI ED I LIMITI IMPOSTI
DALL'ORDINAMENTO:
IL PROBLEMA DELL'ESIBIZIONE DOCUMENTALE

BEATRICE FICCARELLI
*Professore associato
nell'Università di Siena*

SOMMARIO: 1. Posizione del problema. – 2. La questione della disponibilità d'ufficio dell'esibizione documentale: profili generali e riferimenti legislativi. – 2.1. (*Segue*) L'art. 5, comma 9, l. div. – 2.2. (*Segue*) L'art. 337-ter, comma 2 e 6 c.c. e l'art. 337-octies c.c. – 3. Le ragioni di un'opzione: gli argomenti a sostegno dei poteri officiosi del giudice. – 4. Riflessioni conclusive sulla disponibilità d'ufficio dell'esibizione documentale.

1. – La prassi di alcuni tribunali di disporre d'ufficio la produzione di documenti nei procedimenti di separazione e di divorzio anche *sub specie* di ordine di esibizione *ex art. 210 c.p.c.*; riapre ciclicamente il delicato e controverso tema dei poteri officiosi del giudice nei procedimenti familiari in ordine all'accertamento dei redditi dei coniugi o dei genitori di figli non matrimoniali per fini di mantenimento, ma non solo.

Si tratta di un profilo peculiare di tali procedimenti che si giustifica in base ad una più accentuata aspirazione degli stessi di addivenire, per quanto possibile, ad un accertamento pieno dei fatti, o alla ricerca della cd. verità materiale; ciò in virtù dei particolari diritti che con tali procedimenti si intendono tutelare. Questo non significa che al raggiungimento dello stesso obiettivo non si diriga anche il processo che si svolge secondo il rito ordinario ma solo che, in certe materie come quella che ci occupa, quell'esigenza è più avvertita poiché i diritti che ivi si fanno valere presentano in gran parte carattere indisponibile.

¹ Così Trib. Pistoia, ord. 20 aprile 2018, in questa *Rivista*, 2019, 286. In altri casi si rafforza, invece, il contenuto del decreto presidenziale di fissazione dell'udienza con un prestabilito ordine alle parti di specifica produzione documentale, ovvero di autodichiarazioni certificate e sostitutive di atto di notorietà, indicative di tutte le fonti di redditi e tipologie di beni, *assets* e attività alle stesse riconducibili, ciò anche nella fase che si svolge innanzi al giudice istruttore alla prima udienza di comparizione e trattazione. V. ancora Trib. Pistoia, ord. 27 febbraio 2019, inedita. Infine, è talvolta imposta, nel corso dell'udienza presidenziale, un'esplicita *disclosure* anche con potenziali conseguenze in caso di mancata, reticente, parziale o non veritiera dichiarazione ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.c. Di tali prassi dà ampiamente conto DANOVÌ, *Processo di separazione e divorzio e tecniche di difesa*, in *Fam. dir.*, 2019, 954 s.

Conferma ne è, in questi procedimenti, l'intervento obbligatorio, a pena di nullità rilevabile d'ufficio, del pubblico ministero ai sensi dell'art. 70 c.p.c. Tale intervento è obbligatorio anche nei procedimenti di separazione delle coppie non matrimoniali ex art. 38 disp. att. c.c. e 70, n. 3 c.p.c. Con la conseguenza che la mancata comunicazione del processo al pubblico ministero produce nullità insanabile del procedimento ai sensi dell'art. 158 c.p.c., trattandosi di un vizio relativo alla costituzione del giudice.

Dalla specialità dei giudizi contenziosi separativi e di divorzio, si fa così derivare la devianza di molte norme dal loro percorso ordinario o, addirittura, di principi che regolano istituti processuali.

Secondo i più recenti approdi della Corte di cassazione in materia², il giudice della crisi familiare può arrivare ad assumere provvedimenti diversi, e finanche contrari, rispetto a quelli richiesti dalle parti quando si tratti di assumere non solo i provvedimenti di carattere personale, inerenti all'affidamento, al collocamento o alle modalità di frequentazione dei figli minori, ma più in generale tutte le misure atte a disciplinare l'educazione, l'istruzione ed il mantenimento degli stessi. E l'utilizzo di poteri officiosi è, in questo ambito generale, privo di vincoli temporali o sistematici e si sviluppa in ogni contesto processuale che veda in discussione i diritti esistenziali del minore, indipendentemente dalla natura decisoria o soltanto istruttoria del provvedimento e dal suo grado di stabilità, valendo identicamente per provvedimenti definitivi ovvero provvisori.

Ciò ha condotto perfino ad affermare che, quantomeno con riferimento ai provvedimenti relativi alla prole minorenni, è consentito il superamento del principio della domanda che andrebbe incontro ad una sorta di "sterilizzazione"³ e, di conseguenza, del principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato di cui all'art. 112 c.p.c.

² V. ad es. Cass. 24 agosto 2018, n. 21178, in *Fam. dir.*, 2019, 472 ss., con nota di POLISENO, *Poteri del giudice, relazioni investigative e tutela della prole* e Cass. 30 dicembre 2011, n. 30196, *ivi*, 2013, 174 ss., con nota di SERRA, *Diritto al mantenimento dei figli maggiorenni non autosufficienti e poteri officiosi del giudice*. La tutela degli interessi della prole è sottratta all'iniziativa e alla disponibilità delle parti ed il giudice ha sempre il potere di adottare d'ufficio, in ogni stato e grado del processo di merito, tutti i provvedimenti necessari per la migliore protezione dei figli e di esercitare, in deroga alle regole generali sull'onere della prova, i poteri istruttori officiosi necessari alla conoscenza della condizione economica e reddituale delle parti.

³ "In virtù di un procedimento istruttorio sorretto dal principio inquisitorio ne deriva che non sono configurabili delle preclusioni istruttorie a carico delle parti che potranno invocare in qualunque momento il suddetto potere officioso del giudice per chiedere l'ammissione di qualsiasi mezzo istruttorio". Così GRAZIOSI, *Una buona novella di fine legislatura: tutti i "figli" hanno eguali diritti, dinanzi al tribunale ordinario*, in *Fam. dir.*, 2013, 272.

⁴ V. DANOVI, *Processo di separazione e divorzio e tecniche di difesa*, cit., 950 spec. nota 17.

