

LA TESTIMONIANZA DELLA PARTE NEL PROCESSO CIVILE ITALIANO (*)

SOMMARIO: 1. La testimonianza della parte: posizione del problema – 2. *Nullus idoneus testis in re sua intelligitur* – 3. Segue: il superamento del divieto della testimonianza della parte nei paesi di *common law* – 4. Il problema della razionalità del giudizio di fatto. La relazione tra forme del procedimento e funzione della prova – 5. L'utilizzo del sapere delle parti nel processo civile in Italia. Un esempio di gerarchia delle prove – 6. I tentativi di introdurre la testimonianza della parte. Critica. – 7. Conclusione. Il problema dei fatti che possono essere provati solo attraverso la testimonianza della parte.

1. – Il discorso intorno alla testimonianza della parte può riguardare, in prima battuta, l'analisi delle differenze, o delle analogie esistenti tra la dichiarazione resa dalla parte e quella resa dal terzo in giudizio. In quest'ordine di idee, si è tentati di classificare la dichiarazione della parte su fatti rilevanti per la controversia in termini di dichiarazione di volontà (come avviene per il giuramento o la confessione), distinguendola dalla dichiarazione di scienza, tipica del testimone terzo e disinteressato. Suddetta distinzione, tuttavia, è stata criticata, rilevando come la testimonianza sia una narrazione di un fatto conosciuto dal soggetto che rende la dichiarazione nel processo⁽¹⁾; da ciò discende che il ruolo



Dubrovnik

(*) Il presente scritto, il cui titolo originale è *Italian Style for Party Testimony*, è il «canovaccio» di una relazione in lingua inglese che ho esposto durante l'VIII *PPJ Course and Conference* tenutasi in Dubrovnik dal 26 al 31 maggio 2013, il cui tema generale era *Evidence in Civil Procedure Fundamental issues and challenge of reforms*.

(¹) Sulla struttura della dichiarazione testimoniale come narrazione e rappresentazione di fatti, v. CARNELUTTI F., *La prova civile*, Giuffrè, Milano, 1947, p. 94 ss, p. 124 ss.; TARUFFO M., voce *Prova testimoniale*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 730.

processuale del soggetto che rende la dichiarazione non ha alcuna incidenza sulla natura e la struttura della dichiarazione resa⁽²⁾; mentre può averlo, e l'ordinamento italiano ne è un esempio, se alla dichiarazione si riconduce una diversa efficacia in sede di valutazione della fonte di prova.

Superato l'ostacolo dogmatico appena accennato, e ricondotta la dichiarazione della parte tra le dichiarazioni di scienza, al pari delle dichiarazioni testimoniali di soggetti estranei alla controversia, la testimonianza della parte può essere studiata come fonte di prova, cioè come mezzo attraverso il quale il giudice forma il proprio convincimento sui fatti rilevanti per la decisione della controversia.

Questa è la prospettiva moderna nel contesto della quale viene analizzato l'istituto: la testimonianza della parte è uno tra i tanti strumenti attraverso il quale il sapere delle parti viene utilizzato ai fini probatori. Sul punto, l'atteggiamento della dottrina non è univoco, si oscilla tra posizioni più scettiche sull'opportunità di avvalersi del predetto materiale istruttorio, che per natura risulta poco obiettivo, e opinioni più liberali che valorizzano la funzione del processo come mezzo per l'accertamento della verità dei fatti controversi. Vediamone i dettagli.

2. – L'atteggiamento di chiusura verso la testimonianza della parte come fonte di prova viene ricondotto al principio *nullus idoneus testis in re sua intelligitur*⁽³⁾, cui consegue l'inammissibilità della testimonianza sia della parte, sia del terzo avente un interesse ad intervenire nella causa⁽⁴⁾. Al principio debbono essere ricondotte le regole della *disqualification* tipiche della *common law*⁽⁵⁾ e quelle del sistema originario dei *Reproches des témoins* francesi⁽⁶⁾, che consentivano alla parte di dimostrare l'esistenza di un motivo di sospetto del testimone, preoccupandosi di evitare che il giudice che ammetteva la prova, e che avrebbe utilizzato il materiale probatorio così raccolto, potesse conoscerne l'esito prima della decisione sulla *Reproches*.

⁽²⁾ Per l'equivalenza tra la dichiarazione resa dalla parte e del terzo, in Germania, v. ENDEMANN, *Freire Prüfung des Zeugenbeweises*, in *Archiv für die civilistische Praxis* 1859, 258; in Italia, CARNELUTTI F., *La prova civile*, 132 ss., e la dottrina maggioritaria LIEBMAN E.T., *Manuale di diritto processuale civile*, Giuffrè, Milano, 1984, vol. II, p. 160; ANDRIOLI V., voce *Prova testimoniale (diritto processuale civile)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIV, Utet, Torino, 1967, p. 334; DONDI A., voce *Prova testimoniale nel processo civile*, in *Digesto discipline privatistiche, sezione civile*, vol. XVI, Utet, Torino, 1997, p. 43 ss. e costituisce il presupposto della tesi di CAPPELLETTI M. sviluppata in *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Giuffrè, Milano, 1962.

⁽³⁾ V. LESSONA, *Trattato delle prove in materia civile*, vol. IV, Firenze, 1927, 22 ss, n. 12 ss., e G. W. WETZELL, *System des ordentlichen Zivilprozesses*, Leipzig, 1878, rist., Aalen, 1969, 206-208.

⁽⁴⁾ Sull'incapacità del testimone avente un interesse nella causa, cfr. DITTRICH L., *I limiti soggettivi della prova testimoniale*, Giuffrè, Milano 2000 *passim*.

⁽⁵⁾ Per un'analisi storica della regola di *common law* che impediva alla parte di testimoniare, v. J. WIGMORE, *A Treatise on the Anglo-American of Evidence in Trials at Common Law*, 2a ed. 1923, vol. I, § 575; BODANSKY J.N., *The Abolition of the Party-Witness Disqualification: An Historical Survey*, in *Kentucky Law Journal*, 1981-1982, vol. 70, pp. 91-130; ABRAHAM K.S., *The Common Law Prohibition on Party Testimony and the Development of Tort Liability*, in *Virginia Law Review*, 2009, vol. 95, pp. 489-516, spec. 491 ss.

⁽⁶⁾ La disciplina dei *Reproches des témoins* si trova nel titolo XXIII del *Code Louis* (cioè *Ordonnance civile* del 1667), ma queste regole erano già note prima. Cfr., DITTRICH L., *op. cit.*, p. 142 ss.

