

LA PROVA TESTIMONIALE

1 La prova testimoniale è la dichiarazione di scienza effettuata da un soggetto che è terzo rispetto alle parti in causa. Viene resa in modo orale (ma trascritta nel verbale) e nel contraddittorio delle parti. Ciò è importante per la natura di prova liberamente valutabile che ha la prova testimoniale. Infatti il giudice deve acquisire, all'atto della assunzione della prova stessa, gli elementi per poterne valutare l'attendibilità ed è evidente che ciò può accadere solo quando la dichiarazione sia resa in forma orale e nel contraddittorio, in modo che ciascuna delle parti possa contribuire all'individuazione ed all'acquisizione degli elementi utili per valutarne l'attendibilità.

2 Si è posto il problema del valore probatorio della dichiarazione scritta, proveniente da un terzo, che contenga una dichiarazione di scienza da parte sua. Evidentemente in sé tale mezzo di prova è, in senso ampio, una prova documentale, perché ha la consistenza di un documento e viene acquisito agli atti di causa come si acquisiscono i documenti (con la produzione o l'esibizione).

Ma il documento è una prova che ha la caratteristica di contenere talvolta la rappresentazione immediata del fatto rilevante, e talvolta delle narrazioni; in quest'ultimo caso occorre vedere di volta in volta che valore probatorio ha la narrazione, perché il fatto che essa sia contenuta in un documento non dice nulla dell'efficacia probatoria del documento stesso. Abbiamo già visto, ad es., che la narrazione proveniente dalla parte, e contenuta in un documento, se ha ad oggetto fatti sfavorevoli alla parte integra una confessione; se, invece, ha ad oggetto fatti favorevoli al dichiarante, non ha alcun valore probatorio.

Anche per la dichiarazione scritta del terzo si pone lo stesso problema: una volta che sia acquisito, agli atti di causa, un documento in cui sia contenuta la narrazione che un terzo faccia di fatti rilevanti per la causa, ci dobbiamo chiedere che efficacia probatoria abbia tale

narrazione. Il fatto che sia stata acquisita come documento non significa nulla, perché ciò niente dice circa il valore probatorio della narrazione.

Di regola la dichiarazione scritta proveniente dal terzo non ha efficacia probatoria, perché l'ordinamento stabilisce che la modalità tipica di acquisizione della scienza del terzo al processo è la dichiarazione orale resa nel contraddittorio delle parti. Questo è lo strumento "legale" di acquisizione al processo della conoscenza del terzo; pertanto gli strumenti diversi da quelli previsti dalla legge, proprio per il principio di legalità (in senso ampio), non hanno efficacia probatoria.

Si consideri, poi, che sia l'art. 6.3.d della convenzione europea dei diritti dell'uomo sia l'art. 14.3.e del patto internazionale sui diritti civili e politici garantiscono il diritto delle parti « a interrogare o far interrogare i testimoni ».

Si può però riconoscere, alla dichiarazione scritta proveniente da un terzo, una efficacia probatoria in tutti i casi in cui la conoscenza del terzo non è acquisibile al processo nelle forme tipiche previste dalla legge. Se, in altri termini, la conoscenza del terzo, contenuta nel documento, può essere acquisita al processo attraverso la audizione dello stesso come testimone, è evidente che la dichiarazione scritta non può avere efficacia probatoria, perché è acquisita al processo in forma non prevista dalla legge.

A diversa conclusione si deve giungere quando non è possibile acquisire al processo la conoscenza del terzo nella forma tipica prevista dalla legge (ad es., per la morte dello stesso); in tal caso non si può ignorare la dichiarazione scritta resa dal terzo, anche se il giudice deve sottoporre la dichiarazione ad una valutazione di attendibilità ancora più rigorosa di quella propria della prova testimoniale, proprio per le modalità atipiche con cui la dichiarazione è stata acquisita.

Se, invece, è possibile, occorre che il terzo sia sentito come testimone, in modo da rispettare il diritto di difesa (quindi il principio del contraddittorio nell'assunzione della prova) e da consentire l'acquisizione di tutti gli elementi utili per valutare l'attendibilità della dichiarazione. Ciò ovviamente non si realizza nella dichiarazione scritta, perché la forma di essa non consente di fare domande al teste, e di acquisire tutti i dati utili per la valutazione della sua attendibilità.

La prova testimoniale incontra dei limiti di ammissibilità in relazione ai contratti. L'ordinamento poi equipara, alla prova dei contratti, la prova del pagamento e della remissione del debito, che non hanno propriamente natura contrattuale ma per i quali esiste la stessa *ratio* di esclusione della prova testimoniale propria dei contratti.

3
Limiti di
ammissibilità

Questa *ratio* si fonda su ciò, che il contratto nasce dall'accordo delle parti, e quindi niente impedisce alle parti di predisporre la documentazione scritta della loro attività contrattuale. E siccome, per regola di comune esperienza, la prova scritta è sicuramente più attendibile di quella per testimoni (perché il testimone, quando si svolgerà il processo, può anche non essere disponibile per deporre; deponendo, può ricordare male, etc.), allora l'esclusione della prova per testimoni nasce proprio dal fatto che l'ordinamento, con tale esclusione, vuole spingere le parti (che sono in grado di farlo, in quanto il contratto è attività consensuale) a predisporre la documentazione della propria attività contrattuale.

Il pagamento e la remissione del debito hanno anch'essi la caratteristica di essere documentabili, perché il soggetto che paga ha la possibilità di esigere che gli sia rilasciata la quietanza, cioè una dichiarazione di natura confessoria con cui si attesta di avere ricevuto un pagamento. Lo stesso accade per la remissione del debito: il debitore può chiedere al creditore, che volontariamente gli rimette il debito, di predisporre un'idonea documentazione.

Individuata la *ratio* dei limiti di ammissibilità della prova testimoniale, vediamo ora quali sono questi limiti.

^P 4 Valore del contratto Il primo limite è contenuto nell'art. 2721 c.c.: «la prova per testimoni nei contratti non è ammessa quando il valore dell'oggetto eccede 2,58 €». Il presupposto da cui parte il legislatore è che l'onere delle parti di procurarsi una documentazione scritta del contratto è esigibile solo nelle attività contrattuali di un certo valore economico e non ha senso per quelle di scarso valore. Proprio per questa ragione, l'art. 2721, II c.c. dà al giudice la possibilità di superare il divieto, tenendo conto della qualità delle parti, della natura del contratto e di ogni altra circostanza.

Il legislatore non ha mai aggiornato il limite di valore, previsto dall'art. 2721 c.c. in £. 5.000 già nel 1942, perché, di fronte alla possibilità di superare il divieto attraverso i criteri enunciati nella stessa norma, un aggiornamento non era di impellente necessità. Si è già detto che il giudice, per superare il divieto della prova testimoniale, deve tener conto della qualità delle parti, della natura del contratto, e di ogni altra circostanza. Il giudice deve quindi valutare se, nell'economia di quel rapporto contrattuale, la stipulazione del contratto, per abitudine diffusa in quella certa società e in quel certo momento, avvenga in forma scritta o orale. Se l'uso è che il contratto si stipula oralmente, il

giudice
lazione
So
5000 r
dato c
testimo
norma,
contrat

Esen
in ce
giudi
esso,

Esen
per c
la pr

In s
della sti

Vi è
si chiedi
contem
è differe
denti e

I pa
sono ess
consacr
mile che
stati stip

Divo
alla forn

volontà

il docum

c.c. amn

alla qual

appare v

stata rec

dell'art.

giunto o

giudice ammette la prova testimoniale; se, invece, è normale la stipulazione del contratto per scritto, il giudice non l'ammette.

Sotto questo profilo il mancato aggiornamento del limite delle £. 5000 risulta vantaggioso, perché consente una maggiore aderenza al dato concreto, senza costringere il giudice ad ammettere la prova testimoniale di contratti di valore inferiore al limite previsto dalla norma, anche quando è contrario alle abitudini stipulare oralmente un contratto di quel tipo.

Esempio: il contratto per l'acquisto delle bestie si faceva e si fa tuttora in certi ambienti con una semplice stretta di mano; questo è l'uso. Il giudice ammette la prova testimoniale di quel tipo di contratto perché esso, normalmente, non viene stipulato per iscritto.

Esempio: i contratti bancari sono sempre, anche se di valore irrisorio, per consuetudine stipulati per iscritto. In tal caso il giudice non ammette la prova testimoniale, neppure se il valore del contratto è scarso.

In sostanza, si tratta di valutare, volta per volta, la verosimiglianza della stipulazione in forma orale del contratto.

Vi è poi l'ipotesi che il contratto sia documentalmente provato ma si chieda di provare per testimoni patti aggiunti o contrari antecedenti, contemporanei o successivi alla formazione del documento. La regola è differente, a seconda che si tratti di patti aggiunti o contrari antecedenti e contemporanei, oppure successivi.

I patti aggiunti o contrari antecedenti e contemporanei non possono essere provati per testimoni perché, nel momento in cui le parti consacrano documentalmente la loro volontà contrattuale, è inverosimile che omettano di documentare patti, che in quel momento sono già stati stipulati. [5]
Patti aggiunti
o contrari
antecedenti o
contemporanei

Diverso è invece il discorso per i patti aggiunti o contrari successivi alla formazione del documento, perché in tal caso è possibile che la volontà delle parti, così come esistente nel momento in cui si è formato il documento, si sia successivamente modificata. In tal caso, l'art. 2723 c.c. ammette la prova testimoniale quando al giudice, avuto riguardo alla qualità delle parti, alla natura del contratto e alle altre circostanze, appare verosimile che siano stati stipulati patti, senza che di essi sia stata redatta la documentazione. Si torna quindi allo stesso criterio dell'art. 2721 c.c.: «appare verosimile» significa calare il patto aggiunto o contrario nel modo di essere di quel rapporto. [6]
Patti aggiunti
o contrari
successivi

Al di là della valutazione di verosimiglianza, la prova testimoniale è sempre ammessa (art. 2724 c.c.) in tre ipotesi:

- 7** *Principio di prova per scritto* 1) quando vi è un principio di prova per iscritto. Dal testo della norma emerge sempre il criterio della verosimiglianza, ma qui la verosimiglianza è data dal fatto che la controparte (rispetto a quella che chiede la prova testimoniale) ha per scritto fatto riferimento al contratto o alla sua modificazione, in modo da far apparire verosimile l'esistenza del contratto o del patto aggiunto o contrario;
- 8** *Impossibilità morale o materiale* 2) quando il contraente era nell'impossibilità morale o materiale di procurarsi una prova scritta.

Esempio: un mutuo erogato ad un parente stretto normalmente (purtroppo!) non si documenta.

- 9** *Perdita incolpevole del documento* 3) quando il contraente ha, *senza sua colpa*, perduto il documento che gli forniva la prova.

L'art. 2725 c.c. disciplina la prova testimoniale dei contratti che esigono la forma scritta. Nei contratti con forma scritta *ad substantiam*, la forma scritta è un requisito di efficacia del contratto; se non ha tale forma, il contratto è nullo. I contratti con forma scritta *ad probationem* devono essere provati per iscritto, però sono validi ed efficaci anche se stipulati oralmente, per cui la forma scritta costituisce solo un limite alla prova. Contratti con forma scritta *ad probationem* sono, ad es., l'assicurazione (art. 1888 c.c.), e la transazione (art. 1967 c.c.).