⁵ V. GRAZIOSI, *Una buona novella di fine legislatura: tutti i "figli" hanno eguali diritti, dinanzi al tribunale ordinario*, cit., 272.

Facendo leva sull'art. 337-ter c.c. secondo cui "il giudice adotta i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa", il giudice si svincolerebbe, così, dalle allegazioni delle parti dovendo adottare la decisione ritenuta più opportuna nell'interesse dei figli, con ampia discrezionalità nella determinazione del contenuto del provvedimento. Il *thema decidendum* viene pertanto interamente ricalcato sui provvedimenti nell'interesse dei figli minori.

Ma, di recente, l'ampliamento dei poteri officiosi del giudice è stato valorizzato sul versante istruttorio dalle Sezioni Unite della Cassazione anche in relazione all'assegno di divorzio nella celeberrima pronuncia del 10 luglio 2018, n. 18287⁶.

Di talché, sulla scorta dell'art. 5, comma 9, l. div. – la cui applicabilità è stata estesa anche al giudizio di separazione⁷ – secondo cui i coniugi debbono presentare all'udienza di comparizione la dichiarazione personale dei redditi e ogni documentazione relativa al loro patrimonio personale e comune, e che, in caso di contestazione, il tribunale dispone indagini sui redditi, sui patrimoni e sull'effettivo tenore di vita, valendosi, se del caso, anche della polizia tributaria, per consentire anche in *limine litis* quella completezza di dati che viene riconosciuta come fondamentale –, alcune prassi giudiziarie hanno introdotto specifiche modalità definite di *disclosure* in capo alle parti. Per far ciò taluni tribunali rafforzano il contenuto del decreto presidenziale di fissazione dell'udienza con un ordine di produzione documentale oppure di autodichiarazioni certificate e sostitutive di notorietà indicative di tutte le fonti di redditi e tipologie di beni mentre altre volte si opera nello stesso modo ma durante lo svolgimento della prima udienza di comparizione innanzi al giudice istruttore; con ciò imponendo anche qui una *disclosure* corredata di potenziali conseguenze in caso di mancata, reticente, parziale o non veritiera dichiarazione (ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.c.) e/o ai fini delle spese giudiziali.

È così che i poteri officiosi – se non a questo punto inquisitori – del giudice della famiglia si ritengono coniugabili con il principio dispositivo in tema di prove giacché tale ampiezza di poteri viene necessariamente temperata, da un lato, dalla necessità di instaurazione del contraddittorio anche nell'ambito dell'esame delle risultanze istruttorie e, dall'altro, dal

⁶ Vedila ampiamente commentata nel volume unico 11/2018 *Fam. dir.*

⁷ Ciò "stante l'identità di ratio riconducibile alla funzione eminentemente assistenziale dell'assegno di mantenimento". V. Cass. 17 giugno 2009, n. 14081, in *Fam. dir.*, 2010, 373, con nota di COSTANTINO, *Accertamento dei redditi dei coniugi e poteri officiosi del giudice della separazione*.

⁸ V. ad es. Trib. Pistoia 20 aprile 2018, cit.

⁹ Su tali prassi v. DANOVI, *Processo di separazione e divorzio e tecniche di difesa*, cit., 954, testo e nota 29.

riconoscimento del diritto delle parti di formulare esse stesse istanze istruttorie. In particolare, le parti devono essere poste nella condizione di partecipare all'assunzione delle prove e di fornire prova contraria producendo documenti o chiedendo l'escussione di persone informate sui fatti.

I poteri di cui si è fino ad ora si è trattato vengono esercitati, per lo più, attraverso l'istituto dell'esibizione documentale che nel sistema processuale trova, come noto, la propria disciplina nell'art. 210 c.p.c.¹⁰.

Nell'ambito dei processi in materia familiare, infatti, spesso un documento che può rivelarsi cruciale per la prova di un fatto controverso allegato dalle parti – fatto solitamente riguardante i redditi effettivi della parte richiesta di contribuire al mantenimento del coniuge o dei figli ma anche talvolta l'addebito della separazione-, si trova in possesso non già della parte che tali fatti debba provare, bensì della controparte o di un terzo estraneo al giudizio.

L'esempio tipico è rappresentato dagli estratti di conti correnti, carte di credito, depositi, titoli, polizze ecc. della controparte, anche cointestati con terzi, dalla cui acquisizione al giudizio in molti casi dipende in gran parte l'esito della causa con riferimento all'entità dei contributi al mantenimento per il coniuge o i figli.

L'obbligo di produzione delle ultime dichiarazioni dei redditi presentate dai coniugi di cui all' art. 706, comma 3 c.p.c. e all'art. 4, comma 6 l. div.¹¹, difatti, non è sufficiente, in molte situazioni, ad acclarare l'effettiva

¹⁰ È ben chiaro che ne esula la consulenza tecnica, cui sovente si ricorre nei processi della famiglia in quanto non tecnicamente mezzo di prova o la richiesta di intervento dei Servizi sociali che ha una funzione non propriamente probatoria.

¹¹ L'art. 706 comma 3, ultima parte, c.p.c. prescrive che "al ricorso e alla memoria difensiva sono allegate le ultime dichiarazioni dei redditi presentate"; analogamente, l'art. 4, comma 6, l. div. stabilisce che "al ricorso e alla prima memoria difensiva sono allegate le ultime dichiarazioni dei redditi rispettivamente presentate". Si tratta dell'unico onere di produzione documentale in *limine litis* al fine di consentire al presidente di emanare con cognizione di causa i provvedimenti temporanei ed urgenti. Così CARNEVALE, *La separazione giudiziale, il divorzio contenzioso e lo scioglimento delle unioni civili*, in *Diritto processuale di famiglia*, a cura di Graziosi, Torino, 2016, 54. Secondo la maggioranza della dottrina ciascuna delle due parti deve presentare le dichiarazioni relative agli ultimi due o tre anni antecedenti l'instaurazione del giudizio. V. CIPRIANI, *Processi di separazione e divorzio*, in *Foro it.*, 2005, V, 141; GRAZIOSI, *Osservazioni sulla riforma dei processi di separazione e di divorzio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2005, 1127; LIUZZI, *Allegazioni delle dichiarazioni dei redditi e poteri istruttori del giudice nel processo di separazione e divorzio alla luce delle leggi nn. 80/2005 e 54/2006*, in *Fam. dir.*, 2006, 225 ss.; SALVANESCHI, *I procedimenti di separazione e di divorzio*, in *Fam. dir.*, 2006, 364 ss. Con la conseguenza che qualora il ricorrente (o il convenuto con la memoria difensiva) produca in giudizio solo l'ultima, il presidente, già con la fissazione dell'udienza presidenziale, oppure all'udienza stessa, potrebbe ordinare il deposito di altra documentazione. Così CIPRIANI, *loc. ult. cit.* Cfr. Trib. Roma, 25 novembre 2011, in *Fam. dir.*, 2012, 386 ss., con nota di BUGETTI, *Tentativi di disclosure (all'italiana) nei processi di separazione e di divorzio*, secondo cui il