Nell'attuale codice di procedura civile italiano – che sul punto appare più severo dell'abrogato codice Pisanelli del 1865, che riprendeva le regole francesi del codice del 1806, completando la trasformazione dell'istituto da presupposto di ammissibilità a elemento di valutazione delle prove⁽⁷⁾, ma considerava ancora il principio *nemo testis in causa sua intelligitur* come un principio naturale del processo⁽⁸⁾ – non si trova alcuna regola che esclude che la parte possa rendere una dichiarazione utilizzabile dal giudice come una prova liberamente valutabile (c.d. testimonianza in senso stretto). Tuttavia, nessuno dubita dell'esistenza nel nostro ordinamento di una regola di esclusione della testimonianza della parte, sebbene detto impedimento sia stato oggetto di serie critiche⁽⁹⁾. La norma viene desunta *a contrario* dall'art. 246 c.p.c.: «*Non possono essere assunte come testimoni le persone aventi nella causa un interesse che potrebbe legittimare la loro partecipazione al giudizio*»⁽¹⁰⁾, ma il fatto che non venga nemmeno enunciata nel testo della legge processuale è il sintomo che la regola sia da inserire in un contesto più ampio ed abbia un significato più profondo, che cercheremo, nel seguito dello scritto, di fare emergere.

Diverse sono le ragioni su cui si fonda l'inammissibilità della testimonianza della parte. Tradizionalmente, si è osservato che la dichiarazione testimoniale

⁽⁷⁾ DITTRICH L., *op. cit.*, 163-168, 171 s., ritiene che tale trasformazione sia iniziata con il *Code Napoleon*, che pure manteneva intatto il sistema delle *reproches* del *Code Louis*, attraverso poche modifiche nella legge processuale: l'introduzione della tassatività dei motivi di ricasazione, la scomparsa della *Chambres des enquêtes* e, probabilmente, l'obbligo di motivazione delle sentenze; e sia stata portata a compimento con dall'art. 237 che consentiva alle parti di allegare i motivi per cui riteneva il testimone sospetto, ma il giudice non poteva astenersi dall'assumere la testimonianza, e doveva apprezzarne la genuinità solo in sede di valutazione della prova.

⁽⁸⁾ V. DITTRICH L., *op. cit.*, 188, 191.

⁽⁹⁾ V. LAUDISA L., voce *Prova Testimoniale. Diritto processuale civile*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma: Treccani, 1990, p. 5; TARUFFO M., *Il diritto alla prova nel processo civile*, in *Rivista di diritto processuale*, 1984, p. 74 ss., i quali ritengono che la regola sia contraria al diritto alla prova, ricondotto vuoi all'art. 24 cost., vuoi all'art. 115 c.p.c. come ritiene RICCI E.F., *Il principio dispositivo come problema di diritto vigente*, in *Riv. dir. proc.* 1974, 380 ss. *Contra*, CAVALLONE B., *Crisi delle Maximen e disciplina dell'istruzione probatoria*, in *Id.*, *Il giudice e la prova nel processo civile*, Cedam, Padova, 1991, pp. 289-323; CAVALLONE B., *Oralità e disciplina delle prove nella riforma del processo civile*, *ivi*, pp. 437-498, spec. p. 462 ss. e nota 43.

⁽¹⁰⁾ La norma ha resistito al vaglio di costituzionalità in diverse occasioni: Corte cost. 23 luglio 1974, n. 248; Corte cost., ord. 10 dicembre 1987, n. 494, in *Giur. Cost.*, 1987, I, 3, 3297 ss.; Corte cost., 24 febbraio 1995, n. 62, in *Giur. Cost.*, 1995, I, 530 ss.; Corte cost., 18 marzo 1997, n. 75, in *Giur. Cost.*, 1997, I, p. 384.

Ciò non è accaduto per l'art. 247 c.p.c. che vietava la testimonianza di parenti ed affini abrogato da Corte cost. 23 luglio 1974, n. 248, (v. CAPPELLETTI M., *La sentenza del bastone e della carota. A proposito della dichiarazione di costituzionalità-incostituzionalità degli artt. 246-247 c.p.c.*, in *Giur. Cost.*, 1974, p. 3586 ss.; SALETTI A., *La dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 247 c.p.c.: prospettive e problemi*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, 99 e segg; più in generale, COMOGGIO L.P., *Incapacità e divieti di testimonianza nella prospettiva costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, p. 41 ss.) e di quella contenuta nell'art. 248 c.p.c., abrogata da Corte Cost. 21 marzo 1975, n. 139, in *Foro it.*, 1975, I, 2933 ss. concernente i limiti di audizione di minori degli anni quattordici. Per una critica alla dottrina prevalente, che ha aderito alle pronunce di incostituzionalità e criticato quelle di rigetto, v. DITTRICH L., *op. cit.*, p. 105 ss.

della parte costituisce solo un duplicato dell'atto introduttivo⁽¹¹⁾; e si è osservato, che l'interesse del testimone, ed a maggior ragione della parte, nella causa non aiuta il giudice del fatto a distinguere tra una dichiarazione vera ed una falsa⁽¹²⁾ e, comunque, è finalizzata ad impedire preventivamente la falsa testimonianza⁽¹³⁾. Atteggiamento che, in ultima analisi, è stato ricondotto allo sfavore con cui veniva vista la prova testimoniale, rispetto a quella documentale⁽¹⁴⁾.

Più recentemente, all'esito di una approfondita analisi sui limiti soggettivi della testimonianza nell'ordinamento italiano, si è evidenziato come la regola che proibisce alla parte di rendere testimonianza, coordinato con la previsione

⁽¹¹⁾ MERLIN P.A., *Dizionario universale ossia Repertorio ragionato di giurisprudenza e questioni di diritto* (traduzione italiana di F. Carillo), vol. XIV, Antonelli, Venezia, 1842, p. 666.

⁽¹²⁾ V. J. WIGMORE, *A Treatise on the Anglo-American of Evidence in Trials at Common Law*, II ed. 1923, vol. I, §§ 576 ss.; GREENLEAF S., *A Treatise on the Law of Evidence*, vol. I, 1860, § 326, p. 469; JAMES BRADLEY THAYER, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, Boston: Little, Brown, 1898, p. 2 e per un esame delle tesi che individuano la *ratio* delle regole probatorie nel *jury-control*, v. DUFRAMONT L., *Evidence Law and the Jury: A Reassessment*, in *McGill Law Journal*, 2008, vol. 53, pp. 199-242, spec. p. 221 ss. che discute, altresì, a p. 227 ss., il c.d. «Competence problem» dei giurati.

In Italia, CAPPELLETTI M., *op. cit.*, vol. I, p. 223, ritiene che la nostra regola di esclusione ha un fondamento logico e razionale, ma anche morale, mentre la maggior parte della dottrina sottolinea l'inaffidabilità di tali testimoni: COMOGGIO, *Incapacità e divieti di testimonianza nella prospettiva costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, p. 41 ss., spec. p. 42; REDENTI, *op. cit.*, p. 69 ss.; LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1974, p. 134 ss.; ROCCO, *Trattato di diritto processuale civile*, Torino, 1957, III, p. 124 ss.; SCARDACCIONE, *Le prove*, Torino, 1971, p. 225 ss.