In concreto, se il contratto ha la forma scritta *ad probationem* non è possibile usare la prova testimoniale, ma è possibile usare altre prove, come, ad es., la confessione o il giuramento; ciò che invece non è possibile per il contratto che ha forma scritta *ad substantiam*. Quindi, quando il contratto ha forma scritta *ad probationem* ciò significa che la prova del contratto è sottoposta alla più rigida disciplina prevista dall'art. 2725 c.c., e non a quella degli artt. 2721 ss. c.c., con tutte le deroghe ivi stabilite.

- 11** *Forma scritta ad substantiam* Invece i contratti con forma scritta *ad substantiam* (art. 1350 c.c. e altre previsioni di leggi speciali, ad es., il licenziamento) hanno una diversa disciplina. Per essi, la forma è requisito di validità e di efficacia del contratto; non è sufficiente dimostrare — sia pure con mezzi diversi dalla prova testimoniale — che il contratto è stato stipulato; occorre, invece, dimostrare che è stato stipulato *in forma scritta*. Secondo l'art. 2725 c.c. vi è la possibilità di usare la prova testimoniale in relazione ad un contratto con forma solenne solo quando la parte dimostra (ovvia-

mente anche per mezzo di testimoni) di avere perduto il documento senza sua colpa.

L'esclusione della prova testimoniale, per i contratti che hanno forma scritta *ad substantiam*, tranne nel caso di perdita senza colpa del documento, spesso viene ricollegata alla irrilevanza della prova testimoniale. Si dice che sarebbe irrilevante la prova testimoniale della stipulazione orale del contratto, in quanto tale stipulazione orale, in virtù dell'art. 1350 c.c., non integra una fattispecie contrattuale idonea a produrre effetti. Si afferma, cioè, che l'esclusione della prova testimoniale dipende dalla seguente considerazione: se si chiedesse di dimostrare per testimoni che un contratto, avente forma scritta necessaria, è stato stipulato *in forma orale* si chiederebbe di provare un contratto nullo, non produttivo di effetti, e quindi si avrebbe una prova irrilevante, più che una prova inammissibile.

In realtà, questa non può essere la *ratio* dell'art. 2725 c.c. per due motivi. Anzitutto, perché si presuppone che l'oggetto della prova testimoniale sia la stipulazione *orale* del contratto, mentre niente impedisce di pensare che oggetto della prova testimoniale sia la stipulazione *scritta* del contratto. La prova testimoniale potrebbe essere così articolata: vero che il giorno tale abbiamo stipulato *per iscritto* un contratto con un certo contenuto. E allora il fatto che si vuole provare non è più che quel contratto è stato oralmente stipulato, bensì che è stato stipulato per iscritto: quindi un fatto rilevante.

In secondo luogo, l'art. 2724 c.c. ammette la prova per testimoni quando si è perduto il documento, purché tale perdita sia avvenuta senza colpa. È questa la disposizione che illumina la *ratio* della norma: se fosse veramente un problema di irrilevanza, basterebbe provare che il documento è venuto ad esistenza, tutt'al più che è stato perduto, ma non ci sarebbe bisogno di dimostrare anche che il documento è stato perduto senza colpa della parte. Questo ulteriore elemento (che impone la prova dell'*incolpevole* perdita del documento) significa che il legislatore qui si mantiene sempre nella logica della esclusione della prova testimoniale dei contratti, ma in una forma più rigida.

Infatti, in linea generale, il legislatore onera le parti di predisporre la documentazione scritta dei contratti, ma rende poi più elastica la disciplina, con la possibilità di ammettere la prova testimoniale del contratto ai sensi degli artt. 2721 e 2723 c.c. Al contrario per la prova testimoniale dei contratti aventi forma scritta, *ad substantiam* o *ad probationem* vale la medesima *ratio* ma la disciplina è più rigida, perché la parte non soltanto deve predisporre la prova scritta, ma la deve

^[12] Onere di predisporre e custodire la documentazione

anche custodire; se perde colpevolmente la prova scritta, la prova testimoniale non è ammissibile. Il legislatore, in sostanza, onera le parti di *procurarsi* e di *custodire* la prova scritta, perché, nel momento in cui tale prova viene meno per colpa delle parti, essa non può essere sostituita dalla prova testimoniale.

Vi è quindi, oltre all'onere di predisporre, anche l'onere di conservare la documentazione, e soltanto quando tale onere è stato adempiuto, e pur tuttavia il documento si è perso, è ammessa la prova testimoniale, prova avente ad oggetto che il contratto è nato con la forma scritta e che il documento si è perso successivamente senza colpa. La *ratio* rientra quindi in quella più generale dei limiti alla prova testimoniale dei contratti.

[13] *Deduzione della prova testimoniale* Passiamo ora ad analizzare la disciplina relativa all'assunzione della prova testimoniale. La prova testimoniale deve essere dedotta mediante l'indicazione delle persone da interrogare e dei fatti formulati per capitoli di prova.

Esempio: non è sufficiente dire: "chiedo ammettersi prova testimoniale sui fatti allegati in causa"; bisogna invece dire: "chiedo l'ammissione della seguente prova testimoniale: 1) vero che quel certo giorno si è verificato un incidente stradale in quel certo posto; 2) vero che il conducente dell'autoveicolo di proprietà del convenuto proveniva da sinistra e non ha rispettato lo stop...", etc.; indicando quindi con precisione i fatti storici (sui quali la prova deve essere effettuata) e i testimoni (che si vogliono sentire su quei fatti storici).

[14] *Soggetti che non possono testimoniare* Non tutti possono deporre come testimoni. Mentre l'ammissibilità della prova testimoniale riguarda *il fatto da provare*, la questione che dobbiamo affrontare riguarda *il soggetto che può testimoniare*. Fermo rimanendo che le parti non possono testimoniare (per la definizione stessa di prova testimoniale), anche altri soggetti, diversi dalle parti, non possono rendere testimonianza, secondo quanto dispongono gli artt. 246-249 c.p.c.

[15] *Incapacità* L'art. 246 c.p.c. esclude coloro che hanno un interesse in causa che potrebbe legittimare la loro partecipazione al processo: coloro rispetto ai quali si sarebbe potuto realizzare il *simultaneus processus* ai sensi degli artt. 103 ss. c.p.c. Quindi, sono incapaci a testimoniare i titolari di una situazione sostanziale, connessa con quella oggetto del processo in modo tale da legittimare la loro partecipazione al processo, sotto qualsiasi veste.

L'art. 247 c.p.c. escludeva la testimonianza dei parenti e affini, ^[16] *Divieto* partendo dal presupposto della loro inattendibilità, in quanto naturalmente non imparziali, e portati a favorire (ma anche a sfavorire ...) la parte a cui sono legati.

La Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità della norma, nella parte in cui pone un divieto assoluto alla testimonianza dei parenti ed affini, sulla base di una valutazione negativa generale della loro attendibilità. Ha obiettato la Corte che tale valutazione è quella stessa che il giudice compie in relazione a qualunque testimone, per cui è irrazionale che sia operata dal legislatore *a priori* una volta per tutte, mentre è più logico che sia fatta dal giudice volta per volta. Pertanto, il coniuge, i parenti, gli affini, etc., possono essere sentiti dal giudice come testimoni, salva la valutazione della loro attendibilità, valutazione in relazione alla quale il giudice terrà conto che, per regola di comune esperienza (ricordiamo che le regole di comune esperienza costituiscono i criteri di valutazione della prova libera), il testimone legato da parentela o affinità ad una delle parti è portato a presentare le cose in maniera non imparziale.

Si noti, peraltro, che la Corte costituzionale si è rifiutata di estendere la valutazione di incostituzionalità anche all'art. 246 c.p.c., in quanto ha affermato che i soggetti che hanno titolo a partecipare al processo, ancorché non formalmente parti, tuttavia lo sono dal punto di vista sostanziale, perciò la loro dichiarazione di scienza non può valere in ogni caso come testimonianza. Non si tratterebbero, dunque, secondo la Corte, di un problema di attendibilità, sibbene della possibilità stessa di qualificare come testimonianza la dichiarazione di scienza proveniente da chi ha i requisiti per divenire parte di quel processo.

La stessa dichiarazione di incostituzionalità ha subito l'art. 248 ^[17] c.p.c., il quale affermava: « I minori degli anni 14 possono essere sentiti solo quando la loro audizione è resa necessaria da particolari circostanze. Essi non prestano giuramento ». La norma conferma che la testimonianza è una dichiarazione di scienza, in quanto ammette senza limiti la testimonianza di chi abbia più di 14 ma meno di 18 anni, quindi di chi è ancora minore, e non avendo la disponibilità dei diritti, normalmente non può emettere manifestazioni di volontà, ma solo dichiarazioni di scienza. Se la testimonianza fosse una dichiarazione di volontà, non potrebbe essere resa dal minore.

La Corte costituzionale ha affermato l'incostituzionalità dell'esclusione, perché spetta al giudice valutare in concreto l'attendibilità del testimone infraquattordicenne. Secondo la *ratio* dell'art. 248 c.p.c., il

^[17] *Minori di 14 anni*

testimone infraquattordicenne è inattendibile, e quindi non deve essere sentito. Tale valutazione però, secondo la Corte, deve essere fatta dal giudice volta per volta.

18 *Testimoni
tenuti al segreto* Vi sono poi dei soggetti che hanno facoltà di non testimoniare (art. 249 c.p.c.): sono questi i testimoni indicati negli artt. 200, 201 e 202 del c.p.p. (segreto professionale, d'ufficio, di stato, etc.) ed in altre norme (ad es., l'art. 10 del D.Lgs. 28/2010 in materia di mediazione).

19 *Intimazione ai
testimoni* La presenza del testimone all'udienza fissata per l'espletamento della prova testimoniale si verifica o perché il testimone si presenta spontaneamente, o perché egli viene invitato a presenziare a quella udienza. A tal fine, la parte predispone l'intimazione prevista dall'art. 250 c.p.c., e l'ufficiale giudiziario notifica, ai testimoni ammessi dal giudice, un invito a comparire all'udienza. In alternativa, può essere lo stesso avvocato ad effettuare l'intimazione ai testi ammessi mediante raccomandata o posta elettronica certificata. Se la parte non fa intimare i testimoni, e questi non compaiono, sulla base dell'art. 104 disp. att. c.p.c., il giudice dichiara la decadenza dalla prova testimoniale.

20 *Assunzione dei
testimoni* L'assunzione dei testimoni avviene previo loro giuramento (la cui formula è stata modificata dalla Corte costituzionale), dopodiché il testimone dichiara le proprie generalità e i propri rapporti con le parti; quindi viene interrogato sui capitoli di prova che il giudice ha ammesso.