situazione patrimoniale della parte gravata dell'obbligo di mantenimento. Come è stato efficacemente chiarito, le dichiarazioni dei redditi, in quanto svolgono una funzione tipicamente *fiscale*, in una controversia relativa a rapporti estranei al sistema tributario non rivestono valore vincolante per il giudice, il quale, nella sua valutazione discrezionale, ben può disattenderle, fondando il suo convincimento su altre risultanze probatorie¹².

Poiché l'istituto esibitorio, come disciplinato dall'art. 210 ss. c.p.c., è il mezzo che consente alla parte la quale non abbia la disponibilità materiale di un documento necessario alla dimostrazione della verità dei fatti allegati che

presidente, nel fissare l'udienza di comparizione può dare un termine ad entrambe le parti non solo per il deposito delle dichiarazioni dei redditi degli ultimi tre anni ma anche per il deposito di una dichiarazione sostitutiva di atto notorio contenente l'indicazione di circostanze inerenti al reddito ed al patrimonio di entrambi i coniugi. In ordine a questa disposizione, la dottrina si chiede quali siano le conseguenze di un mancato, tardivo o comunque irrituale deposito della documentazione fiscale, e dà risposte differenziate. Secondo la dottrina occorre distinguere: se la documentazione serve al Presidente per dare un contenuto ai provvedimenti temporanei e urgenti che deve emettere a favore della prole, è evidente che nessuna omissione, tardività o irrivalenza può pregiudicare l'interesse dei figli, che il presidente deve curare *ex officio*. La soluzione è esattamente l'opposta, quando tali omissioni, tardività o irrivalenza incidono nella sfera giuridica di colui, al quale esse sono imputabili. V. LUISO, *La nuova fase introduttiva del processo di separazione e divorzio*, in *www.judicium.it*. Per la stessa conclusione v. anche BALENA, *Il processo di separazione personale dei coniugi. Il processo di divorzio*, in BALENA - BOVE, *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2006, 400; SALVANESCHI, *I procedimenti di separazione e di divorzio*, cit., 364 ss.; DANOVÌ, *Le nuove norme sui procedimenti di separazione e di divorzio*, in *Le nuove norme processuali e fallimentari*, a cura di Punzi e Ricci, Padova, 2005, cit., 163; GRAZIOSI, *Osservazioni sulla riforma dei processi di separazione e di divorzio*, cit., 1127. In generale, sull'argomento, v. LIUZZI, *Allegazioni delle dichiarazioni dei redditi e poteri istruttori del giudice nel processo di separazione e divorzio alla luce delle leggi nn. 80/2005 e 54/2006*, cit., 225 ss. che, oltre ad aderire all'impostazione sovraesposta dell'ordine anche d'ufficio da parte del Presidente, si sofferma in punto dell'eventuale nullità del ricorso introduttivo quale conseguenza dell'inosservanza della prescrizione, concludendo in senso negativo. Precisa infatti che poiché il ricorso introduttivo del giudizio di divorzio è diretto a conseguire principalmente la pronunzia di scioglimento o di cessazione degli effetti civili, rispetto alla quale le questioni di natura patrimoniale assumono carattere accessorio ed eventuale, dalla omessa produzione della documentazione richiesta non può derivare alcuna inidoneità assoluta del ricorso a conseguire le finalità sue proprie. Lo stesso dicasi per il giudizio di separazione. Ricorda inoltre che la dottrina era sempre stata concorde nel ritenere che nessuna sanzione potesse essere posta a carico dei coniugi ove contravvenissero al disposto di cui all'art. 5, comma 9 l. div., - norma che, *ante* riforma era considerata applicabile anche al giudizio di separazione - "tenuto conto che quello in esame non è un obbligo, come tale sanzionato, ma più propriamente, se si riflette alla funzione che assolve, (...) un onere processuale finalizzato all'accertamento dei fatti rilevanti ai fini della decisione. Dal suo inadempimento, pertanto, derivano solo conseguenze in ordine alla prova induttiva del possesso di redditi da parte dell'inadempiente".

¹² Così, con riguardo ad una fattispecie in tema di determinazione dell'assegno di divorzio, Cass. 19 luglio 2003, n. 9806, in *Arch. civ.*, 2004, 553. In dottrina v. CIPRIANI (e QUADRI), *La nuova legge sul divorzio*, II, Napoli, 1988, 262 che sottolinea la natura non decisiva della norma, al fine della soluzione dei problemi relativi alla determinazione delle possibilità economiche delle parti.

la stessa è chiamata o interessata a provare, di acquisirlo in giudizio ed è di conseguenza preposto a risolvere l'eventualità che il documento stesso non si trovi nel possesso della parte che intenda utilizzarlo come prova¹³, la necessità di far corretta luce sulla sua applicazione in specifici procedimenti quali quelli della famiglia è necessitata dal fatto che le norme che lo disciplinano prevedono una serie di limitazioni che lo renderebbero di per sé insuscettibile di essere disposto d'ufficio dal giudice.

La delicatezza del tema è confermata dal fatto che l'ordine di esibizione è ritenuto espressione, per giurisprudenza consolidata, del potere discrezionale del giudice di merito. E se in qualche sentenza della Corte di Cassazione si ritiene che il mancato esercizio di tale potere, se non sufficientemente motivato, sia sindacabile in sede di legittimità¹⁴ in pronunce più recenti della stessa Suprema Corte si afferma che il mancato esercizio di tale potere, cioè di ordinare l'esibizione, non è sindacabile neppure sotto il profilo del difetto di motivazione¹⁵.