⁽¹³⁾ GILBERT J., *The law of evidence*, London: Henry Lintot, 1756, p. 122; LANGBEIN J.H., *Historical Foundations of the Law of Evidence: A View from the Ryder Sources*, in *Columbia Law Review*, 1996, vol. 96, p. 1184; FISHER G., *The Jury's Rise as Lie Detector*, in *Yale Law Journal*, 1997-1998, vol. 107, pp. 575-713, spec. 624 ss.; IMWINKELRIED E.J., *The Worst Evidence Principle: The Best Hypothesis as to the Logical Structure of Evidence Law*, in *University of Miami Law Review*, 1992, vol. 46, p. 1069-1099, spec. 1081.

⁽¹⁴⁾ See CAPPELLETTI M., *op. cit.*, vol. I, 132-138, 235. Più dubbia è la ricostruzione che tradizionalmente viene fornita dei rapporti tra prova testimoniale e prova documentale, nel senso della maggiore efficacia probatoria dell'una o dell'altra, e semplificata nell'alternanza tra il principio *témoins passent lettres*, di cui alla decretale *Cum Iohannes Eremita* di Innocenzo III del 1206-1209, e l'opposto *lettres passent témoins*, della successiva *Ordonnance de Moulins* di Enrico III del 1566 (poi ripresa dal *Code Louis* nel 1667). Si è evidenziato, infatti, che i due principi non possono considerarsi in rapporto di opposizione, ma di diversità (ANDRIOLI V., *op. cit.*, p. 329); e che dalla loro formulazione non è possibile desumere alcun giudizio di valore (TARUFFO M., voce *Prova testimoniale*, cit., 741 ss.). La decretale del 1206-1209, infatti, a differenza dell'*Ordonnance* del 1566 riguarda tutti i testimoni, non solo quelli strumentali, quelli cioè che avevano partecipato all'atto (LEVY P.H., *Le problème de la preuve dans les droits savants du Moyen Age*, in *AA.VV., Recueils de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, vol. XVII *La preuve. Moyen age et temps modernes*, Éditions de la librairie encyclopédique, Bruxelles 1965, pp. 137-167, spec. 154 ss.; LEVY P.H., *La hiérarchie des preuves dans le droit savant du Moyen Age depuis la renaissance du droit romain jusqu'à la fin du 14^e siècle*, Librairie du Recueil Sirey, Paris 1939, p. 84 ss.; LEVY-BRUHL H., *La preuve judiciaire*, Librairie Marcel Rivière, Paris 1964, p. 121 et seq.). Ne consegue che le ragioni della scelta in favore dell'una o dell'altra prova, debbono essere ricondotte a ragioni proprie della sola prova documentale, meno affidabile in epoca medievale, rispetto alla maggiore sicurezza delle epoche successive (VILLERS R., *Les preuves dans l'ancien droit français du XVI au XVIII siècles*, in *Recueils*, cit., pp. 345-356, spec. 349 ss.; LEVY J.P., *The evolution of written proof*, in *American University Law Reviews*, 1963-1964, vol. 13, p. 133-153; GILISSEN J., *La preuve en europe du XVI au debut du XIX siècle*, in *Recueils*, cit., pp. 757-833, spec. p. 820.

di una gerarchia che attribuisce alle dichiarazioni testimoniali una diversa efficacia probatoria, può svolgere una funzione di «razionalizzazione», evitando che i soggetti che partecipano al processo siano chiamati a svolgere contemporaneamente dei ruoli sovrapponibili⁽¹⁵⁾.

3. – L'opposto punto di vista, più liberale e favorevole alla testimonianza della parte, trae origine dagli scritti di Bentham⁽¹⁶⁾, ed alla più generale tendenza volta ad abolire le regole di ammissibilità delle prove rilevanti, in favore della più ampia libertà nella valutazione delle prove⁽¹⁷⁾. Si è rilevato che in alcune controversie la testimonianza della parte costituisce, il più delle volte, l'unica fonte di prova⁽¹⁸⁾: se non si ammettesse l'utilizzo del sapere della parte ai fini della prova del fatto ne conseguirebbe l'impossibilità di fornire la prova dello stesso⁽¹⁹⁾. In generale, si è osservato che le parti sono i soggetti che più conoscono i fatti della causa e, pertanto, la loro inammissibilità comporterebbe una minor qualità dell'accertamento dei fatti; portando l'argomentazione alle più estreme conseguenze, si è detto che la testimonianza della parte deve essere parificata a quella del terzo⁽²⁰⁾ come strumento necessario per raggiungere la verità materiale dei fatti di causa e, quindi, al solo processo che possa considerarsi giusto⁽²¹⁾.

Sotto altro aspetto, la tesi che individua nelle caratteristiche tipiche del processo *adversary* la ragione delle *rule of evidence*⁽²²⁾, porta a ritenere che l'abo-

⁽¹⁵⁾ DITTRICH L., *op. cit.*, 235 s. e SATTA S., *Commentario al codice di procedura civile*, II, p. 260. Cfr., altresì, GIULIANI A., voce *Prova in generale (filosofia del diritto)*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano 1988, p. 518 ss., spec. 525; GIULIANI A., *Ordine isonomico ed ordine asimmetrico. «Nuova retorica» e teoria del processo*, in *Sociologia del dir.*, 1986, p. 81 ss., e CAVALLONE B., *Alessandro Giuliani processualista (Ordine isonomico, ordine asimmetrico, principio dispositivo, principio inquisitorio)*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, pp. 107-120.

⁽¹⁶⁾ BENTHAM J., *Rationale of judicial evidence*, John S. Mill ed., London: Hunt and Clarke, 1827, e la sintesi in lingua francese *Traité des Preuves Judiciaires, ouvrage extrait des manuscrits de m. Jérémie Bentham, jurisconsulte anglais, par Ét. Dumont*, Bossange frères, libraires-éditeurs, Paris 1823. Il pensiero di Bentham sul punto è sintetizzato nel vol. V, p. 490: «*evidence is the basis of justice: to exclude evidence is to exclude justice*».

⁽¹⁷⁾ In Italia, sul punto, anche per ulteriori citazioni, v. TARUFFO M., *La semplice verità*, cit., chapter 4, spec. p. 144 ss. e in senso critico CAVALLONE B., *In difesa della Veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, pp. 1-26; ID., *Riflessioni sulla cultura della prova*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2008, p. 947-983, spec. p. 963 ss.

⁽¹⁸⁾ V. ABRAHAM K.S., *op. cit.*, p. 10 ss., che studia il rapporto tra divieto della testimonianza della parte e la responsabilità civile.

⁽¹⁹⁾ V. Corte EDU, 27.10.1993, *Dombo Beheer BV c. Paesi Bassi*, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 153, con nota di TONOLLI N., *Il legale rappresentante di enti sarà teste ammissibile se lo esige il principio di parità delle armi*.

⁽²⁰⁾ CAPPELLETTI M., *op. cit.*, 272 ss.

⁽²¹⁾ Sul punto, v. CHIARLONI S., *Ragionevolezza costituzionale e garanzie del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, § 3-4; TARUFFO M., *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Laterza, Bari, 2009, p. 116 ss., 192 ss.