21 *Testimone di
riferimento* Gli artt. 252 e 253 c.p.c. prevedono che il giudice e le parti, possono chiedere al testimone le informazioni relative agli elementi che valgono a valutarne l'attendibilità. « Se alcuno dei testimoni si riferisce, per la conoscenza dei fatti, ad altre persone, il g.i. può disporre d'ufficio che esse siano chiamate a deporre » (art. 257, I c.p.c.). È questo un altro dei poteri istruttori del giudice: si tratta del c.d. teste di riferimento.

Ove, poi, si tratti di un processo a decisione monocratica, l'art. 281-ter c.p.c. consente al giudice istruttore di disporre di ufficio la prova testimoniale anche quando la notizia dell'esistenza di un terzo a conoscenza dei fatti di causa provenga non da un altro testimone, ma dalle allegazioni effettuate dalle parti stesse.

22 *Testimonianza
scritta* Ove le parti ed il giudice siano d'accordo, è possibile raccogliere la testimonianza anche per scritto, anziché in udienza nel contraddittorio delle parti. Il procedimento, assai complesso, è regolato dagli artt. 257-bis c.p.c. e 103-bis disp. att. c.p.c.

Da quando è entrata in vigore la norma (2009), risultano editi solo due provvedimenti: segno, questo, che l'istituto non riscuote i favori dei difensori.

LA CONFESSIONE

L'art. 2730 c.c. definisce la confessione come la dichiarazione che 1 una parte fa della verità di fatti a sé sfavorevoli e favorevoli all'altra Nozione parte.

Per stabilire se la dichiarazione della parte ha natura confessoria, è necessario individuare il criterio per valutare quando un fatto è sfavorevole e quando non lo è, perché solo nel primo caso si ha una dichiarazione confessoria. In realtà i fatti, di per sé, non sono né favorevoli né sfavorevoli: i fatti storici sono un elemento neutro.

Per determinare la portata confessoria di una dichiarazione, bisogna collocare il fatto dichiarato nella struttura della fattispecie del diritto dedotto nel processo. Si deve quindi vedere se il fatto dichiarato integra l'esistenza o l'inesistenza di un fatto costitutivo, oppure di un'eccezione. Se colui, che fa valere il diritto in giudizio, dichiara l'esistenza di un fatto costitutivo o l'inesistenza di un'eccezione, la dichiarazione è a lui favorevole, per cui non integra una confessione.

Esempio: Tizio chiede l'adempimento di un contratto. Se egli dichiara di avere stipulato il contratto o che la merce pattuita non gli è stata consegnata, egli non rende una dichiarazione confessoria perché i fatti dichiarati sono a lui favorevoli: quando afferma di aver stipulato il contratto, dichiara l'esistenza di un fatto costitutivo del diritto da lui fatto valere; quando afferma che la merce non gli è stata consegnata, dichiara l'inesistenza di un fatto estintivo.

Colui che fa valere il diritto in giudizio, al contrario, rende una confessione se dichiara l'inesistenza di un fatto costitutivo o l'esistenza di un'eccezione: nell'esempio di prima, quando dichiara di non avere stipulato il contratto oppure che la merce gli è stata già consegnata.

Facendo riferimento a colui contro il quale il diritto viene fatto valere, il discorso si inverte, perché costui rende dichiarazioni a sé sfavorevoli, e quindi non confessorie, quando dichiara l'inesistenza di un fatto costitutivo oppure l'esistenza di un'eccezione; mentre rende

dichiarazioni a sé sfavorevoli e quindi con efficacia confessoria, quando dichiara l'esistenza di un fatto costitutivo o l'inesistenza di un'eccezione.

Esempio: riprendendo l'esempio di prima, il convenuto, che dichiara che il contratto non è mai stato stipulato o che ha già fornito la merce, fa una dichiarazione a sé favorevole che non ha efficacia confessoria, perché dichiara che un fatto costitutivo non è venuto ad esistenza, oppure che è venuto ad esistenza un fatto estintivo; se, viceversa, il convenuto dichiara che il contratto è stato stipulato o che la merce non è ancora stata consegnata, rende una dichiarazione confessoria, perché dichiara l'esistenza di un fatto costitutivo o l'inesistenza di un'eccezione.

Il fatto storico, che di per sé è neutro, può essere qualificato come favorevole o sfavorevole (e quindi la dichiarazione della parte che lo contiene può avere o meno l'efficacia della confessione), a seconda del settore della fattispecie in cui tale fatto si va ad inserire. Se non si ricollega il fatto alla situazione sostanziale, della cui fattispecie esso è elemento, non si può sapere se il fatto è favorevole o sfavorevole; non ci sono fatti storici che abbiano rilevanza al di fuori della fattispecie.

[2] *Oggetto* Oggetto della confessione sono i fatti e mai i diritti. Quindi se la parte dichiara l'esistenza di un diritto altrui, rende non una confessione, sibbene una ricognizione di debito o una promessa di pagamento (art. 1988 c.c.).

[3] *Ricognizione di debito e promessa di pagamento* La ricognizione di debito e la promessa di pagamento producono un'astrazione dal rapporto fondamentale, secondo un meccanismo analogo ai titoli di credito. « Astrazione dal rapporto fondamentale » significa che, rispetto all'esistenza del diritto, si verifica un'inversione dell'onere della prova: se si riconosce un debito o si promette il pagamento, si deve poi dimostrare l'inesistenza del rapporto da cui il debito scaturisce. L'esistenza del rapporto fondamentale (da cui scaturisce l'effetto creditorio oggetto della dichiarazione) si presume fino a prova contraria; quindi si può contrastare una ricognizione di debito o una promessa di pagamento dimostrando che il rapporto da cui scaturisce il diritto è inesistente o viziato.

Le possibilità di reagire ad una confessione sono diverse — come vedremo — dalle possibilità di difesa che ha colui che ha reso la ricognizione di debito o la promessa di pagamento. La confessione ha ad oggetto fatti; l'applicazione delle norme a questi fatti è invece compito del giudice. Le parti possono cioè vincolare il giudice ad una realtà storica da esse affermata, ma il giudice rimane sempre libero di

applicare, alla realtà storica rappresentata dalle parti, le norme giuridiche corrispondenti.

Esempio: Tizio confessa di avere stipulato un contratto con cui si è obbligato a fornire una quantità di merce. Il giudice è vincolato a questa dichiarazione, ma potrà e dovrà fare tutte le valutazioni in punto di diritto sulla nullità del contratto (ad es., perché la merce in questione consiste in armi da guerra).

La confessione è una prova, per la quale si rendono necessari i requisiti della disponibilità soggettiva e oggettiva. Per confessare è necessaria la capacità soggettiva di disposizione del diritto a cui i fatti confessati si riferiscono (art. 2731 c.c.).

[4]

Disponibilità
soggettiva

Esempio: il genitore agisce come rappresentante legale del minore. Ma i genitori non hanno una illimitata capacità di disposizione dei diritti del minore; in alcuni casi i genitori, per disporre dei diritti del minore, devono avere l'autorizzazione del giudice tutelare (art. 320 c.c.). Se manca la capacità di disporre del diritto del minore, manca anche la capacità di confessare in relazione a tale diritto. Ovviamente il minore non può mai confessare, perché non ha la disponibilità dei suoi diritti.

Oltre alla capacità soggettiva, è necessaria anche la disponibilità oggettiva del diritto: i fatti confessati si devono riferire a diritti oggettivamente disponibili (art. 2733, II c.c.). Diritti indisponibili sono quelli rispetto ai quali, sul piano del diritto sostanziale, la volontà negoziale delle parti non ha rilevanza. La confessione, che ha ad oggetto un fatto relativo ad un diritto indisponibile, non è efficace, perché con la confessione si viene a disporre del diritto, ancorché in maniera indiretta. Pertanto, come non hanno effetto le manifestazioni di volontà negoziale sul piano sostanziale, così non hanno effetto, per coerenza, neppure le dichiarazioni di scienza all'interno del processo.

[5]

Disponibilità
oggettiva

Da ricordare che, nei processi che hanno ad oggetto diritti indisponibili, è parte necessaria il P.M. (art. 70 c.p.c.), e non ha vigore neppure la regola, in virtù della quale il fatto non controverso non ha bisogno di essere provato. Ciò per l'esigenza di togliere rilevanza alla volontà dispositiva delle parti, vuoi che si esprima in via diretta con atti di diritto sostanziale, vuoi che si esprima in via indiretta con atti di diritto processuale, come, ad es., l'ammissione e la non contestazione dei fatti allegati dalla controparte o la confessione. Si tratta di regole che derivano tutte dall'esigenza che i fatti siano accertati nella loro effettiva realtà storica.

Secondo taluno, la dichiarazione confessoria, ove manchi la disponibilità soggettiva e oggettiva, ha efficacia di prova liberamente valutabile, ma sembra più corretto ritenere che essa non ha efficacia probatoria di alcun genere, perché la mancanza di disponibilità mina alla base la possibilità di attribuire una qualunque efficacia probatoria alla dichiarazione.

[6] *Efficacia* L'efficacia probatoria della confessione trova la sua radice nella regola di comune esperienza, secondo la quale chi dichiara fatti a sé sfavorevoli dichiara la verità. La confessione ha efficacia di piena prova (art. 2733 c.c.), il che significa che il giudice non potrà metterne in dubbio l'attendibilità, e quindi la verità di quanto confessato. Ne deriva che, una volta acquisita la prova piena del fatto attraverso la confessione, intorno a questo fatto non sarà possibile alcuna ulteriore attività istruttoria; né, d'altro canto, le prove eventualmente già raccolte potranno in alcun modo contrastare l'efficacia della confessione.

[7] *Litisconsorzio necessario e unitario* Vi sono però dei casi in cui la confessione, eccezionalmente, non ha efficacia di prova legale, sibbene di prova liberamente valutabile. Il primo di essi è disciplinato dall'art. 2733, ultimo comma, c.c.: si presuppone che vi sia una pluralità di parti necessaria e che alcuni soltanto dei litisconsorti rendano la confessione.

In questo caso, per la natura stessa del litisconsorzio necessario, che impone una decisione unitaria della controversia, è evidente che il giudice non può né considerare prova legale la confessione resa da alcuno soltanto dei litisconsorti (perché ciò pregiudicherebbe la posizione degli altri, i quali si vedrebbero vincolati ad un atto dispositivo che non hanno compiuto), ma neppure considerarla inesistente (perché ciò toglierebbe efficacia ad una dichiarazione confessoria pienamente valida, in quanto rispetto ad essa sussistono i prescritti presupposti di disponibilità oggettiva e soggettiva). La confessione è, quindi, liberamente valutabile.

La stessa esigenza di unitarietà della decisione si presenta anche per il litisconsorzio unitario o quasi necessario. Quindi, anche in queste ipotesi la confessione ha la stessa disciplina dell'art. 2733 c.c., cioè è liberamente valutabile dal giudice.

[8] *Litisconsorzio facoltativo* Nel litisconsorzio facoltativo semplice, invece, la confessione fa piena prova nell'ambito del rapporto che fa capo al soggetto che ha reso la confessione; non ha invece efficacia probatoria sui diritti paralleli. In questo caso la confessione ha efficacia di prova legale limitatamente ad un diritto, e nessuna efficacia rispetto agli altri diritti cumulativamente trattati insieme a quello cui la confessione si riferisce.