Ciò impone di fare chiarezza sulla natura, significato, confini e conseguenze dell'istituto in parola nella delicata materia nei processi della famiglia in cui può incorsi in "errori" non facilmente rimediabili, in ragione di divergenze interpretative.

2. – Il dato normativo di carattere generale, quello cioè che disciplina l'esibizione documentale come mezzo istruttorio, è rappresentato dal primo comma dell'art. 210 c.p.c. (ordine di esibizione alla parte o al terzo). La norma, com'è noto, stabilisce che "negli stessi limiti entro i quali può essere ordinata a norma dell'art. 118 c.p.c. l'ispezione di cose in possesso di una parte o di un terzo, il giudice istruttore, su istanza di parte può ordinare all'altra parte o a un terzo di esibire in giudizio un documento o altra cosa di cui ritenga necessaria l'acquisizione al processo"; il che significa, da parte del giudice, ritenere che senza quel documento la parte non possa assolvere all'onere della prova che le incombe.

La disciplina legislativa dell'esibizione processuale è completata, inoltre, dall'art. 94 disp. att. c.p.c., rubricato "istanza di esibizione", ai sensi

¹³ Sull'istituto v. per tutti GRAZIOSI, *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, Milano, 2003.

¹⁴ V. Cass. 6 marzo 2003, n. 3290 che si richiama a Cass. 6 marzo 1996, n. 1784 in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, 126, con nota adesiva di CUOMO ULLOA, *Esibizione di documenti rilevanti e difetto di motivazione*, la quale critica la tendenza giurisprudenziale a ritenere talvolta sufficiente una mera motivazione implicita, lasciando così aperto un pericoloso margine di incontrollabilità della decisione dei giudici di merito.

¹⁵ V. Cass. 17 giugno 2009, n. 14081, in *Fam. dir.*, 2010, 373 ss. con nota di COSTANTINO, *Accertamento dei redditi dei coniugi e poteri ufficiosi del giudice della separazione*, cit.

del quale "la istanza di esibizione di un documento o di una cosa in possesso di una parte o di un terzo deve contenere la specifica indicazione del documento o della cosa e, quando è necessario, l'offerta della prova che la parte o il terzo li possiede".

Dal combinato disposto di questi due articoli emergono i seguenti indici normativi che concorrono a delineare la fisionomia dell'istituto: anzitutto, l'"istanza di parte". L'esibizione processuale, è collocata, non a caso, tra i mezzi di prova a disposizione delle parti in base al principio dettato dall'art. 115 c.p.c. e non già, a differenza dell'ispezione – cui peraltro la disciplina esibitoria rimanda –, tra i "Poteri del giudice".

Nella scelta del legislatore vi è evidentemente, oltre all'ossequio dei principi generali – primo fra tutti il "principio dispositivo" che connota il modello processuale cui il nostro ordinamento si è informato e che nel codice di procedura civile trova nel succitato articolo 115 c.p.c. una delle sue principali espressioni –, la considerazione di ordine pragmatico per cui di regola è la parte più che il giudice che è in grado di soddisfare i presupposti a cui è subordinata la possibilità operativa dell'istituto. È la parte, cioè, più che il Giudice, la quale conosce se nella sfera giuridica della controparte o di un terzo vi sia un documento rilevante per la dimostrazione dei fatti dalla medesima allegati.

Dalla lettura e collocazione della normativa generale dell'esibizione processuale si ricaverebbe pertanto, ed anzitutto, l'impossibilità per il giudice di disporre d'ufficio l'esibizione in qualsivoglia tipo di processo considerato, del resto, che il potere istruttorio di ufficio da parte del giudice può essere esercitato solo nei casi tassativamente stabiliti dalla legge, a pena di violare il principio della disponibilità delle prove (dettato dal già ricordato art. 115 c.p.c.).

Come noto, infatti, i casi di attribuzione al giudice civile di poteri ufficiosi in materia probatoria sono limitati sostanzialmente: all'interrogatorio libero delle parti in qualunque stato del processo *ex art.* 117 c.p.c.; al potere di disporre l'ispezione *ex art.* 118 c.p.c. (norma, come la precedente, ricompresa nel titolo dedicato ai "Poteri del giudice"); alla nomina del consulente tecnico (nei limiti in cui la consulenza tecnica sia un mezzo di prova); al giuramento suppletorio e di estimazione; alla prova per testi nelle ipotesi specifiche previste *ex lege*, (per esempio l'audizione dei testi de relato); all'esperimento giudiziale *ex art.* 261 c.p.c.; all'assunzione di sommarie informazioni ai fini di decidere sulla competenza *ex art.* 38 c.p.c.; alla richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione *ex art.* 213 c.p.c., norma di carattere speciale in tema di esibizione con funzione

complementare, non sostitutiva, rispetto all'art. 210 c.p.c.¹⁶; e, sempre in tema di esibizione ma riguardante parimenti una fattispecie particolare, all'ordine all'imprenditore parte in causa dei libri e delle scritture contabili nonché di lettere, telegrammi e fatture *ex art. 2711 c.c.* Queste due ultime ipotesi, pur trattandosi di fattispecie esibitorie, rappresentano tuttavia eccezioni alla regola generale e, non a caso, sono espressamente stabilite *ex lege*.

La limitatezza delle ipotesi di poteri istruttori d'ufficio previsti dal codice di procedura civile non toglie che il legislatore, in certi settori e soprattutto in certi procedimenti, abbia ritenuto opportuno affiancare all'iniziativa della parte un potere di iniziativa del giudice con funzione integrativa od anche correttiva e, di conseguenza, attribuito al giudice civile poteri in materia probatoria. L'esempio tipico è, come noto, rappresentato dal processo del lavoro ove il giudice, in forza dell'art. 421 c.p.c., può disporre d'ufficio, in qualsiasi momento, l'ammissione di ogni mezzo di prova "anche fuori dai limiti stabiliti dal codice civile"¹⁷.

Una considerazione analoga è stata effettuata da parte di certa dottrina e anche dalla giurisprudenza con riferimento ai procedimenti di separazione e divorzio, ricavando il potere per il giudice di disporre *ex officio* l'esibizione di documenti dal dettato di alcune norme che li disciplinano e precisamente gli artt. 5, comma 9 e della legge 898/1970 per il divorzio, e il previgente art. 155-*sexies* del codice civile per il giudizio di separazione ora sostituito, con riferimento ai provvedimenti per i figli minorenni¹⁸ dall'art. 337-*ter* c.c., commi 2 e 6, nonché dall'art. 337-*octies* c.c. in base al quale "prima dell'emanazione, anche in via provvisoria, dei provvedimenti di cui all'art.