⁽²²⁾ V. NANCE D.A., *The Best Evidence Principle*, in *Iowa L. Rev.*, vol. 73, 1988, 227-197; DAMASKA M., *Evidence Law Adrift*, Yale University Press, New Haven, Conn., 1997 (trad. it. Il Mulino, Bologna 2003); MCEWAN J., *Evidence and the Adversarial Process: The Modern Law*, II ed., Hart, Oxford, 1998, pp. 26-32.

lizione della regola della *disqualification for interest*, sia una attuazione del *best evidence principle*: il divieto della testimonianza della parte, infatti, non può considerarsi una sua applicazione, poiché, in questi casi, non esiste una prova migliore rispetto a quella esclusa; viceversa, la sua abolizione ne costituisce una sua attuazione, poiché consente di acquisire *an highly probative evidence*⁽²³⁾. Nel contempo, il denunciato inconveniente riguardante la difficoltà per il giudice di distinguere il falso dal vero, ben può essere superato, in un processo *adversary*, dal contatto immediato tra giudice e parte⁽²⁴⁾, o attraverso l'efficiente istituto della *cross examination*⁽²⁵⁾.

Nel processo di *common law*, quindi, si è arrivati a ritenere ammissibile la dichiarazione della parte a fini probatori, assunta nelle forme della testimonianza ed avente la stessa efficacia probatoria liberamente valutabile dal giudice⁽²⁶⁾.

4. – Le predette considerazioni lasciano già trasparire l'esistenza di una connessione tra le « forme del procedimento » – intese sia come le modalità di raccolta della prova, sia come le regole attraverso le quali si svolge il procedimento sino alla decisione della causa – e la « funzione della prova » – cioè il modo con cui il materiale raccolto nell'istruttoria viene utilizzato ai fini del giudizio⁽²⁷⁾. Ciò nel senso che le regole del processo – non solo quelle sulla prova, ma anche quelle sulla composizione del giudice, sulla raccolta del materiale istruttorio, sulle modalità in cui viene resa la decisione – condizionano la formazione del convincimento del giudice⁽²⁸⁾.

Così, con riferimento alla nostra questione, nel c.d. « processo-udienza »⁽²⁹⁾ – cioè quello che più si avvicina al processo di *common law* – l'obiettivo di razionalizzare il giudizio di fatto si ottiene, di regola, agendo sulle forme del procedimento: o attraverso l'introduzione di una *exclusionary rule* (ad esempio, il

⁽²³⁾ V. NANCE D.A., *op. cit.*, p. 255 e, con riferimento al « processo udienza », CAVALLONE B., *Forma del procedimento e funzione della prova (Ottant'anni dopo Chioventa)*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, pp. 417-432, spec. 429 ss.

⁽²⁴⁾ CAPPELLETTI M., *op. cit.*, vol. I, p. 243 ss., ritiene che solo nel processo orale, immediato e concentrato, la *pro se declaratio* diviene una fonte di prova, in quanto al giudice è possibile valutare liberamente tutta la sua complessità.

⁽²⁵⁾ TARUFFO M., voce *Prova testimoniale*, *cit.*, p. 730 nota 6, e p. 753 che cita J.H. WIGMORE, *Evidence*, § 1367, vol. V, p. 29 (3d ed. 1940), secondo il quale la *cross-examination* è « *the greatest legal engine ever invented for the discovery of truth* ». *Contra*, v. LANGBEIN JOHN H., *The Historical Foundations of the Law of Evidence: A View from the Ryder Sources*, in *Columbia Law Review*, vol. 96, 1996, pp. 1168-1202, spec. 1175; *Id.*, *The German Advantage in Civil Procedure*, in *University of Chicago Law Review*, vol. 52, 1985, pp. 823-866, spec. nota 31, il quale rileva che questa affermazione altro non è che un articolo di fede e « *is often an engine of oppression and obfuscation, deliberately employed to defeat the truth* ».

⁽²⁶⁾ Cfr. BODANSKY J.N., *op. cit.*, pp. 91-130; ABRAHAM K.S., *op. cit.*, pp. 489-516, spec. 491 ss. CAPPELLETTI M., *op. cit.*, vol. II, 421-481.

⁽²⁷⁾ V. CHIOVENDA G., *Sul rapporto tra le forme del procedimento e la funzione della prova (L'oralità e la prova)*, in *Saggi di diritto processuale civile*, vol. II, Società editrice « Foro Italiano », Roma 1931, pp. 197-225.

⁽²⁸⁾ CAVALLONE B., *Forme del procedimento*, *cit.*

⁽²⁹⁾ Il modello teorico e la contrapposizione tra « processo-fascicolo » e « processo-udienza » è di CAVALLONE B., *Riflessioni*, *cit.*, p. 965 ss.

divieto della testimonianza della parte); oppure, una volta abolito il predetto divieto, tramite la rigida regolamentazione delle modalità di acquisizione della prova, che resta assoggettata alla *cross examination*⁽³⁰⁾. La stessa tecnica, potrebbe essere utilizzata anche in un « processo-fascicolo » in cui il materiale probatorio, per lo più composto da documenti o verbali di prove di volta in volta raccolte nel corso del processo, si accumula in un fascicolo che verrà valutato dal giudice solo successivamente alla sua acquisizione, nel momento in cui, con tutta la calma e l'attenzione della camera di consiglio, il giudice sarà chiamato ad emettere la sentenza definitiva del giudizio. Nulla esclude, infatti, che, anche nel processo fascicolo, in cui si verifica quel fenomeno che si è chiamato « l'allontanamento del giudice dalla prova », la razionalità del giudizio possa essere garantita dalle forme del procedimento, attraverso la previsione di regole che disciplinano le modalità di instaurazione del contraddittorio nella formazione della prova, che limitino le prove raccolte fuori dal processo, e che ne assicurino la genuina conservazione⁽³¹⁾.

In un'ottica di garanzia della razionalità del giudizio di fatto, l'alternativa, a disposizione di un legislatore che non volesse abdicare alla regolamentazione del giudizio di fatto, in favore di regole extragiuridiche⁽³²⁾, sarebbe quella di intervenire sulla libera valutazione delle prove, introducendo alcune norme di prova legale⁽³³⁾. Tale opzione, pur astrattamente concepibile anche nel processo-udienza⁽³⁴⁾, è più facilmente utilizzabile nel processo-fascicolo, nel quale manca l'udienza orale e il processo non è concentrato, mancano cioè gli elementi strutturali del processo che giustificano la maggior parte delle regole di ammissibilità delle prove come filtro le « buone » informazioni da quelle « cattive »⁽³⁵⁾.

5.1 – Con riferimento alla testimonianza della parte, il diritto processuale civile italiano costituisce un esempio di come, nel contesto del processo-fascicolo, il legislatore tenti di razionalizzare il giudizio di fatto, intervenendo sia sulle forme del procedimento probatorio, sia attraverso la predisposizione di una gerarchia tra le prove: al divieto di testimonianza della parte corrisponde un'articolata disciplina di mezzi istruttori, attraverso i quali è possibile acquisire al processo il sapere delle parti sui fatti rilevanti della controversia, la cui efficacia probatoria è prestabilita dalla legge.