Il giudice si comporterà naturalmente di conseguenza: riterrà provato il fatto confessato rispetto al diritto, cui la confessione si riferisce, e riterrà il fatto non provato nell'ambito delle altre situazioni sostanziali parallele a quella rispetto alla quale si è avuta la confessione.

Esempio: una delle possibili ipotesi di litisconsorzio facoltativo si ha quando il creditore agisce contro più condebitori solidali. Tizio, danneggiato da un incidente stradale, chiama in giudizio Caio, proprietario del veicolo che ha prodotto il danno, e Sempronio, conducente del veicolo al momento dell'incidente. Sempronio rende una confessione (ovviamente su un fatto comune anche all'altra controversia: ad es., sul fatto che ha attraversato l'incrocio con il semaforo rosso. Se la confessione ha ad oggetto un fatto proprio del solo rapporto Tizio-Sempronio — ad es., Sempronio confessa di essere stato effettivamente lui alla guida del veicolo — il problema neppure si pone). Caio, invece, non confessa. La confessione ha efficacia di piena prova relativamente alla controversia Tizio-Sempronio. Può essere, quindi, che Tizio ottenga la condanna di Sempronio, ma si veda rigettata la domanda nei confronti di Caio. Se il fatto, confessato da Sempronio, non è dimostrato da Tizio attraverso altri mezzi di prova, il giudice, arrivati alla fine del processo, accoglie la domanda nei confronti di Sempronio, perché c'è la prova del fatto, in quanto confessato; rigetta invece la domanda nei confronti di Caio, perché in relazione alla controversia Tizio-Caio manca la prova di un fatto.

Tutto ciò è possibile perché, nel litisconsorzio facoltativo, le cause sono abbinate e parallele, quindi è ben possibile che l'una abbia una decisione diversa dall'altra. Si tratta, comunque, di un contrasto di accertamenti, e non di un contrasto (neppure teorico) di giudicati. Si verifica, così, un'eccezione al principio di acquisizione.

La confessione può essere prova liberamente valutata anche nel caso della dichiarazione complessa (art. 2734 c.c.). La dichiarazione complessa si ha quando colui, che dichiara fatti a sé sfavorevoli, aggiunge anche la dichiarazione di fatti a sé favorevoli. Si chiama complessa perché è una dichiarazione mista, di fatti sfavorevoli e di fatti favorevoli: sotto certi aspetti è una confessione, sotto altri non lo è.

9
Dichiarazione
complessa

Esempio: Tizio dichiara di aver stipulato un certo contratto, ma sotto la costrizione della violenza; oppure Tizio dichiara di aver preso una somma a mutuo, ma anche di averla restituita.

Il nostro ordinamento adotta il criterio dell'inscindibilità della dichiarazione. L'efficacia della dichiarazione complessa dipende dal comportamento della controparte. Se la controparte contesta la verità

delle circostanze aggiunte, cioè dei fatti favorevoli al confitente, tutta la dichiarazione diventa prova liberamente valutabile (sia nella parte in cui è confessione, sia nella parte in cui ha ad oggetto fatti favorevoli), con la conseguenza che il giudice non può scinderne il contenuto, cioè credere a certi fatti e non ad altri. Se il giudice ritiene attendibile la dichiarazione, deve porla a fondamento della decisione nella sua interezza; se la ritiene inattendibile, non può porla a fondamento della decisione in relazione ad alcuno dei fatti dichiarati.

Se la controparte non contesta i fatti aggiunti favorevoli, la dichiarazione complessa ha efficacia di prova legale nella sua globalità. L'art. 2734 c.c. afferma infatti che essa fa « piena prova nella sua integrità »: sia per i fatti sfavorevoli che per quelli favorevoli.

Esempio: Tizio afferma di aver preso una somma a mutuo, ma di averla già restituita; la controparte non contesta; il giudice è vincolato a ritenere sia che la somma è stata presa a mutuo, sia che è stata restituita. Il giudice deve porre a fondamento della sua decisione tutti e due i fatti storici: il mutuo c'è stato, la somma è stata restituita. Se invece la controparte contesta, il giudice può scegliere: o ritiene provata l'esistenza del mutuo e quindi anche del fatto estintivo (perché ritiene attendibile la dichiarazione complessa); oppure non ritiene attendibile la dichiarazione complessa e allora, come ritiene non provata l'estinzione, così deve ritenere non provato anche il mutuo.

10
*Confessione
resa a un terzo*

Un'altra ipotesi di confessione liberamente valutabile è prevista dall'art. 2735 c.c., relativamente alla confessione stragiudiziale. Tale norma stabilisce che « se la confessione è fatta ad un terzo, o se è contenuta in un testamento, è liberamente apprezzata dal giudice ». Invece la confessione stragiudiziale resa alla parte o al suo rappresentante ha efficacia di prova legale.

La confessione è, quindi una dichiarazione rivolta ad una persona determinata; non è una dichiarazione al pubblico, in quanto o è resa nel processo (pertanto alla controparte) o, se stragiudiziale, è resa o alla controparte o ad un terzo. Diviene in tal modo rilevante il soggetto a cui la dichiarazione è resa, dipendendo da ciò la diversa efficacia della confessione stessa.

11
Revoca

Si è molto discusso in dottrina circa la natura negoziale della confessione, e la soluzione del problema è fornita dall'art. 2732 c.c., secondo il quale la revoca della confessione può aver luogo soltanto per errore di fatto o violenza. La revoca costituisce quella piccola apertura che l'ordinamento consente per togliere efficacia alla confessione e quindi, se necessario (il che accade se la parte ha confessato l'inesi-

stenza di un fatto, che è suo onere provare), per dimostrare il contrario di quanto risulta dalla dichiarazione confessoria (naturalmente se essa costituisce piena prova; se, invece, la confessione è liberamente valutabile, possono essere utilizzati tutti i mezzi di prova volti a confermare o a contrastare il risultato confessorio).

Errore di fatto è l'errore nella manifestazione della volontà: quello che nella teoria generale del negozio è detto errore ostativo.

Esempio: volevo dire 1000 e ho detto 100; volevo scrivere 10 e ho scritto 1000; etc.

Non è quindi sufficiente, perché sussista l'errore di fatto, dimostrare che la realtà storica è diversa da quella confessata. Occorre, invece, dimostrare di essere caduto in errore nel momento in cui si è resa la dichiarazione confessoria. Non è sufficiente l'errore *oggettivo* nella dichiarazione confessoria, bisogna dimostrare l'errore *soggettivo* del confitente nel momento in cui è stata resa la dichiarazione. Occorre, cioè, dimostrare che, quando è stata resa la confessione, la volontà di chi l'ha resa era diretta a dichiarare certi fatti, e ne sono stati dichiarati altri. Solo in tal caso può essere revocata l'efficacia probatoria della confessione. Lo stesso discorso, anche se più diretto, vale per la violenza.

Le condizioni, che consentono di togliere efficacia probatoria alla confessione, servono per stabilire che tipo di atto sia la dichiarazione confessoria. Sicuramente non è un negozio, perché, come sappiamo, in relazione ai negozi rilevano i vizi della volontà, mentre qui rilevano soltanto la violenza e l'errore ostativo; c'è quindi una limitata rilevanza dei vizi della volontà.

Ciò non toglie che la confessione è un atto in cui rileva la volontà del comportamento. Quando si rende una confessione è infatti irrilevante il perché lo si faccia, o quale scopo o effetto giuridico si voglia raggiungere; è invece rilevante che il soggetto tenga volontariamente il comportamento dichiarativo. In ciò consiste l'*animus confitendi* che è richiesto per l'efficacia della confessione.

La rilevanza dell'*animus confitendi* sembrerebbe quasi una contraddizione tecnica, in quanto potrebbe far pensare che si tratti di un negozio. Si deve, invece, intendere tale espressione come la volontarietà del comportamento (la volontà di rendere una dichiarazione di scienza, quali che ne siano gli effetti). Ciò spiega la differenza di efficacia probatoria fra la confessione resa alla parte e quella resa ad un terzo;

diversità che non si spiegherebbe, se la confessione non fosse una dichiarazione *volontariamente* indirizzata a certi soggetti. La confessione non è una formula magica, è un comportamento volontario. Non rileva, quindi, il mero fatto della pronuncia di certe parole o della sottoscrizione di un atto contenente certe dichiarazioni; rileva invece la volontà di rendere quella dichiarazione. La confessione è un comportamento, in cui rilevano violenza ed errore di fatto, e che è essenzialmente riconducibile al regime di un atto giuridico in senso stretto.

12 *Confessione stragiudiziale* La confessione può essere giudiziale (art. 2733 c.c.) o stragiudiziale (art. 2735 c.c.). La confessione giudiziale è resa in giudizio, mentre quella stragiudiziale è resa fuori dal processo. La confessione stragiudiziale è una c.d. *probatio probanda*, cioè una prova che a sua volta deve essere provata, perché il fatto rappresentativo (la dichiarazione confessoria) è un fatto extraprocessuale e in quanto tale deve essere dimostrato al giudice. Se, al contrario, la confessione è giudiziale, il giudice la percepisce con i suoi sensi.

Esempio: il fatto rilevante in causa è aver pagato il mutuo; tale fatto è dimostrato al giudice attraverso la dichiarazione confessoria del creditore, che, fuori del processo, ha affermato di aver ricevuto la somma. Tale dichiarazione, essendo stragiudiziale, deve essere provata in causa.

Se la confessione è consacrata in un documento, essa è provata attraverso la produzione o l'esibizione del documento; ricollegandoci a quanto già detto circa la natura di « contenente » del documento, è chiaro che, se esso contiene una confessione, avremo una doppia prova legale: che la confessione è stata resa (e questo è compito del documento), e che il fatto confessato effettivamente sussiste (e questo è compito della confessione).

Se, però, la confessione non è contenuta in un documento, occorre acquisirla al processo attraverso altri mezzi di prova. L'art. 2735, II c.c., pone, a questo proposito, dei limiti alla prova testimoniale della confessione. La confessione trova i medesimi limiti che trova la prova diretta del fatto confessato: se il fatto oggetto della confessione incontra dei limiti nella prova testimoniale (perché si tratta di un contratto, di una quietanza, o di una remissione di debito), uguali limiti trova la prova della confessione stragiudiziale di questi stessi fatti.

Esempio: per dimostrare attraverso testimoni l'esistenza di un contratto di valore superiore a 2,58 € si incontrano alcuni limiti, perché il giudice deve valutare la qualità delle parti, la natura del contratto ed ogni altra

circostanza. Se Tizio chiede di dimostrare che Caio ha confessato stragiudizialmente di aver stipulato il contratto, il giudice ammette la prova testimoniale della confessione, solo previa valutazione della qualità delle parti, della natura del contratto e di ogni altra circostanza.

Se Caio chiede di dimostrare che Tizio stragiudizialmente ha dichiarato l'esistenza di un patto aggiunto o contrario anteriore o contemporaneo alla stipulazione del documento, non essendo qui ammessa la prova testimoniale, non è ammessa neppure la prova per testimoni della confessione.