¹⁶ Vale a dire che il Giudice, dopo aver disposto l'esibizione di un documento alla p.a. *ex art. 210 c.p.c.* può chiedere *ex art. 213 c.p.c.* alla medesima le informazioni utili per completare o meglio inquadrare circostanze che risultano dal documento stesso. In tema di procedimenti di famiglia è stata per esempio considerata espressione del potere del giudice *ex art. 213 c.p.c.* l'ordinanza con cui si dispone l'indagine del servizio sociale ai fini dei provvedimenti sull'affido dei figli.

¹⁷ Altri esempi di procedimenti in cui al giudice civile vengono attribuiti poteri ufficiosi in materia probatoria sono il processo agrario; quello delle locazioni di immobili urbani; il procedimento di interdizione o inabilitazione; quello per la nomina dell'amministratore di sostegno; i procedimenti cautelari ed in camera di consiglio; il procedimento per la dichiarazione di assenza o di morte presunta; il processo minorile, il processo fallimentare ecc. per i quali si rinvia all'esauriente trattazione di Ernesto Fabiani a margine del suo lavoro sui poteri istruttori del giudice civile nell'ambito di un processo improntato al principio dispositivo. V. FABIANI, *I poteri istruttori del giudice civile*, I, *Contributo al chiarimento del dibattito*, Napoli, 2008, 571-579.

¹⁸ Per i figli maggiorenni il rinvio può essere effettuato alla disposizione di cui all'art. 337-*septies* c.c. sebbene ivi non si tratti di poteri istruttori.

337-ter, il giudice può assumere, ad istanza di parte o d'ufficio, mezzi di prova"⁹⁹.

2.1 – Anzitutto, l'art. 5, comma 9, l. div., dopo aver affermato che i coniugi debbono presentare la dichiarazione personale dei redditi e ogni documentazione relativa al loro patrimonio personale e comune, stabilisce che "in caso di contestazione il tribunale dispone indagini sui redditi, sui patrimoni e sull'effettivo tenore di vita, valendosi, se del caso, anche della polizia tributaria".

È stato invece abrogato dalla riforma sulla filiazione del 2013 per effetto del d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, l'art. 6, comma 9 in cui si sottolineava, di seguito, che "il giudice nell'emanare i provvedimenti relativi all'affidamento dei figli e al contributo per il loro mantenimento, deve tener conto dell'accordo tra le parti e che i provvedimenti possono essere diversi rispetto alle domande delle parti o al loro accordo, ed emessi dopo l'assunzione di

⁹⁹ Sui poteri istruttori d'ufficio nei processi di separazione e divorzio v. riassuntivamente LIUZZI, *Allegazione delle dichiarazioni dei redditi e poteri istruttori del giudice nel processo di separazione e divorzio alla luce delle l. n. 80/2005 e 54/2006*, cit., 225 ss, e LAI, *Polizia tributaria e poteri del giudice della separazione per accertare i redditi dei coniugi*, cit., p. 180 ss. Con specifico riferimento alla 898/1970, v. SALETTI, *Procedimento e sentenza di divorzio*, in BONILINI - CATTANEO (diretto da), 601. V. anche CARNEVALE, *La fase a cognizione piena*, in GRAZIOSI (a cura di), *I processi di separazione e divorzio*, Torino, 2008, p. 95 ss. la quale, riferendosi all'art. 155-sexies c.c., sottolinea come la disposizione ribadisse che nei procedimenti di separazione e divorzio l'attività istruttoria non è solo nella disponibilità delle parti poiché anche il giudice gode di poteri istruttori d'ufficio. Ella sottolinea che la modulazione dei poteri istruttori delle parti e del giudice è diretta conseguenza della natura dei diritti che vengono accertati ed incisi nei procedimenti di cui si tratta: diritti disponibili per quanto riguarda i rapporti economici tra i coniugi, indisponibili per quanto riguarda i rapporti dei primi con i figli, precisando che di tali poteri usufruisce anche il Presidente per l'accertamento sommario dei rapporti tra le parti che si svolge nella fase davanti a lui. V. in tal senso LUISO, *La nuova fase introduttiva del processo di separazione e divorzio*, in *www.judicium.it*. Affermano senza riserve la possibilità per il giudice di disporre d'ufficio mezzi istruttori nei procedimenti di separazione e divorzio anche BUCCISOLDI, *Le nuove riforme del processo civile, Commento alle leggi 14 maggio 2005 n. 80, 28 dicembre 2005, n. 263, 24 febbraio 2006, n. 52 e 8 febbraio 2006, n. 54*, Padova, 2006, 82-83. Circa invece l'esercizio dei poteri istruttori nei processi di modifica delle condizioni di separazione e divorzio v. NASCOSI, *I processi di modifica delle condizioni di separazione e di divorzio*, in GRAZIOSI (a cura di), *I processi di separazione e di divorzio*, cit., 328-329 per il quale il Tribunale può disporre *ex officio* i mezzi di prova che ritiene necessari qualora di controversia sull'affidamento o sul mantenimento della prole. Così anche CARRATTA, *sub art. 706 c.p.c., Forma della domanda*, in CHIARLONI (diretto da), *Le recenti riforme del processo civile, Commentario*, II, Torino, 2007, 1447 ss. il quale precisa che dal momento che le dichiarazioni dei redditi, nell'ambito di controversie relative a rapporti estranei al sistema tributario, non rivestono valore vincolante per il giudice, questi può disattenderle e fondare il proprio convincimento su altre risultanze probatorie. In giurisprudenza v. Cass. 12 giugno 2006, n. 13592, in *Mass. Foro. it.*, 2006; Cass. 14 marzo 2006, n. 5521, *ivi*. Merita poi di essere segnalata Cass. 12 settembre 2005, n. 18116, in *Foro it.*, 2005, I, 3313 ss., che ritiene legittima l'acquisizione d'ufficio in appello della documentazione fiscale non prodotta nel corso del giudizio di primo grado.

mezzi di prova dedotti dalle parti o disposti d'ufficio dal giudice, ivi compresa, quando sia strettamente necessario in considerazione della loro età, l'audizione dei figli minori".