(30) DAMAŠKA M., *Epistemology and legal regulation of proof*, in *Law, Probability and Risk*, 2003, vol. 2, 117-130.

(31) CAVALLONE B., *Forme del procedimento*, cit., 431 ss.

(32) CAVALLONE B., *Riflessioni*, cit., p.972 ss.; DAMAŠKA M., *Epistemology*, cit., 130.

(33) Sul principio del libero convincimento, v. TARUFFO M., *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 361 ss.; NOBILI M., *Il principio del libero convincimento del giudice*, Giuffrè, Milano 1974; sulla prova legale, v. FURNO C., *Contributo alla teoria della prova legale*, Cedam, Padova 1940. Per una ricostruzione storica della contrapposizione libero convincimento/prova legale, v. MILLAR R.W., *The formative principles of civil procedure*, in *Illinois Law Review*, 1923-1924, vol. 18, p. 94 ss.

(34) V. DAMAŠKA M., *Il diritto delle prove alla deriva*, cit., § 3.1, p. 32 ss., rileva che le *rules of corroboration* sono regole di prova legale; nel contempo, CAPPELLETTI M., *op. cit.*, vol. I, 139 sottolinea che il principio di concentrazione non appare di fondamentale importanza in un processo retto da regole di prova legale.

(35) CAVALLONE B., *Oralità*, cit., p. 458 e nota 32.

In altre parole, la parte non può rendere dichiarazioni rappresentative di fatti rilevanti per la decisione nelle stesse forme processuali attraverso le quali vengono assunte le dichiarazioni di terzi disinteressati; ma la legge processuale non rinuncia al sapere della parte e consente che esso possa essere utilizzato ai fini della decisione della controversia, disciplinandone le modalità di assunzione e predeterminando l'efficacia probatoria di tali dichiarazioni, attraverso la predisposizione di regole di prova legali. Vediamo in che modo la legge regola questa attività istruttoria e come il giudice può utilizzare la prova acquisita.

5.2 – Un primo modo attraverso il quale è possibile acquisire al processo una dichiarazione proveniente dalla parte è quello di utilizzare le forme del giuramento, che consiste in una dichiarazione della parte⁽³⁶⁾, provocata dalla controparte (giuramento decisorio) o dal giudice (giuramento suppletorio), e mai spontanea, avente ad oggetto la verità di un fatto a sé favorevole (art. 2739, 2° comma, c.c.), da cui dipende la decisione della controversia⁽³⁷⁾. Tale mezzo di prova è ammissibile se dal giuramento dipende l'esito della controversia (art. 2736 c.c.) – e nell'ipotesi del giuramento deferito dal giudice, che si sia raggiunta la *semiplena probatio*⁽³⁸⁾ – e viene assunto nelle forme degli artt. 233 ss. c.p.c. (che regolano le modalità di proposizione e gli effetti dell'istanza, quelle attraverso le quali si rende la dichiarazione).

L'efficacia probatoria di tale dichiarazione è regolata dall'art. 2738 cod. civ.: il giudice è vincolato a ritenere per vero il fatto oggetto del giuramento, non essendo ammessa la controparte alla prova contraria; salvo non si tratti di una dichiarazione resa da uno dei litisconsorti necessari: in tal caso, varrà come prova liberamente valutabile. Il rifiuto di rendere il giuramento, o la mancata partecipazione all'udienza, ai sensi dell'art. 239 c.p.c., determina la soccombenza nella lite.

5.3 – Un altro mezzo istruttorio che ha ad oggetto una dichiarazione della parte è l'interrogatorio formale⁽³⁹⁾, attraverso il quale, su istanza della contro-

⁽³⁶⁾ Il giuramento può essere disposto su istanza di una delle parti (giuramento decisorio) oppure d'ufficio (giuramento suppletorio) (disposto d'ufficio) See, SILVESTRI E., *The Antique Shop of Italian Civil procedure: Oath and Confession as Evidence*, in A. UZELAC (ed.), *Truth and Efficiency in Civil Litigation Fundamental Aspects of Fact-finding and Evidence-taking in a Comparative Context*, Intersentia, 2013, p. 50; PROVINCIALI, voce *Giuramento decisorio*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIX, Milano: Giuffrè, 1970, p. 123; ANDRIOLI V., voce *Giuramento*, in *Novissimo digesto italiano*, Vol. VII, Utet, Torino, 1968, p. 957; COMOGLIO L.P., voce *Giuramento della parte*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1989; BALENA G., voce *Giuramento*, in *Digesto discipline privatistiche, sezione civile*, vol. IX, Utet, Torino, 1993, p. 106 ss.; LUISO F.P., *Diritto processuale civile*, IV ed., Giuffrè, Milano, 2007, 144 ss.

⁽³⁷⁾ CAVALLONE B., *Riflessioni*, cit., 972 ritiene che non sia un mezzo di prova, ma un'«ordalia incruenta»; nello stesso senso, v., LUISO F.P., *op. cit.*, p. 145.

⁽³⁸⁾ V. FERRARI F., *Ammissione del giuramento suppletorio da parte del giudice di primo grado e poteri del giudice d'appello in tema di apprezzamento della semiplena probatio*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 577-611.

⁽³⁹⁾ V. TARUFFO M., voce *Interrogatorio*, in *Digesto discipline privatistiche, sezione civile*, vol. VIII, Utet, Torino, 1993, p. 57 ss.; VACCARELLA R., voce *Interrogatorio delle parti*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXII, Giuffrè, Milano, 1972, pp. 353-406, spec. 353-382; FERRI C., voce *Interrogatorio. I) Diritto processuale civile*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1989, 6 ss. Sul rap-

parte, la parte può essere invitata a dichiarare se determinate circostanze di fatto rilevanti per la controversia siano vere o false, secondo le regole procedurali previste dall'art. 230 ss. c.p.c., che disciplinano le forme dell'istanza e quelle di assunzione del mezzo di prova.

L'art. 230 c.p.c., nella specie, prevede che la confessione giudiziale⁽⁴⁰⁾, cioè la dichiarazione in giudizio dell'esistenza di fatti sfavorevoli al soggetto che la rende, può essere spontanea, o provocata mediante interrogatorio formale; da questa norma, anche in ragione del fatto che la parte non ha l'obbligo di dire la verità, la dottrina maggioritaria⁽⁴¹⁾ argomenta che lo scopo dell'interrogatorio formale è quello di provocare la confessione, cioè una *declaratio contra se*.

Non è tutto. L'efficacia probatoria di tale *declaratio contra se* è regolata dall'art. 2733 cod. civ., ed è sottratta al principio del libero convincimento, poiché il giudice è tenuto a ritenere veri i fatti oggetto della dichiarazione confessoria, e la parte non è ammessa alla prova contraria. Resta l'unica eccezione, come per il giuramento, della confessione resa da una delle parti necessarie, che ai sensi dell'art. 2733, 3° comma, cod. civ., è liberamente apprezzata dal giudice.