Il meccanismo è dunque questo: la confessione ha ad oggetto la dichiarazione di un fatto; gli stessi limiti che tale fatto incontra nella prova testimoniale diretta li incontra anche nella prova testimoniale della confessione che lo riguarda. La prova testimoniale della confessione, che ha ad oggetto il fatto X, è allora ammessa alle stesse condizioni della prova testimoniale diretta del fatto X.

La confessione giudiziale può essere spontanea o provocata mediante interrogatorio formale (art. 228 c.p.c.). La confessione spontanea può essere contenuta in qualunque atto del processo che proviene dalla parte direttamente (art. 229 c.p.c.). Le dichiarazioni fatte dal difensore tecnico della parte non sono quindi confessioni, perché quest'ultimo non ha il potere di disporre del diritto, oggetto del processo (art. 84, II c.p.c.) e valgono come elementi che integrano la pacificità del fatto (ammissione e non contestazione). Si ricordi che il fatto confessato è un fatto provato; il fatto pacifico non ha bisogno di prova. Si ricordi, infine, che non danno luogo a confessione le dichiarazioni che la parte rende in sede di interrogatorio libero (art. 117 c.p.c.).

La confessione può essere provocata mediante interrogatorio formale, che è un mezzo di prova costituendo, in quanto è lo strumento con cui si cerca di acquisire al processo la confessione della parte. Esso deve essere richiesto dalla parte (non è disponibile d'ufficio) mediante la individuazione dei fatti, oggetto dell'interrogatorio, attraverso articoli separati e specifici, come per la prova testimoniale.

Esempio: il difensore dell'attore Tizio chiede ammettersi l'interrogatorio formale del convenuto Caio sui seguenti fatti: « vero che il giorno tale hai preso a mutuo da Tizio la somma di 1.000,00 € ».

Il giudice, di fronte alla richiesta di interrogatorio formale, deve valutarne l'ammissibilità e la rilevanza, come per qualunque mezzo di prova costituendo. La valutazione di ammissibilità viene effettuata con

13
*Confessione
giudiziale*

14
*Interrogatorio
formale*

riferimento ai presupposti di efficacia della confessione. Quindi l'interrogatorio formale non è ammissibile, se l'eventuale confessione, che si raggiunga in ordine al fatto, oggetto dell'interrogatorio, non ha efficacia, ad es., perché si deduce un interrogatorio formale in relazione a diritti indisponibili: la confessione su diritti indisponibili non è efficace, quindi anche l'interrogatorio formale, che tende a raggiungere una confessione su fatti che si riferiscono a diritti indisponibili, è un mezzo di prova non ammissibile.

La rilevanza segue le regole normali: è rilevante l'interrogatorio formale il cui oggetto è un fatto che, in via diretta o indiretta (cioè attraverso il meccanismo presuntivo), integra un fatto costitutivo, modificativo, impeditivo o estintivo.

L'ammissione dell'interrogatorio formale avviene con ordinanza istruttoria del g.i., con la quale è fissata anche la data di espletamento dell'interrogatorio. All'udienza deve comparire personalmente la parte. Se la parte compare, gli vengono letti gli articoli, che sono formulati in senso sfavorevole alla parte che risponde. In sostanza, se la parte risponde « sì » alle domande, rende una confessione.

Naturalmente la parte può dire « sì » e con ciò confessare, ma, molto più facilmente, può dire « no », anche perché nell'interrogatorio formale la parte non ha l'obbligo di dire la verità, quindi la dichiarazione di fatti non veri non è in alcun modo sanzionata (invece il testimone deve dire la verità). Se, quindi, la parte risponde positivamente, si ha una confessione giudiziale. Se, invece, la parte risponde negativamente, la prova è fallita (come quando il testimone si presenta, ed alle domande postegli risponde: "non so"). L'interrogatorio formale non ha raggiunto alcuna efficacia probatoria, perché la dichiarazione di fatti a sé favorevoli non ha efficacia probatoria. Se, infine, la parte non si presenta, o presentandosi rifiuta di rispondere, senza un giustificato motivo, il giudice, al momento della decisione, valutato ogni altro elemento di prova, può ritenere come ammessi i fatti dedotti nell'interrogatorio (art. 232 c.p.c.). Questa norma è interessante, perché è l'unica disposizione del codice, in cui compare il termine « ammissione ».

Altr
manda,
giurame
art. 273
sottospe
art. 241
definizio
quello d
totale o
Dall
giurame
proveng
opera di
che è op
parte in
atto dell
costituit
prova sc
L'og
dall'art.
della cau
Ciò
del giur
esso sia
può ess
come ur
tamento
qualifica
l'accerta
giurame

ne. Quindi l'inconfessione, che probatorio, non ha valore in relazione ai fatti non è possibile a raggiungere, è un

l'interrogatorio indiretto (cioè fatto costitutivo,

con ordinanza di espletamento, mente la parte. non formulati in forma, se la parte

confessare, ma, l'interrogatorio, e la dichiarazione (invece il risponde positivamente si presenta, probatorio formale dichiarazione di fatto, la parte non un giustificato, ogni altro dedotti nell'incidente, perché è mine « ammis-

22.

IL GIURAMENTO

Altra prova di natura *lato sensu* dispositiva, esclusivamente costitutiva, è il giuramento. Il nostro ordinamento conosce tre forme di giuramento. La distinzione fondamentale è tra giuramento decisorio (art. 2736 n. 1 c.c.) e giuramento suppletorio (art. 2736 n. 2 c.c.). Una sottospecie del giuramento suppletorio è poi il giuramento estimatorio (art. 241 c.p.c.). Del giuramento decisorio il legislatore non dà una definizione, perché si limita a dire che « il giuramento decisorio è quello che una parte deferisce all'altra per farne dipendere la decisione totale o parziale della causa ».

[1]

Nozione

Dall'art. 2736 c.c. si può ricavare un primo elemento rilevante. Il giuramento decisorio si integra in realtà di due atti distinti, che provengono da due parti diverse: il deferimento del giuramento, che è opera di una parte, e un atto successivo, la prestazione del giuramento, che è opera della controparte. Quindi la dichiarazione giurata di una parte in tanto ha valore probatorio in quanto sia stata preceduta da un atto della controparte, che è il deferimento del giuramento. La prova è costituita dalla dichiarazione di una parte, ma tale dichiarazione è prova solo se vi sia stato, ad opera della controparte, l'invito a farla.

L'oggetto della dichiarazione è molto ambiguamente descritto dall'art. 2736 c.c.: « per farne dipendere la decisione totale o parziale della causa ».

Ciò ha fatto sorgere molte discussioni sulla natura e sulla portata del giuramento, tanto che, da parte di taluno, si nega addirittura che esso sia un mezzo di prova. Da un punto di vista generale, il giuramento può essere costruito in due modi diversi. Anzitutto può essere visto come un mezzo di prova (al pari degli altri), con cui si arriva all'accertamento di un fatto storico, fermo rimanendo, però, che vuoi la qualificazione giuridica del fatto storico oggetto del giuramento, vuoi l'accertamento di altri fatti storici al di là di quello oggetto del giuramento escono dall'ambito di efficacia del giuramento stesso. Una

[2]

Mezzo di prova

volta ottenuto, attraverso il giuramento, l'accertamento di un fatto storico, rimane pur sempre, anzitutto, da qualificare tale fatto secondo le norme di diritto sostanziale; ed in secondo luogo resta possibile affiancare al fatto oggetto del giuramento (la prova di) altri fatti storici, che valgono in un qualche modo a modificarne l'efficacia giuridica.

Esempio: in una controversia nella quale si fa valere un diritto di credito, il giuramento si può intendere come un mezzo di prova del fatto storico « stipulazione del contratto ». Una volta acquisita la prova della esistenza del fatto storico, il giudice deve qualificare il contratto (e, ad es., potrebbe rilevarne la nullità); inoltre, una volta provata, col giuramento, la stipulazione del contratto, si potrebbero allegare ulteriori fatti storici idonei a modificarne l'efficacia (ad es., un'eccezione di annullamento, o di prescrizione). In quest'ottica, il giuramento non avrebbe caratteristiche diverse dagli altri mezzi di prova; sarebbe, sì, un mezzo di prova ad efficacia legale, ma pur sempre un mezzo di prova, cioè un istituto che ha per scopo l'accertamento di un fatto storico rilevante in causa.

3
Strumento di
decisione

Ma questa prospettazione è contraddetta da un argomento testuale ricavabile dall'art. 2736 c.c. e da un argomento storico. L'art. 2736 n. 1 c.c. è sempre stato interpretato dalla giurisprudenza, sulla base di una tradizione storica, come una condizione di ammissibilità del giuramento: il giuramento è ammissibile soltanto se esso esaurisce completamente ogni questione controversa all'interno di quel processo; il giuramento è decisivo se da esso e *da esso solo* dipende la decisione totale o parziale della causa. In pratica, il giuramento è utilizzabile esclusivamente quando, una volta che sia stato deferito, al giudice resti soltanto da accertare « *an iuratum sit* ». La parte ha giurato: vince la causa; non ha giurato: perde la causa.

Esempio: riprendendo l'esempio già fatto, una volta giurato che il contratto è stato stipulato, il giudice non può far altro che prendere atto che il giuramento è stato prestato e quindi colui che ha prestato il giuramento vince la causa. Se il giuramento, invece, non viene prestato, il giudice ne prende atto e colui che ha deferito il giuramento vince la causa.

In quest'ottica, perciò, il giuramento non è un mezzo di prova come gli altri, ma in realtà è un mezzo sostitutivo della decisione del giudice; esso formalmente ha ad oggetto fatti, ma nella sostanza ha efficacia decisoria, perché taglia via tutte le altre questioni che pure in astratto si potrebbero ancora porre.

Esempio:
che il con
prova, si p
è annullat
prescritto
secondo l
non può
essere ec
prestazio

Il giura
controversia
Oggetto de
qualunque
a ciò che si
Se, quindi,
non può av
caratteristic
uno o più
decisorieta,
non sia que

In conc
sono contro
mento, nese

È ovvic
quelle della
mento sono
rinvio alla
quindi per
per confess

Da qu
quanto det
soggettiva.
unilaterale
confessa. F
giuramento
deferimento

Ci do
disponibilit
si pone in q
per tutti i s

Esempio: tornando ancora al precedente esempio, una volta accertato che il contratto è stato stipulato, se il giuramento fosse solo un mezzo di prova, si potrebbe rilevare che, sì, il contratto è stato stipulato, ma esso è annullabile, nullo, etc., oppure che il credito sorto dal contratto è prescritto, è stato adempiuto, etc. Ebbene, ogni ulteriore questione, secondo la giurisprudenza, una volta che è stato deferito il giuramento, non può più essere sollevata, e resta del tutto preclusa. Non può più essere eccepito niente che valga a paralizzare le conseguenze della prestazione del giuramento.