Anche in questa norma, come nella precedente, si faceva riferimento a mezzi di prova disposti d'ufficio dal giudice²⁰, il che aveva consentito a parte della dottrina e della giurisprudenza, concentrate sulla parola "indagine", sulla sua ampiezza, e sul richiamo all' "inquisitorialità", piuttosto che alla "disponibilità della parte", di affermare l'esistenza di un potere del giudice di disporre d'ufficio mezzi istruttori nel processo di divorzio ai fini dell'assegno.

2.2. – Con riferimento ai provvedimenti nei confronti di figli minorenni nell'ambito dei procedimenti sia di separazione che di divorzio (e sulla premessa che in passato per la separazione il riconoscimento di poteri istruttori d'ufficio era stato controverso²¹), il riferimento normativo che consentirebbe oggi apertamente poteri officiosi del giudice in materia istruttoria è stato individuato, dopo l'abrogazione dell'art. 155-*sexies* c.c. per effetto degli interventi riformatori del 2013 sopra richiamati²² dall'art. 337-*ter* c.c. che, nello stabilire in ordine ai provvedimenti riguardo ai figli nell'ambito di tutti i processi separativi di coppie sposate e non, ed anche nei procedimenti di divorzio, stabilisce come il giudice nei suddetti procedimenti (il cui ambito di applicazione è definito dall'art. 337-*bis* c.c.) possa adottare "i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa".

²⁰ Si noti però che prima della riforma del 1987 all'art. 4 della legge 898/1970 si attribuiva espressamente al giudice istruttore il potere di disporre d'ufficio l'assunzione di mezzi istruttori con una previsione cioè di carattere generale che è stata soppressa.

²¹ Prima dell'entrata in vigore dell'art. 155, ultimo comma, c.c. si erano manifestate infatti varie perplessità in ordine alla possibilità di applicare l'art. 5, comma 9, l. div. anche al giudizio di separazione, sulla considerazione che si sarebbe trattato di norma eccezionale, in quanto tale non suscettibile di essere applicata in via analogica. La giurisprudenza aveva già superato positivamente tali perplessità, ammettendo una generale applicazione della norma al processo di separazione. V. Cass. 17 maggio 2005, n. 10344, in *Fam. dir.*, 2006, 179, con nota di LAI, *Polizia tributaria e poteri del giudice della separazione per accertare i redditi dei coniugi*, in *Fam. dir.*, 2006, 180 ss. che analizza il rapporto tra la disciplina processuale del divorzio e della separazione proprio con riferimento al potere istruttorio di indagine sui redditi riconosciuto al tribunale dall'art. 5, comma 9, l. div. La sentenza rifletteva l'opinione maggioritaria in giurisprudenza. V. in tal senso Cass. 21 giugno 2000, n. 8417, in *Giur. it.*, 2001, 21, con nota di BARBIERA.

²² Esso stabiliva che "prima dell'emanazione anche in via provvisoria, dei provvedimenti di cui all'art. 155, il giudice può assumere, ad istanza di parte o d'ufficio, mezzi di prova", a margine della norma dedicata ai "poteri del giudice" nell'ambito del procedimento di separazione.

Chiude il cerchio, con riferimento alle informazioni di carattere economico, il già richiamato art. 337-*octies* c.c. secondo cui, “prima dell’emanazione, anche in via provvisoria, dei provvedimenti di cui all’art. 337-*ter*, il giudice può assumere, ad istanza di parte o d’ufficio, mezzi di prova”.

Com’è evidente, le due norme ribadiscono lo stesso concetto espresso dalla normativa sul divorzio ma con una formula molto più ampia, non richiedendosi né la carenza di prova né il requisito della contestazione che invece la legge sul divorzio medesima richiama.

In più. La modulazione dei poteri istruttori delle parti e del giudice quale diretta conseguenza della natura dei diritti che vengono accertati ed incisi nei procedimenti di cui si tratta, conduce ad affermare che per quanto riguarda i rapporti tra i coniugi i diritti sono disponibili, mentre invece circa i rapporti dei primi con i figli si tratta di diritti sottratti alla disponibilità delle parti.

Si tratta, peraltro, di un postulato che troverebbe applicazione anche nella fase presidenziale, per la valutazione sommaria che in detta fase deve essere fatta ai fini dell’emanazione dei provvedimenti provvisori ed urgenti²¹, giacché la struttura bipartita del processo di separazione e divorzio rende opportuna la deduzione della prova sin dalle sue prime battute.

Sarebbe l’art. 337-*octies* c.c. a confermare *per tabulas* questa interpretazione. E parte della dottrina recente ritiene superfluo ricordare che laddove le norme processuali qualificano una determinata attività come potere del giudice, in realtà tendono sempre a configurare in capo a questi un potere-dovere rientrante tra i generali compiti che istituzionalmente gli appartengono e in tal modo esercitabile. L’esigenza di completezza già nella fase presidenziale trova pertanto riscontro nell’ampliamento dei poteri del giudice²².

3. – L’*iter* argomentativo seguito da parte di dottrina e giurisprudenza per affermare l’esistenza di un potere istruttorio esercitabile d’ufficio in questi procedimenti in forza delle norme ora citate, muove dalla considerazione di fondo per cui tutta la disciplina del procedimento di divorzio e di separazione è pervasa dalla tutela di interessi di natura pubblicistica. Difatti, considerata la natura di soggetti deboli dei figli ma anche del coniuge avente diritto al mantenimento, al momento di determinare l’an e il *quantum* dell’assegno in favore di questi, occorre fare in modo che nel processo, al di là delle capacità o delle possibilità probatorie delle parti, si proceda all’accertamento delle verità reali.

²¹ V. SALVANESCHI, *I procedimenti di separazione e divorzio*, cit., 366.

²² Così DANOVÌ, *Processo di separazione e divorzio e tecniche di difesa*, cit., 953.

In questa ricerca svolge (o dovrebbe svolgere) un ruolo di primo piano l'obbligo di collaborazione dei coniugi che implica il loro dovere di mettere a disposizione dell'ufficio tutti gli elementi di valutazione della loro complessiva situazione economica (art. 5, comma 9, l. div.), ovvero un dovere di verità che, ove disatteso, deve essere valutato come comportamento rilevante per desumerne argomenti di prova e per fondare il convincimento del giudice.