Infine, ai sensi dell'art. 232 c.p.c., la mancata presentazione della parte all'udienza chiamata per rendere l'interrogatorio, o la mancata prestazione dello stesso, hanno un'efficacia di «argomento di prova»⁽⁴²⁾: il giudice non può fon-

porto tra l'interrogatorio formale e l'antico istituto dell'*interrogatio per positionem*, v. CASTELLARI, *Dell'interrogatorio delle parti secondo il nostro diritto moderno*, in II Appendice a GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, vol. XI, Milano 1903, 94 ss.

⁽⁴⁰⁾ In generale, v. ANDRIOLI V., voce *Confessione (Dir. proc. civ.)*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. IV, Utet, Torino, 1959, p. 11 ss.; FURNO C., voce *Confessione (Dir. proc. civ.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VIII, Giuffrè, Milano, 1961, pp. 870; SILVESTRI E., voce *Confessione nel diritto processuale civile*, in *Digesto discipline privatistiche, sezione civile*, vol. III, Utet, Torino, 1988, p. 423 ss. and ID., *The Antique Shop of Italian Civil procedure: Oath and Confession as Evidence*, cit., p. 50 ss.

⁽⁴¹⁾ In senso critico, v. VACCARELLA R., *op. cit.*, p. 366, 401 ss., che ritiene che sia solo un mezzo per chiarire i fatti di causa.

⁽⁴²⁾ L'art. 116, 2° comma, c.p.c. è stato diversamente interpretato: alcuni ritengono che l'efficacia probatoria dell'argomento di prova sia del tutto equiparabile a quella di qualsiasi altra prova liberamente valutabile (soprattutto la giurisprudenza: Cass. n. 14748/2007), ma se così fosse l'articolazione della legge risulterebbe incomprensibile. Altri, equiparano gli argomenti di prova alle presunzioni semplici (CAPPELLETTI M., *op. cit.*, vol. I, 92 ss.; GRASSO E., *Dei poteri del giudice*, in *Commentario del codice di procedura civile* diretto da E. Allorio, 1, 2, Torino 1973, p. 1305, CHIARLONI S., *Riflessioni sul giudizio di fatto nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, 849 ss.; TARUFFO M., *La prova dei fatti giuridici*, Milano: Giuffrè, 1992, 460 s.), ma l'efficacia probatoria delle presunzioni coincide con quella delle prove liberamente apprezzabili, se precise e concordanti (art. 2729 cod. civ.): ne consegue che, in tal caso, l'argomento di prova avrebbe la stessa efficacia della prova liberamente valutabile, il che, come si è detto, renderebbe incomprensibile l'art. 116 c.p.c. Più convincente è il rilievo che l'art. 116, 2° comma, c.p.c. contempla l'esistenza di un mezzo di prova con un grado minore di efficacia, da cui si desume una graduazione tripartita tra le prove: prove legali, prove liberamente valutabili e argomenti di prova (LIEBMAN E.T., *Manuale di diritto processuale civile*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1984, p. 86; VERDE G., voce *Prova (Dir. proc. civ.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVII, Giuffrè, Milano, 1988, p. 602; CAVALLONE B., *Critica alla teoria delle prove atipiche*, in *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., p. 379). In questa prospettiva, l'argomento di prova autorizza il giudice a trarre elementi per valutare l'attendibilità di altri elementi di prova acquisiti al processo, CAVALLONE B., *Oralità*, cit., p. 475, nota 60; DITTRICH L., *op. cit.*, 288.

dare la decisione della controversia solo sulla mancata risposta all'interrogatorio formale.

La legge, tuttavia, non si limita a disciplinare l'ipotesi più semplice, in cui la dichiarazione della parte ha ad oggetto solamente dei fatti a sé sfavorevoli, ma si preoccupa di regolare anche l'ipotesi, più frequente, in cui la parte, nel rispondere alla domanda durante l'interrogatorio formale, non si limiti ad affermare l'esistenza di fatti a sé sfavorevoli, ma contestualmente affermi l'esistenza di fatti a sé favorevoli (confessione complessa). Al riguardo, l'art. 2734 cod. civ. dispone che una tale dichiarazione fa piena prova solo se i fatti aggiunti non siano contestati dalla controparte; altrimenti, il giudice valuta l'efficacia probatoria di tali affermazioni secondo le circostanze⁽⁴³⁾.

Ciò posto, se appare evidente che la « confessione complessa » non ha la struttura della confessione, resta da determinare quale sia la sua efficacia probatoria nell'ipotesi in cui la controparte contesti la verità delle dichiarazioni favorevoli a colui che rende l'interrogatorio: in altre parole, occorre verificare se il giudice sia libero di valutare la confessione complessa secondo il proprio prudente apprezzamento (*ex* art. 116, 1° comma, c.p.c.) oppure se tale norma non debba essere ricondotta al 2° comma dell'art. 116 c.p.c., ossia all'« argomento di prova », vincolando in tal modo il giudice a non decidere la controversia sulla base della sola confessione complessa contestata dalla controparte⁽⁴⁴⁾. Quest'ultima soluzione, sebbene non pacifica in dottrina e giurisprudenza⁽⁴⁵⁾, pare essere la più aderente al dettato normativo, poiché è l'unica che non priva di significato la norma dell'art. 2734 c.c. – che comunque attribuisce un valore probatorio alla dichiarazione favorevole al dichiarante – e, sul piano sistematico, l'unica che equipari la dichiarazione, strutturalmente identica, resa nell'interrogatorio formale ed in quello libero, per il quale è esplicito il rinvio all'art. 116, 2° comma, c.p.c.⁽⁴⁶⁾.

In sintesi, secondo la ricostruzione classica dell'istituto, l'interrogatorio formale è ammissibile solo se può portare alla confessione della parte, deve essere assunto secondo le regole previste dalla legge, diverse da quelle previste per la testimonianza, e il suo valore probatorio, di regola, è predeterminato dalla legge e sottratto alla valutazione del giudice. In questa prospettiva, si deve riconoscere che l'interrogatorio formale può avere una funzione più ampia rispetto a quella di provocare la confessione, ma tale funzione resta ausiliaria rispetto all'assunzione di altre prove⁽⁴⁷⁾: la decisione del giudice non può fondarsi sulle dichiarazioni della parte rese nell'interrogatorio formale, qualora tali dichiarazioni contengano l'affermazione di verità di fatti favorevoli al dichiarante. In

⁽⁴³⁾ L'art. 1360 cod. civ. del codice del 1865 era ancor più esplicito, stabilendo che la confessione non può essere divisa a danno di chi l'ha resa.

⁽⁴⁴⁾ See Cass. 19 maggio 1979, n. 2877, che ritiene che il giudice debba decidere in base a tutti gli elementi di prova assunti nel processo; Cass. 18 dicembre 1987, n. 9339 ove si dice che la norma non contempla alcuna inversione dell'onere della prova.

⁽⁴⁵⁾ V. il paragrafo successivo e Cass. 22 aprile 1981, n. 2362.

⁽⁴⁶⁾ DITTRICH L., *op. cit.*, 285 ss.