Il giuramento, in realtà, è dunque un mezzo di decisione della 4 controversia, che il giudice poi formalmente recepisce nella sentenza. *Oggetto* Oggetto del giuramento sono sì fatti, ma la sua efficacia è tale che qualunque altro elemento di fatto o di diritto che valga a contrapporsi a ciò che si accerta con il giuramento non è più rilevante nel processo. Se, quindi, in un processo ci sono più fatti controversi, il giuramento non può avere ad oggetto soltanto alcuni di essi, perché non avrebbe la caratteristica della decisorietà. Il giuramento ha pertanto per oggetto uno o più fatti, ma tale oggetto deve avere la caratteristica della decisorietà, tale da esonerare il giudice da qualunque altra indagine che non sia quella di stabilire se il giuramento è stato o non è stato prestato.

In conclusione: il giuramento deve avere ad oggetto *tutti* i fatti, che sono controversi nel momento in cui viene deferito. Dopo il deferimento, nessun altro fatto può essere allegato o contestato.

È ovvio, pertanto, che, per le sue caratteristiche, ancor più che per quelle della confessione, i limiti naturali di ammissibilità del giuramento sono la disponibilità soggettiva, prevista dall'art. 2737 c.c. con il rinvio alla corrispondente norma della confessione (art. 2731 c.c.: quindi per deferire il giuramento occorre la stessa capacità che occorre per confessare) e la disponibilità oggettiva (art. 2739 c.c.).

Da questo punto di vista non vi è nient'altro da aggiungere a quanto detto per la confessione in punto di disponibilità oggettiva e soggettiva. Bisogna, però, fare una precisazione: la confessione è atto unilaterale e quindi la capacità soggettiva si riferisce al soggetto che confessa. Per il giuramento invece il discorso è diverso, perché il giuramento è costituito da una fattispecie complessa, composta dal deferimento e dalla prestazione.

Ci dobbiamo quindi chiedere in capo a chi deve sussistere la disponibilità soggettiva (per la disponibilità oggettiva il problema non si pone in quanto, se il diritto è oggettivamente indisponibile, esso è tale per tutti i soggetti cui si riferisce). Infatti, può essere che per una sola

5 *Disponibilità
oggettiva e
soggettiva*

delle parti sussistano dei limiti soggettivi alla disposizione del diritto, essendo questo disponibile oggettivamente (ad es., il genitore fa valere in giudizio un diritto, oggettivamente disponibile, del figlio minore nei confronti di un soggetto pienamente capace). In questo caso ci dobbiamo chiedere se l'atto di disposizione è il deferimento o la prestazione, e quindi se le condizioni previste dall'art. 2737 c.c. debbono sussistere in capo a chi deferisce il giuramento o in capo a chi è chiamato a prestarlo.

Orbene, l'atto dispositivo non è la prestazione, ma il deferimento; quindi capace soggettivamente di disporre deve essere colui che deferisce il giuramento e non chi lo presta. Infatti, il meccanismo inesorabilmente decisivo viene innescato dal deferimento: chi deferisce compie l'atto di disposizione del diritto, chi giura fa una pura e semplice dichiarazione di scienza a cui è costretto in virtù del deferimento operato dalla controparte.

Quindi se, in un processo che ha ad oggetto un diritto disponibile, una parte ha limitata capacità dispositiva ed un'altra parte ha invece piena capacità dispositiva, la prima può prestare il giuramento, ma non può deferirlo, mentre la seconda ovviamente può sia deferire che prestare il giuramento. Tornando all'esempio di prima, il padre del minore non può deferire il giuramento, se non ha la capacità di disporre del diritto del minore; però, se la controparte deferisce a lui il giuramento, può giurare senza bisogno di alcuna autorizzazione del giudice, perché l'atto di prestazione del giuramento non è un atto di disposizione.

6 Il giuramento presenta anche altri limiti di ammissibilità, che sono specificati nell'art. 2739 c.c.; invece la confessione è sempre ammissibile purché si riferisca ad un diritto oggettivamente e soggettivamente disponibile.

Fatto illecito

Un ulteriore limite riguarda l'impossibilità di deferire il giuramento su un fatto illecito. Occorre, però, individuare con esattezza cosa si intende per fatto illecito; se prendiamo l'espressione alla lettera, si rischia infatti che il giuramento non sia mai ammissibile, perché normalmente l'attività giurisdizionale si fonda sull'illecito, se per illecito si intende qualunque comportamento contrario ad una prescrizione normativa. Inteso, quindi, il limite all'ammissibilità in questo ampio significato, il giuramento rischia di essere raramente ammissibile, perché un illecito all'interno del processo c'è sempre, quantomeno in materia di diritti disponibili (i soli, in relazione ai quali il giuramento è ammissibile).

La corretta individuazione di cosa significa « fatto illecito » postula l'individuazione della *ratio* della limitazione, cioè del motivo, per cui il legislatore impedisce il giuramento su un fatto illecito. La ragione è che si vuole evitare che la parte, a cui il giuramento è deferito, si trovi di fronte alla seguente alternativa: giurare, e quindi dichiarare l'esistenza di un fatto tale che possa sottoporla a procedimento penale oppure anche esporla al discredito sociale in quanto si tratta di un fatto penalmente irrilevante, ma socialmente disdicevole (ad es., una relazione extraconiugale); oppure non giurare e perdere la causa. Quindi l'impossibilità di deferire il giuramento sul fatto illecito si ha soltanto nelle limitate ipotesi per cui la parte che deve giurare si trova nell'alternativa di giurare di avere commesso un fatto penalmente rilevante oppure socialmente disdicevole, o di non giurare e quindi di perdere la causa.

E poiché, come vedremo meglio fra poco, il giuramento è la dichiarazione di un fatto a sé *favorevole* sono molto rare le ipotesi in cui l'aver tenuto un comportamento penalmente rilevante o socialmente disdicevole costituisce un fatto favorevole per la parte che giura; normalmente un tale comportamento costituisce un fatto sfavorevole. Il giuramento è ammissibile tutte le volte in cui, invece, ciò che la parte deve dichiarare sotto giuramento è di *non* aver tenuto quel comportamento, perché in questo caso la parte non si trova nell'alternativa di giurare e di esporsi al processo penale o al discredito sociale, oppure di non giurare e di perdere la causa. Quindi l'espressione « fatto illecito » va ristretta al comportamento penalmente rilevante o socialmente disdicevole, che eccezionalmente costituisce un fatto favorevole al giurante.

L'art. 2739 c.c. prevede inoltre che il giuramento non possa essere deferito per provare l'esistenza di un contratto per la validità del quale sia richiesta la forma scritta, quindi un contratto con forma scritta *ad substantiam*. Ovviamente il limite di ammissibilità del giuramento ha senso quando si chiede di giurare di aver stipulato in forma scritta un certo contratto, cioè quando la formula del giuramento è « giura di avere », oppure, a seconda dei casi, « di non avere stipulato per scritto questo contratto ».

È evidente, invece, che un giuramento sulla stipulazione orale di un contratto con forma scritta *ad substantiam* non avrebbe efficacia decisoria per le ragioni già dette quando abbiamo analizzato le norme sulla prova testimoniale. Inoltre, qui ritroviamo la differenza fondamentale tra i contratti con forma scritta *ad substantiam* e contratti con forma

7
Contratto con
forma scritta

scritta *ad probationem*. La differenza non è riscontrabile nella disciplina della prova testimoniale (e delle presunzioni semplici), in relazione alla quale tutti e due i tipi di contratti incontrano uguali limiti, ed invece si riscontra in relazione al giuramento, perché è possibile deferire il giuramento sulla stipulazione di un contratto per il quale è richiesta la forma scritta *ad probationem* e non anche per il contratto con forma scritta *ad substantiam*.

Esempio: Tizio agisce contro Caio per l'adempimento di una transazione che ha ad oggetto un diritto di credito; Caio nega di aver stipulato la transazione; Tizio deferisce a Caio il seguente giuramento « giura che non abbiamo stipulato la transazione ». Il giuramento è ammissibile. Ma se la transazione ha ad oggetto un diritto reale immobiliare, il giuramento non è ammissibile, perché in tal caso la transazione deve avere forma scritta *ad substantiam* (art. 1967 c.c.).

8 Infine il giuramento non è utilizzabile per smentire le risultanze dell'estrinseco di un atto pubblico, cioè quelle risultanze che sono coperte da pubblica fede. Per smentire tali risultanze l'unico mezzo possibile è la querela di falso, che non è surrogabile indirettamente attraverso la prestazione di un giuramento. Ovviamente il limite vale solo per l'estrinseco; per l'intrinseco il discorso è diverso, in quanto il giuramento ben è possibile, ad es., sulla simulazione del contratto. Anzi: uno dei settori in cui è più frequente l'utilizzazione del giuramento è proprio l'intrinseco di un atto pubblico o di una scrittura privata.

Esempio: Tizio agisce contro Caio per l'adempimento contrattuale; Caio afferma che si tratta di un contratto simulato; Tizio nega; Caio deferisce a Tizio il seguente giuramento « giura che il contratto non era simulato ». Ciò è possibile, perché non tende a smentire le risultanze dell'atto pubblico coperte da pubblica fede, ma smentisce il cosiddetto intrinseco, in relazione al quale non vi sono limiti di ammissibilità delle prove, se non quelli specifici che derivano dalle singole fattispecie sostanziali (ad es., la simulazione non può essere *inter partes* provata ricorrendo alla prova testimoniale).

9 L'art. 2738 c.c. stabilisce che « se è stato prestato il giuramento deferito ... l'altra parte non è ammessa a provare il contrario ... ». In realtà, come abbiamo visto, l'efficacia del giuramento è più ampia: non soltanto la controparte non è ammessa a provare il contrario, ma non è ammessa neppure ad allegare e provare in giudizio fatti ulteriori che valgano a modificare le conseguenze giuridiche del giuramento prestato. Quindi, in realtà, una volta che il giuramento è stato prestato, al

giudice re
vittoria al
parte che

L'art.
della falsi
sentenza,
altro indiz
realtà, l'oc
di emersio
controver
non la rev
condanna
giudice ci
risarcitori

Qui c
mento, e
tale, per
mento de
si vede m
possa anc
È ne
non tanto
sione del
utilizza q
un certo
è a un p

Esemp
doman
la trans
strare
docum
dall'art
L'unica
giuram
stipula
costitu
rando,
avrebbe
giurare

giudice resta soltanto da accertare *an iuratum sit*; se accerta di sì, dà la vittoria alla parte che ha giurato; se accerta di no, dà la vittoria alla parte che ha deferito il giuramento.

L'art. 2738 c.c. prevede addirittura che l'eventuale accertamento della falsità del giuramento non può essere causa di revocazione della sentenza, ai sensi dell'art. 395, n. 2, c.p.c. Questo è, se vogliamo, un altro indizio che l'oggetto del giuramento è sì un fatto, ma il fatto è, in realtà, l'occasione per la decisione della controversia; il fatto è il punto di emersione del contrasto fra le parti, che consente la decisione della controversia. In caso di falsità del giuramento, si può quindi chiedere non la revocazione della sentenza, ma il risarcimento dei danni. Se la condanna penale non può essere pronunciata, del reato conosce il giudice civile in via incidentale per poter pronunciare sulla domanda risarcitoria.