Proprio alla realizzazione di tale scopo sarebbero preposte, del resto, le ricordate norme che dispongono l'obbligo per i coniugi di presentare, all'udienza di comparizione innanzi al Presidente del Tribunale, le ultime dichiarazioni dei redditi²⁶ regola che, ponendo una deroga al principio dell'onere della prova, impone alle parti di concorrere alla formazione della prova stessa.

Si è tenuto a specificare, tuttavia, che tale deroga non inverte l'onere probatorio trasferendo sul soggetto nei cui confronti l'assegno è richiesto l'onere di dimostrare che non ne sussistono i presupposti, ma è piuttosto una deroga alle regole generali sull'onere della prova, il che comporta che le istanze delle parti relative al riconoscimento ed alla determinazione dell'assegno divorzile o del contributo di mantenimento non possono essere respinte sotto il profilo della mancata dimostrazione, da parte dell'istante, degli assunti sui quali le richieste sono basate sottolineandosi, altresì, che questo potere del giudice si sostanzia in un potere di indagine atto non semplicemente ad integrare il materiale (documentale) probatorio obbligatoriamente presentato dalle parti, ma addirittura a verificarne l'attendibilità²⁷.

Non solo. Mentre per quanto attiene il diritto del coniuge all'assegno si è chiarito come occorra, pur sempre, che questi non solo si attivi deducendo e producendo quanto sia nella sua disponibilità, ma contesti in modo serio le risultanze delle acquisizioni probatorie²⁸, qualora si controverta dell'assegno

²⁶ Vale a dire l'art. 4, comma 6 e 5, comma 9 per il processo di divorzio e l'art. 706, comma 3, c.p.c. per il procedimento di separazione su cui v. *supra* nota 11.

²⁷ V. Cass. 8 novembre 1996, n. 9756, in *Fam. dir.*, 1997, 16 e Cass. 3 luglio 1996, n. 6087, in *Fam. dir.*, 1996, 431, con nota di CHIZZINI, *L'onere della prova nella determinazione e revisione dell'assegno divorzile*.

²⁸ Con riferimento all'assegno di mantenimento in favore dei coniugi, infatti, trattandosi di materia affidata alla disponibilità delle parti, l'esercizio dei poteri officiosi del giudice resta subordinato alla contestazione della sufficienza e veridicità della documentazione depositata ai fini del decidere, con l'ulteriore conseguenza che, ove la parte interessata faccia acquiescenza, non contestando le risultanze e la completezza di detta documentazione, è precluso alla medesima di dedurre in sede di impugnazione il mancato uso di tali poteri; ove, invece, nonostante la contestazione, il giudice non ritenga di fare uso di detti poteri, incombe sulla parte l'onere di dedurre in sede di impugnazione l'uso mancato, insistendo per il suo esercizio. V. LIUZZI, *Poteri dell'autorità giudiziaria e indagini tributarie anche a carico di terzi*, nota a Cass. 7 marzo 2006, n. 4872, in *Fam. dir.*, 2006, 593 ss. in cui si rileva che

in favore dei figli, è stato subito assunto che il giudice possa ed anzi debba esercitare il proprio potere officioso anche se i fatti di causa siano pacifici tra le parti²⁸. In questo caso si richiede solo la carenza della documentazione fornita, in linea con l'ampio disposto dell'art. 337-*octies* c.c.

La maggiore ampiezza dei poteri inquisitori, ove si discuta dell'assegno per i figli, si apprezza anche in relazione alla possibilità che siano sottoposti agli accertamenti beni intestati a terzi, simulati acquirenti o intestatari fiduciari, dei beni di uno dei coniugi. Tale norma, tuttavia, può sollevare dubbi di legittimità costituzionale giacché consentirebbe accertamenti nei confronti di soggetti che non sono parti del giudizio e nei cui confronti non è previsto contraddittorio. A questo punto possono soccorrere solo le norme poste a tutela dei terzi coinvolti nel processo quali, per l'esibizione documentale, l'art. 211 c.p.c.²⁹.

Di conseguenza, il giudice, nei procedimenti separativi e di divorzio, non solo ha poteri di direzione del processo ma poteri in materia di trattazione e di istruzione della causa e, a tutela del coniuge debole così come dei figli, può disporre d'ufficio i mezzi di prova che ritenga rilevanti e concludenti, sempre nei limiti dei fatti costitutivi delle pretese e delle eccezioni dedotte dalle parti, quando si controverte sull'assegno per il coniuge³⁰.

ciò era quanto accaduto nel caso portato innanzi alla Corte Suprema, avendo la ricorrente dedotto come motivo di impugnazione la circostanza che, nonostante in ambo i gradi del giudizio di merito, avesse richiesto un accertamento della guardia di finanza e una consulenza tecnica volti a determinare le potenzialità economiche delle parti, detto accertamento era stato rigettato.

²⁸ Così BUTTIGLIONE, *Assegni di mantenimento del coniuge e dei figli. Assegno di divorzio. Poteri istruttori d'ufficio. Istruzioni per l'uso*, in MARIANI-PASSAGNOLI (a cura di), *Diritti e tutele nella crisi familiare*, in *Persona e Mercato*, Padova, 2007, 56 ss. la quale, con riferimento all'assegno per il coniuge debole, richiama la teoria di QUADRI, *La nuova legge sul divorzio, I profili patrimoniali*, Napoli, 1987, 96 ss. ove si sottolinea come l'unica condizione del potere inquisitorio riconosciuto con tanta larghezza al giudice dall'art. 5, comma 9, l. div. deve ritenersi l'esistenza di contestazioni delle risultanze della documentazione prodotta dalla controparte. In questa direzione v. anche GOVERNATORI-MALTAGLIATI-MARLIANI-PILLA, *Come calcolare gli assegni di mantenimento nei casi di separazione e divorzio, Un approccio interdisciplinare tra diritto, statistica ed economia*, in *Teoria e pratica del diritto*, Milano, 2009, 120 ss. *Contra*, v. invece CARNEVALE, *La fase a cognizione piena*, in *I processi di separazione e divorzio*, cit., 95, la quale richiede indispensabile la richiesta.

²⁹ V. sul tema TOMMASEO, *Le nuove norme sull'affidamento condiviso: b) profili processuali*, in *Fam. dir.*, 2006, 396.