⁽⁴⁷⁾ DITTRICH L., *op. cit.*, 292.

altre parole, il risultato dell'interrogatorio formale deve essere tenuto distinto dalla testimonianza della parte sotto il profilo dell'ammissibilità, delle modalità di assunzione e dell'efficacia probatoria.

5.4 – Infine, la legge disciplina « l'interrogatorio non formale » delle parti⁽⁴⁸⁾, che consente al giudice di procedere all'interrogatorio libero su sua iniziativa (art. 117 c.p.c.), in determinati momenti previsti dalla legge (*ex art.* 320 c.p.c., nel procedimento innanzi al giudice di pace; o *ex art.* 420 c.p.c., nel procedimento per le controversie di lavoro) e non è vincolato a particolari forme procedurali, salvo il rispetto del contraddittorio.

Tradizionalmente, si dice che la funzione dell'istituto è duplice: in primo luogo, l'interrogatorio libero serve per chiarire i fatti affermati dalle parti negli atti introduttivi⁽⁴⁹⁾; in secondo luogo, ha una funzione conciliativa. La funzione probatoria, invece, resta sullo sfondo ed è comunque limitata ed ausiliaria rispetto alle altre prove assunte nel processo, atteso che le risposte all'interrogatorio possono valere, al più, come degli argomenti di prova, per espressa previsione dell'art. 116, 2° comma, c.p.c.⁽⁵⁰⁾.

Ciò posto, l'interrogatorio libero non può essere utilizzato come strumento per utilizzare la deposizione delle parti ai fini probatori atteso che, sebbene idoneo a provocare una dichiarazione della parte su un fatto rilevante per la decisione della controversia, la legge dispone che tale dichiarazione non possa essere sufficiente, da sola, a fondare la decisione del giudice sull'esistenza del fatto controverso.

5.5 – In sintesi, l'ordinamento italiano ammette che il sapere delle parti possa essere utilizzato ai fini probatori e mette a disposizione delle parti diversi mezzi istruttori, attraverso i quali è possibile acquisire al processo la conoscenza che le parti hanno dei fatti di causa. Ogni mezzo istruttorio ha le sue regole di ammissibilità e le sue particolari modalità di assunzione, diverse da quelle della testimonianza, analizzando le quali è possibile individuare un elemento comune: la dichiarazione della parte sui fatti di causa non può essere introdotta su istanza della parte stessa, ma deve essere provocata dalla controparte – che richiede al giudice di ammettere il giuramento o l'interrogatorio formale – dal giudice – che ordina la comparizione delle parti per l'interrogatorio libero – o dalla legge – che impone al giudice di interrogare le parti comparse personalmente in determinati momenti del processo.

Sotto altro e diverso aspetto, le dichiarazioni della parte non sono liberamente utilizzabili dal giudice, come per la dichiarazione testimoniale del terzo, ma la

(48) In generale, v. FERRI C., voce *Interrogatorio*. I) *Diritto processuale civile*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1989, 1 ss.; VACCARELLA R., voce *Interrogatorio delle parti*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXII, Giuffrè, Milano, 1972, pp. 383 ss.

(49) V. CAPPELLETTI M., *op. cit.*, vol. I, p. 65, 99 il quale ritiene che l'odierno istituto sia una evoluzione dell'*interrogatio ad clarificandum* simile alla *comparution personelle* francese, o alla *persönliches Erscheinen* tedesca. In senso critico, VACCARELLA R., *op. cit.*, p. 400 ss.

(50) VACCARELLA R., *ult. loc. cit.*

sua attività di valutazione è limitata dalla legge ed inserita in una gerarchia⁽⁵¹⁾: il giuramento e l'interrogatorio formale avente ad oggetto una dichiarazione sfavorevole, valgono come prova legale sull'esistenza dei fatti dichiarati; le dichiarazioni rese in sede di giuramento o di interrogatorio formale rese da una sola parte in un processo con litisconsorzio necessario, valgono come prova liberamente valutabile⁽⁵²⁾; mentre le dichiarazioni favorevoli, aggiunte a quelle confessorie, rese nell'interrogatorio formale, valgono come argomenti di prova, non essendo sufficienti a fondare la decisione sulla controversia.

6.1 – A fronte di questo complesso, ma esauriente, quadro disegnato dal legislatore, parte della dottrina ha cercato di interpretare le norme disciplinanti i mezzi di istruzione volti all'acquisizione del sapere delle parti, al fine di consentire l'acquisizione al processo di una dichiarazione della parte, superando i limiti di ammissibilità dei mezzi istruttori previsti e descritti nel paragrafo precedente e di consentire al giudice di valutare liberamente le dichiarazioni predette.

L'obiettivo è duplice e complementare: in primo luogo, attribuire alle dichiarazioni favorevoli alla parte che le ha rese un valore probatorio autonomo rispetto ad altri eventuali prove acquisite al processo; in secondo luogo, eliminare la gerarchia esistente, e sostituirla con il principio di libera valutazione di ogni dichiarazione rappresentativa proveniente dalla parte. Gli strumenti utilizzati per realizzare siffatto programma sono diversi, ma possono essere collocati in una linea evolutiva volta a rivalutare la figura dell'interrogatorio della parte, amplificando la funzione probatoria o dell'interrogatorio formale, o di quello libero.

6.2 – In un'ottica di pubblicizzazione del processo volta alla migliore attuazione della giustizia⁽⁵³⁾, la dottrina ha valorizzato l'interrogatorio libero, quale procedimento attraverso il quale il giudice, in ogni momento del processo, può ordinare la comparizione personale delle parti al fine di interrogarle sui fatti di causa e, in tal modo, acquisire prove utili per la decisione della controversia liberamente valutabili.

Tale tentativo, tuttavia, *de iure condito*, non convince. Al riguardo, si è osservato che la funzione probatoria dell'interrogatorio libero, che si può svolgere solamente dopo la fissazione del *thema probandum*; è destinata a restare sullo sfondo ed a confondersi con le altre funzioni tipiche dell'istituto⁽⁵⁴⁾: in primo luogo, l'interrogatorio libero serve per chiarire i fatti affermati dalle parti negli atti introduttivi, qualora il giudice disponga la comparizione delle parti *in limine litis* (*ex art. 185 c.p.c.*); in secondo luogo, ha una funzione strumentale alla

⁽⁵¹⁾ Ne consegue, tra l'altro, che i mezzi di acquisizione delle dichiarazioni rappresentative non sono tra loro fungibili.

⁽⁵²⁾ Se inserissimo nella gerarchia predetta anche la dichiarazione proveniente dal terzo, essa si collocherebbe tra le prove liberamente valutabili. In tal caso, avremmo una gerarchia di prove riguardante la dichiarazione rappresentativa *tout court*, non solo quella della parte.

⁽⁵³⁾ CAPPELLETTI M., *op. cit.*, vol. I, pp. 99-101, 208.