Qui dobbiamo porci un problema di fondo: a che serve il giuramento, e come è possibile che si giunga ad una situazione processuale tale, per cui una parte rischia il tutto e per tutto attraverso il deferimento del giuramento? E, inoltre, come è possibile che una parte, che si vede messa su un piatto d'argento la possibilità di vincere la causa, possa anche non prestare il giuramento?

È necessario, pertanto, approfondire la funzione del giuramento non tanto nell'istruttoria quanto nell'ambito complessivo della decisione della causa. Ora, il giuramento è un meccanismo che la parte utilizza quando è nell'impossibilità di difendersi, se non dimostrando un certo fatto, che non ha la possibilità di provare. In sostanza la causa è a un punto tale che, per la parte, è persa.

Esempio: Tizio e Caio stipulano una transazione orale; di fronte alla domanda di Tizio che si fonda sul contratto originario, Caio eccepisce la transazione, ma Tizio la nega; Caio, se vuole difendersi, deve dimostrare l'esistenza della transazione; ma della transazione non ha il documento, né può provarla per testimoni perché ciò è impedito dall'art. 2725 c.c. Se le cose rimangono così, la causa, per Caio, è persa. L'unica possibilità che Caio ha, persa per persa la causa, è di deferire il giuramento a Tizio, e di fargli giurare che la transazione *non* è stata stipulata. Ma attenzione, perché il deferimento del giuramento può costituire un boccone avvelenato per la controparte. È vero che, giurando, Tizio vince la causa; però, anzitutto, Tizio, allo stato, comunque avrebbe già vinto la causa; in secondo luogo, è vero che Tizio può giurare il fatto a sé favorevole, però va incontro a responsabilità penali.

[10]
Falso
giuramento

[11]
Funzione

Spesso il boccone è avvelenato per due motivi: in primo luogo, Tizio può sapere o sospettare che Caio abbia in mano la prova documentale e non la voglia esibire per certi motivi (ad es., per motivi fiscali), e che quindi lo sfidi dicendogli: «Giura il falso, ed io ti denuncio penalmente, e in quella sede esibisco il documento». In secondo luogo, le limitazioni probatorie del processo civile non valgono in sede penale. Tornando all'esempio della transazione orale, Caio non può dimostrare per testimoni, in sede civile, che la transazione è stata stipulata; ma quando Tizio ha negato che la transazione sia stata stipulata, nel processo penale il p.m. può benissimo usare i testimoni, per dimostrare che Tizio ha giurato il falso, perché la transazione, in realtà, era stata effettivamente stipulata.

Quindi si capisce che il giuramento non è un meccanismo così assurdo come potrebbe parere. Esso è sempre l'unica scelta che ha il deferente, il quale talvolta ha qualcosa in mano che non può utilizzare nel processo civile, ma che ben potrà essere utilizzato nel processo penale per falso giuramento. In secondo luogo, chi si trova a rispondere al giuramento non può giurare quello che vuole, perché c'è sempre la possibilità che si riesca a dimostrare, in sede penale, che ha dichiarato il falso e che quindi egli sia passibile non soltanto di sanzioni penali, ma anche del risarcimento danni.

In questa direzione acquista valore la constatazione che l'oggetto del giuramento è un fatto e che non si può eliminare il fatto dal giuramento. Si potrebbe infatti sostenere, sulla base di quanto detto sulla natura decisoria del giuramento, che tanto varrebbe che la formula del giuramento fosse: «Giura che hai ragione». Ma ciò sarebbe errato, perché la falsità del giuramento può essere accertata proprio e solo perché il giuramento — ancorché abbia una natura decisoria sostitutiva della sentenza — ha per oggetto un fatto storico di cui è dimostrabile l'esistenza o l'inesistenza. Quando Tizio dichiara: «giuro che non abbiamo stipulato la transazione», Tizio afferma l'esistenza di un fatto storico, rispetto al quale può essere smentito.

Ecco perché, nonostante le critiche di parte della dottrina, il giuramento non è uno strumento inutile: ci sono situazioni a cui solo il giuramento può far fronte.

[12]
Giuramento *de*
veritate e *de*
scientia

L'art. 2739, ult. comma, c.c. stabilisce che il giuramento deve essere deferito su un fatto proprio della parte che deve giurare o sulla conoscenza che essa ha di un fatto altrui. La distinzione è quindi fra il giuramento c.d. *de veritate* e il giuramento c.d. *de scientia* o *de notitia*. Il giuramento *de veritate* è quello che ha ad oggetto il fatto proprio; il

giurame
giurante

Esem
deferi
di noi
de ve
tore.
debito
nei se
ricev
perch
meno
pagan
suo d

Nel
mento,
intende
soccom
non sap
parte vi

Esem
contra
deve
scritta
deferi
abbia
portar
la trar
Tizio
» la c
quind

Esem
utilizz
contra
prova
giuran
tuo da
nella
il dan
fatto
causa
Tizio

giuramento *de scientia* è quello che ha ad oggetto il fatto altrui di cui il giurante ha conoscenza, ma che non integra un suo comportamento.

Esempio: in una controversia relativa ad un credito il convenuto deferisce il giuramento decisorio all'attore con questa formula: « giura di non aver ricevuto il pagamento del credito ». Questo è un giuramento *de veritate* perché il pagamento, in tesi, è stato ricevuto proprio dall'attore. Se la stessa controversia sorge fra l'erede del creditore ed il debitore, il debitore può deferire il giuramento all'erede del creditore nei seguenti termini: « giura di non sapere che il tuo dante causa ha ricevuto il pagamento del credito ». Questo è un giuramento *de scientia* perché l'erede deve giurare di sapere se il suo dante causa ha ricevuto o meno il pagamento: non giura su un fatto proprio (aver ricevuto il pagamento), ma giura sulla conoscenza che ha di un fatto altrui (che il suo dante causa abbia ricevuto il pagamento).

Nel giuramento *de veritate* se la parte, a cui è deferito il giuramento, dichiara di non sapere o di non ricordare, la dichiarazione si intende equivalente al rifiuto di prestare il giuramento, ed essa rimane soccombente. Nel giuramento *de scientia* invece, la dichiarazione di non sapere è ritenuta equivalente alla prestazione del giuramento, e la parte vince la causa.

Esempio: si ha giuramento *de veritate* se Tizio chiede l'adempimento del contratto a Caio, il quale eccepisce l'esistenza di una transazione (che deve essere provata per iscritto). Tizio nega, e Caio non ha la prova scritta per suffragare tale allegazione. Vista ormai persa la causa, Caio deferisce il giuramento a Tizio in questi termini: « giura che non abbiamo concluso una transazione ». Tizio può tenere i seguenti comportamenti: o giura pronunciando le parole « giuro di non aver concluso la transazione » e vince la causa; o rifiuta di giurare e perde la causa. Se Tizio afferma « non ricordo, non so se abbiamo concluso la transazione » la dichiarazione equivale al rifiuto di prestare il giuramento, ed egli quindi soccombe.

Esempio: si ha giuramento *de scientia* se, nell'esempio precedentemente utilizzato, ad agire in giudizio è l'erede di Tizio, che ha stipulato il contratto. Anche qui Caio allega una transazione, che non riesce a provare, e quindi deferisce il giuramento all'attore con la formula del giuramento *de scientia*: « giura che non è a tua conoscenza il fatto che il tuo dante causa ha concluso una transazione ». La transazione, infatti, nella allegazione del convenuto è stata stipulata non con l'attore, ma con il dante causa dell'attore. Quindi l'attore è chiamato a giurare non su un fatto proprio, ma sulla conoscenza che egli ha di ciò che il suo dante causa ha fatto: se il suo dante causa ha o meno stipulato la transazione. Tizio può tenere i seguenti comportamenti: o giura pronunciando le

parole « giuro di non essere a conoscenza che il mio dante causa ha concluso una transazione » e vince la causa; o rifiuta di giurare, e perde la causa. Se Tizio afferma « non so se il mio dante causa ha concluso una transazione », secondo l'opinione prevalente egli deve essere dichiarato vittorioso.

Quanto appena esposto è stato contestato da parte della dottrina. Secondo alcuni, in ipotesi di questo genere il giuramento *de scientia* prestato con la formula di ignorare non ha efficacia decisoria alcuna. Quindi la causa è decisa senza tener conto del giuramento.

Secondo un'altra posizione, che appare più corretta, occorre distinguere a seconda che il giuramento di ignorare sia stato prestato in relazione ad un fatto che è stato allegato da colui che deferisce il giuramento, oppure da colui che si trova a giurare. Il primo caso si ha nella fattispecie utilizzata per l'ultimo esempio fatto. La transazione viene allegata dal convenuto, che non riesce a provarla e deferisce il giuramento *de scientia* all'attore, il quale può rispondere non so, lo ignoro: ciò correttamente viene ritenuto un giuramento a lui favorevole, perché all'attore può benissimo non risultare che quella transazione — la cui esistenza è affermata solo dal convenuto — sia stata stipulata dal suo dante causa. Anzi, a voler essere precisi, questa è l'unica risposta negativa che il giurante può correttamente dare: come potrebbe escludere che il suo dante causa abbia effettivamente stipulato una transazione, di cui egli magari non è a conoscenza?

Però il giuramento può essere ammesso anche quando il fatto è già stato provato, e la parte contraria non ha le prove sufficienti per smontare l'accertamento che è stato raggiunto. La controparte, visto che, allo stato, la causa è persa, può deferire il giuramento a colui che ha allegato e provato il fatto, dicendogli di giurare che esiste il fatto da lui allegato. In questo caso la dichiarazione di ignorare il fatto dovrebbe essere ritenuta come un rifiuto di giurare: perché la parte verrebbe ad affermare di ignorare un fatto, che lei stessa ha allegato nel processo.

Esempio: l'erede fa valere un diritto del dante causa, e dimostra che il *de cuius* aveva stipulato un contratto di mutuo con il convenuto. Il convenuto cerca di dimostrare che il contratto di mutuo non è stato stipulato, però non ci riesce: non ha le prove contrarie per smontare ciò che l'attore ha provato. Il convenuto allora deferisce all'attore il giuramento: "giura (di sapere) che il *de cuius* ha stipulato il contratto di mutuo". Se l'attore risponde "non so", si mette in contraddizione: egli ha introdotto in causa, come fatto storico che fonda il suo diritto,

L'avvenuta stipulazione di un contratto di mutuo da parte del suo dante causa.

Il giuramento dell'erede non può in questi casi essere inteso come un giuramento favorevole, perché egli viene a contraddire la stessa allegazione che ha fatto in causa. In questo caso si dovrebbe quindi ritenere che la dichiarazione di non sapere, quando si riferisce ad un fatto altrui, ma che è allegato in causa dalla parte che giura, deve essere considerata come rifiuto di prestare giuramento: a ciò segue la soccombenza del giurante.

Identica regola vale per il giuramento decisorio deferito in materia di prescrizioni presuntive: abbiamo già visto che la prescrizione presuntiva è in realtà una presunzione di adempimento, tant'è che essa viene ritenuta inefficace quando il debitore si difenda negando l'esistenza del rapporto.