³⁰ In questa ipotesi, una volta che la domanda sia stata proposta, che la parte abbia prodotto i documenti che sono in suo possesso ed abbia dedotto e cercato di provare le circostanze di fatto utili a dimostrare che la situazione economico-patrimoniale come prospettata dall'altro coniuge non risponde a verità, scatta il concorrente potere officioso del giudice finalizzato all'accertamento delle reali posizioni economiche di entrambi i coniugi. In altre parole, ogniqualvolta un coniuge contesti i redditi dichiarati dall'altro ovvero le sostanze di cui lo stesso è titolare, adducendo elementi che facciano ritenere la sussistenza di un livello economico

4. – Quando si ponga l'attenzione non già sulla disponibilità d'ufficio di mezzi istruttori in generale bensì specificamente sulla disponibilità officiosa dell'esibizione di documentale, ci pare che la scelta di riconoscere al giudice il potere di disporla d'ufficio nei processi della famiglia, non possa "inquinare" o "distorcere" il fondamento dell'istituto esibitorio che, non per questo motivo, perderebbe la sua connotazione garantistica di consentire l'acquisizione di un documento per fornire la verità di fatti allegati a fondamento delle loro domande o eccezioni per diventare un meccanismo "pubblicistico-inquisitorio". Una ipotesi di questo tipo si verificherebbe, forse, soltanto se le prove ricercate dal giudice non riguardassero fatti già allegati dalle parti, quando cioè venisse a violarsi il "principio di allegazione" di parte quale massimo corollari del principio dispositivo.

superiore a quello apparente e, dunque, sia in discussione la prova degli elementi che assumono rilevanza ai fini del riconoscimento e della determinazione dell'assegno vi è l'obbligo da parte del giudice di fare esercizio dei sopra menzionati poteri di disporre indagini d'ufficio sui redditi; ove invece le prove dedotte e prodotte dalle parti consentano una soddisfacente ricostruzione del fatto da provarsi, il giudice non ha motivo di ricercare nuove prove esercitando i propri poteri officiosi. In giurisprudenza v. Cass. 7 marzo 2006, n. 4872; Cass. 21 maggio 2002, n. 7435, in *Fam. dir.*, 2002, 604, con nota di SPACCAPELO; Cass. 10 agosto 2001, n. 11059, in *Fam. dir.*, 2001, 469, con nota di CARBONE, in cui si specifica che il giudice investito della domanda di divorzio può avvalersi di tutti gli elementi di prova ritualmente acquisiti al processo e può anche ricorrere ad elementi presuntivi e alle nozioni di comune esperienza per l'accertamento delle condizioni economiche delle parti, e non è tenuto ad ammettere o disporre ulteriori mezzi di prova quando le circostanze economiche risultanti dagli atti forniscano elementi sufficienti per la formazione del suo convincimento, convincimento che – sotto tale aspetto – si sottrae a qualsiasi censura nel giudizio di legittimità, se sia logicamente e congruamente motivato. La Cassazione aveva avuto l'opportunità di chiarire tali incertezze relative all'esercizio del potere officioso di indagine attribuito al giudice in una decisione in cui venne sancita, in via analogica, l'applicabilità dell'art. 5, comma 9, l. div., anche al giudizio di separazione. V. Cass. 17 maggio 2005, n. 10344, cit., in cui la Corte ha chiarito l'inesistenza di un obbligo per il giudice di disporre sempre e comunque le indagini officiose sul reddito dei coniugi fatto oggetto di contestazione, dal momento che il legislatore ha lasciato che fosse il magistrato a valutare l'opportunità di esercitare o meno detto potere, sulla base delle allegazioni delle parti a sostegno delle rispettive condizioni economiche. Presupposto necessario ma non sufficiente per applicare la norma è pertanto la contestazione del reddito, che ha l'effetto di attribuire al giudice un potere officioso di indagine da esercitare specialmente quando le deduzioni probatorie delle parti si mostrino insufficienti. Invero, la semplice contestazione non può legittimare, di per sé stessa, il giudice all'esercizio del potere istruttorio d'ufficio, richiedendosi a tal fine che la contestazione sia precisa e fondata su elementi di prova offerti dal giudice che la propone. Ed in proposito si è chiarito che la contestazione si risolve nell'allegazione di fatti secondari (quali ad esempio il possesso di beni costosi o lo svolgimento di attività di elevato livello professionale) dai quali è possibile indurre – con ragionamento inferenziale – il fatto principale costituito dalla capacità reddituale dell'altro coniuge. Di conseguenza se il giudice, a fronte della contestazione "circostanziata" avanzata da un coniuge non ritenga sufficientemente provati i fatti allegati, prima di rigettare la domanda dovrà esercitare il potere di istruzione officiosa e solo ad esito di tale attività potrà, ricorrendone i presupposti, definire il giudizio ai sensi dell'art. 2697 c.c.

Difatti, se con l'iniziativa del giudice non si introducano fatti nuovi nel processo ma vi sia solamente un'iniziativa in ordine alla deduzione del mezzo di prova, il potere del giudice stesso non si attegga in termini inquisitori e non costituisce deroga al principio dispositivo, realizzandone al più una compressione, come accade per tutti i poteri istruttori d'ufficio i quali incidono sulla iniziativa di deduzione del mezzo di prova e non anche sull'iniziativa in ordine all'introduzione in giudizio di fatti se non sull'instaurazione stessa del giudizio³¹.

Con riferimento all'assegno di mantenimento in favore dei figli, tuttavia, sia in dottrina che in giurisprudenza, in virtù di una finalità pubblicistica ritenuta prevalente, viene riconosciuta la possibilità per il giudice di far uso del suo potere anche per riconoscere un contributo che non sia stato richiesto.

Qualora si voglia ammettere senza riserve la possibilità per il giudice della separazione e del divorzio di disporre d'ufficio l'esibizione di documenti, occorrerebbe, allora, senz'altro un intervento mirato e motivato del legislatore di detti procedimenti, tenuto conto della chiarezza con cui afferma la necessità dell'istanza di parte nelle norme chiave dell'esibizione documentale.

³¹ V. in questi termini anche FABIANI, *op. cit.*, 605-606. Del resto, secondo la ricostruzione più accreditata, l'ordine del giudice, non è l'espressione di una potestà autoritativa discrezionale del giudice medesimo, bensì di un suo potere-dovere da esercitare in presenza e nel rispetto degli indefettibili presupposti stabiliti dalla legge.