⁽⁵⁴⁾ CAPPELLETTI M., *op. cit.*, vol. I, 81.

conciliazione della lite⁽⁵⁵⁾. Ancora più grave è l'assenza di regole procedurali volte a distinguere il momento dell'interrogatorio finalizzato a chiarire le allegazioni delle parti, da quello con funzione probatoria, con il rischio di utilizzare *ex post* le risultanze di un esperimento destinato ad altri scopi⁽⁵⁶⁾.

Sul piano della valutazione delle prove, fermo che, per espressa previsione dell'art. 116, 2° comma, c.p.c. le risposte all'interrogatorio possono valere, al più, come degli argomenti di prova, la funzione probatoria dell'istituto può essere attuata, applicando agli argomenti di prova la disciplina degli indizi (e quindi consentire la prova del fatto in presenza di più argomenti di prova precisi e concordanti) o, con un'interpretazione ancor più estrema, fatta propria dalla giurisprudenza⁽⁵⁷⁾, ritenere che un solo argomento di prova sia sufficiente a fondare la decisione della controversia. Queste interpretazioni estensive, tuttavia, sembrano contrarie alla lettera della legge: sebbene l'interrogatorio libero risulti idoneo a provocare una dichiarazione della parte su un fatto rilevante per la decisione della controversia, la legge dispone che tale dichiarazione non possa essere sufficiente, in assenza di altre prove assunte al processo, a fondare la decisione del giudice sull'esistenza del fatto controverso.

6.3 – Un tentativo più serio passa attraverso la valorizzazione dell'interrogatorio formale e, sul punto, ci si è mossi in una duplice direzione. In primo luogo, si è tentato di superare l'interpretazione del nostro mezzo istruttorio come finalizzato all'acquisizione di una *declaratio contra se*, ammettendo che l'interrogatorio formale possa essere utilizzato per provocare ogni tipo di dichiarazione della controparte su fatti rilevanti per la controversia; in secondo luogo, si è interpretata la confessione complessa come una dichiarazione narrativa liberamente valutabile dal giudice. La conseguenza è stata quella di attribuire all'istituto una funzione probatoria più ampia⁽⁵⁸⁾, il cui esito consiste in una dichiarazione liberamente valutabile dal giudice, del tutto analoga a quella testimonianza della parte.

Nella stessa prospettiva possono essere rivalutate le dichiarazioni stragiudiziali rese dalla parte a terzi inquadrabili come confessioni complesse: la loro ammissibilità è prevista dall'art. 2735 c.c. (e, comunque, la regola generale esclude qualsiasi vaglio di ammissibilità per le prove precostituite che vengono acquisite al processo *de plano*) e la loro efficacia probatoria è equiparata a quella della confessione giudiziale.

6.4 – Questi sforzi interpretativi, volti ad individuare uno strumento utile all'introduzione del sapere della parte liberamente valutabile dal giudice, non

⁽⁵⁵⁾ LIEBMAN E.T., *Manuale di diritto processuale civile*, Giuffrè, Milano, 1984, vol. II, 149; FERRI C., *op. cit.*, 2 s.; VACCARELLA R., *op. cit.*, 384.

⁽⁵⁶⁾ CAVALLONE B., *Oralità*, cit., 489.

⁽⁵⁷⁾ La giurisprudenza consente che il giudice possa fondare la propria decisione unicamente sulle risposte all'interrogatorio libero: Cass. 26.05.2000, n. 7002; Cass. 03.09.1994, n. 7644; Cass. 28.01.1983, n. 801.

⁽⁵⁸⁾ VACCARELLA R., *op. cit.*, 366 ss.; DENTI V., Interrogatorio formale e libera valutazione giudiziale, in *Giur. it.*, 1962, I, 2, p.544. Con riferimento al codice del 1865, v. CASTELLARI, *op. cit.*, 94 ss.

risolvono un problema che la loro attuazione *de iure condito* comporterebbe: la legge italiana non prevede l'obbligo della parte di dire la verità, come per il testimone, restando assoggettata solo ad un dovere di lealtà e probità di cui all'art. 88 c.p.c. Nessun dubbio sul fatto che un obbligo siffatto non costituisca un elemento strutturale necessario della testimonianza⁽⁵⁹⁾, resta però il problema di coerenza di un ordinamento che impone l'obbligo di verità al terzo disinteressato, e non *party-oriented* come quello di *common law*, che, quindi, non avrebbe ragioni per rendere una testimonianza falsa; mentre consente al soggetto più interessato, cioè la parte, di rendere dichiarazioni con efficacia probatoria liberamente valutabile dal giudice, senza che sia assoggettato ad alcuna sanzione, che possa valere come mezzo di coercizione, in caso di testimonianza falsa. Ora il problema, potrebbe tentare di risolversi senza attribuire alla dichiarazione della parte quella forte pretesa di verità propria del testimone, ma non viene eliminato completamente, anche perché, nel nostro ordinamento, ed ancor più nella prassi, il giudice si troverà a valutare il materiale probatorio così raccolto senza avere dei reali poteri volti a valutare la credibilità del testimone, o comunque quelli a disposizione non sono usati in tale senso⁽⁶⁰⁾.

7. – In conclusione, l'ordinamento italiano regola il fenomeno dell'acquisizione del sapere delle parti, preoccupandosi della razionalizzazione del giudizio di fatto attraverso una limitazione del libero convincimento del giudice, non attraverso la disciplina delle forme del procedimento, in ciò facilitato da un processo civile che si caratterizza per l'allontanamento del giudice dalla prova e la dilatazione dei tempi intercorrenti tra l'istruttoria e la decisione della controversia.

Il sistema così concepito, del resto risolve il problema dei fatti che possono essere provati solo dalla parte, avendo le parti a disposizione diversi strumenti: il giuramento, la confessione della controparte, o, infine, attraverso l'applicazione della regola dell'onere della prova; mentre le dichiarazioni favorevoli alla parte che le rende possono, al più, valere come argomenti di prova, rilevanti solo in presenza di altre prove del fatto controverso. Tale quadro, poi, parrebbe completo e sufficiente, altresì, a garantire alla parte il « diritto di difendersi provando », escludendo che possano realizzarsi le condizioni costituenti la fattispecie decisa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza *Dombo Beheer*. Difficilmente immaginabili, infatti, sono le ipotesi in cui la parte non ha i mezzi di prova di un certo fatto, potendo ricorrere unicamente alla testimonianza della parte.

MASSIMILIANO BINA

⁽⁵⁹⁾ CAPPELLETTI M., *op. cit.*, 377 ss.

⁽⁶⁰⁾ Al giudice sarebbe consentito: porre delle domande al testimone, fuori dagli articoli di prova indicati, « a chiarimento » (art. 253 c.p.c.); disporre il confronto di testimoni (art. 254 c.p.c.); sentire testimoni indicati dalle parti (art. 257, 1° comma, c.p.c.); sentire nuovamente testimoni già assunti (art. 257, 2° comma, c.p.c.). Tali poteri, tuttavia, sono scarsamente utilizzati, come rileva TARUFFO M., voce *Prova testimoniale*, 752 ss. e probabilmente sono da ricondursi alla natura processo-fascicolo del processo italiano.