Esempio: Tizio, avvocato, chiede a Sempronio, erede di Caio suo cliente, il pagamento dei propri compensi. Sempronio si difende negando che il suo dante causa Caio sia mai stato cliente di Tizio, ed eccepisce anche la prescrizione presuntiva ex art. 2956, n. 2 c.c. Quest'ultima difesa non è ammissibile perché Sempronio ha negato che il rapporto sia sorto e quindi non può affermare che il debito sia stato pagato.

Se, dunque, la prescrizione presuntiva viene opposta non dal debitore originario ma da un terzo (ad es., erede; curatore nelle procedure concorsuali) questi necessariamente afferma l'avvenuto adempimento. Se nei suoi confronti viene deferito il giuramento, egli non può rispondere «non so» e vincere la causa, perché egli ha (implicitamente ma necessariamente) affermato che l'adempimento vi è stato. Così, con riferimento al curatore, Cass. 25442/2023.

L'art. 2738, III c.c. prevede che, in caso di litisconsorzio necessario, il giuramento prestato da alcuno soltanto dei litisconsorti è liberamente apprezzato dal giudice: è la stessa regola che vale per la confessione. Il giudice non può dichiarare vincitore chi ha giurato, e ritenere soccombente chi non ha giurato, perché la decisione è necessariamente unica e inscindibile per tutti. Non essendo possibili due pronunce, una delle quali ponga a suo fondamento la prestazione del giuramento, e l'altra che ponga a suo fondamento il rifiuto di prestare il giuramento, si passa nell'ottica della libera valutazione da parte del giudice, che deve emettere una sentenza di contenuto uguale per tutti.

13
Litisconsorzio
necessario e
unitario

La stessa disciplina vale anche per le ipotesi di litisconsorzio quasi necessario o unitario.

14 *Litisconsorzio facoltativo* In caso di pluralità di parti facoltativa, la prestazione del giuramento da parte di alcuno dei litisconsorti e la mancata prestazione da parte di altri, porta ad una decisione disomogenea delle cause: le parti che hanno giurato vinceranno, quelle che non hanno giurato soccomberanno. Ciò è possibile, perché sono tollerate decisioni difformi trattandosi di cause parallele, che non postulano una decisione unitaria.

15 *Deferimento* Vediamo ora il procedimento di deferimento e prestazione del giuramento. Il deferimento del giuramento è disciplinato dall'art. 233 c.p.c.: esso è uno di quegli atti che non rientrano nei poteri del difensore legale. Il giuramento deve essere deferito direttamente dalla parte o da un procuratore munito di mandato speciale, cioè con la specificazione del potere di deferire il giuramento: procuratore speciale, peraltro, può essere nominato anche il difensore tecnico della parte.

Il giuramento deve essere deferito « in articoli separati in modo chiaro e specifico »: ciò vuol dire che deve essere articolato in una espressione verbale che contenga l'affermazione o la negazione del fatto decisivo e (anche se l'articolo non lo dice) con una formulazione favorevole a colui che si trova a giurare. Nell'interrogatorio formale il fatto è formulato in maniera sfavorevole a colui che si trova a rispondere, in modo tale che, se colui che rende l'interrogatorio formale risponde sì, effettua una confessione. Il giuramento deve, invece, essere formulato in termini favorevoli a colui che giura. Se l'attore si trova a giurare su un fatto costitutivo, deve giurare l'esistenza del fatto; se si trova a giurare su una eccezione, deve giurare sulla inesistenza del fatto. L'inverso vale per il convenuto.

16 *Riferimento* Colui che si vede deferito il giuramento, oltre che giurare e non giurare, può anche riferire il giuramento. Riferire il giuramento vuol dire rimandare la palla a chi l'ha lanciata, cioè a colui che ha deferito il giuramento, con la semplice inversione del verbo della formula, mettendo in bocca alla controparte l'affermazione del contrario di quella che era la formula del giuramento. Se il giuramento è stato deferito sulla esistenza di un fatto, viene riferito sulla inesistenza di quello stesso fatto; se, invece, è stato deferito sulla inesistenza di un fatto, viene riferito sulla esistenza di quello stesso fatto.

Esempio: all'attore viene deferito il giuramento: « giura che non hai stipulato una transazione ». Se l'attore riferisce il giuramento la formula

sarà « giuramento era
« giura che

Con l'ir
riferito si tro
in quanto, i
diventa favo

Secondo
a cui il giur
pronta a giu
essere riferit
possibile il
deferente; q
è suo. Qui s
il riferimento
quello che r
giuramento
discusso se
possibile, co

Si è già
e che, nella
il deferimen
disposizione
parte, cui i
diritto, in q
della contro
riferire il gi
capacità sog
parte abbia
abbia la cap

Esempio:
nio, padre
giurare. S
zione del
diritto. Q
si pone, p

Il giura
essere anch
può revoca

sarà « giura che hai stipulato la transazione ». Se la formula del giuramento era « giura che hai pagato », la formula del riferimento sarà « giura che non hai ricevuto il pagamento ».

Con l'inversione della formula, colui al quale il giuramento è riferito si trova a sua volta a giurare su un fatto che è a lui favorevole, in quanto, invertendo il senso della formula, ciò che era sfavorevole diventa favorevole, e viceversa.

Secondo l'art. 234 c.p.c., il riferimento è possibile finché la parte, a cui il giuramento è stato deferito, non abbia dichiarato di essere pronta a giurare. Il giuramento (art. 2739, ultima parte, c.c.) non può essere riferito se il fatto non è comune ad entrambe le parti. Non è possibile il riferimento quando il fatto non è proprio anche del deferente; questi altrimenti si troverebbe a giurare su un fatto che non è suo. Qui si pone il discusso problema della possibilità di mutare, con il riferimento, il giuramento *de veritate* in giuramento *de scientia* perché quello che non è un fatto proprio (e quindi non può essere oggetto di giuramento *de veritate*) può essere oggetto di giuramento *de scientia*. È discusso se ciò possa avvenire, ma in linea di massima sembrerebbe possibile, con le relative conseguenze circa l'efficacia del giuramento.

Si è già visto che il giuramento è un atto essenzialmente dispositivo e che, nella sequenza deferimento-prestazione, l'atto di disposizione è il deferimento e non la prestazione. Anche il riferimento è un atto di disposizione: se giurare è una semplice dichiarazione di scienza, la parte, cui il giuramento è deferito, con il riferimento dispone del diritto, in quanto fa dipendere la decisione della lite dalla affermazione della controparte. Giurare, quindi, non è atto di disposizione, ma riferire il giuramento lo è. Quindi per riferire il giuramento occorre la capacità soggettiva di disporre (art. 2737 c.c.). Potrebbe darsi che la parte abbia la capacità di giurare (che non è atto dispositivo), ma non abbia la capacità di riferire il giuramento (che è atto dispositivo).

Esempio: Tizio agisce contro Caio, minorenne, in persona di Sempronio, padre di Caio; Tizio deferisce il giuramento a Sempronio, che può giurare. Sempronio non può riferire il giuramento (senza l'autorizzazione del giudice), perché non ha la capacità soggettiva di disporre del diritto. Quando il diritto è oggettivamente indisponibile il problema non si pone, perché il diritto è indisponibile per entrambe le parti.

Il giuramento (oltre che prestato, non prestato o riferito) può ^[17] essere anche revocato. Colui che ha deferito, o riferito il giuramento può revocarlo finché la controparte non ha dichiarato di essere pronta

Revoca

a prestare giuramento (art. 235 c.p.c.). L'art. 236 c.p.c. prevede che, se il giudice nell'ammettere il giuramento ne modifica la formula, la parte, che lo ha deferito, può revocarlo.

18 *Ammissione* Il giuramento, come tutte le prove costituenti, è soggetto alla valutazione di ammissibilità e rilevanza da parte del giudice. Dell'ammissibilità abbiamo già detto. La rilevanza riguarda la decisorietà: l'oggetto del giuramento deve essere tale per cui, una volta avuto il giuramento, resti solo da stabilire *an iuratum sit*. Se ci sono più fatti controversi, il giuramento su uno solo di essi non è decisorio: bisogna che il giuramento li coinvolga tutti. Ciò nell'ottica dell'interpretazione della giurisprudenza, che intende il giuramento come mezzo di decisione della lite; il discorso sarebbe diverso se si considerasse il giuramento come un mezzo di prova, che consente l'allegazione di ulteriori fatti, che valgano a contrastarne gli effetti.

Nelle cause riservate alla decisione del collegio, l'ammissione del giuramento è fatta dal g.i. se tra le parti non sorge controversia sull'ammissibilità o la rilevanza del giuramento; altrimenti il g.i. rimette al collegio la decisione circa l'ammissione del giuramento. L'ordinanza che ammette il giuramento è notificata alla parte personalmente (quindi non al difensore). L'art. 237 c.p.c. parla di ordinanza del collegio, però si intende comunemente che anche l'ordinanza del g.i. vada notificata personalmente. La *ratio* della notificazione personale non sta nel fatto che vi siano state contestazioni, ma nelle conseguenze che ha la mancata prestazione del giuramento; e queste sono uguali vuoi che l'ordinanza sia pronunciata dal g.i. in assenza di contestazioni, vuoi che l'ordinanza sia pronunciata dal collegio in presenza di contestazioni.

19 *Assunzione* Nell'ordinanza ammissiva del giuramento vengono fissati il giorno e l'ora per raccogliarlo. Ciò avviene in udienza come previsto dall'art. 238 c.p.c. La parte deve prestare giuramento personalmente e, dopo aver giurato, prosegue leggendo la formula predisposta dalla controparte. Se il giurante modifica la formula del giuramento, il giuramento si considera non prestato, e ne segue la sua soccombenza. Se la parte non si presenta per giustificato motivo, il giudice dispone come nell'interrogatorio formale: fissa una ulteriore udienza per il giuramento, anche fuori dalla sede giudiziaria.

20 *Giuramento suppletorio* Nel nostro ordinamento esiste anche il giuramento suppletorio (art. 2736 n. 2 c.c.), che è deferito dal giudice. Il presupposto del giuramento suppletorio è la *semiplena probatio*: prova semipiena, che quindi presuppone che i fatti non siano pienamente provati, ma neppure sforniti di prova. Il giudice si trova quindi, nella situazione di

dover applicare, in maniera rigida, la regola sull'onere della prova, dovendo, ad es., ritenere come non provato il fatto provato al 50%. Il che comporterebbe il rigetto della domanda, se la *semiplena probatio* si riferisce ad un fatto costitutivo o il rigetto dell'eccezione, se invece si riferisce ad un fatto impeditivo, modificativo o estintivo. Dunque la funzione del giuramento suppletorio è quella di evitare l'applicazione della regola sull'onere della prova, che impone di ritenere non provato un fatto che non è totalmente provato.

Il giudice può sopperire a quella residua percentuale di prova mancante, deferendo il giuramento suppletorio a quella delle due parti che ha provato di più, cioè a favore della quale il fatto è provato in misura maggiore. Naturalmente l'efficacia del giuramento e le sanzioni penali sono uguali al giuramento decisorio; così come è necessaria la disponibilità oggettiva del diritto (non la disponibilità soggettiva, perché questa è surrogata dal provvedimento del giudice). Se dunque la parte, cui è deferito il giuramento, giura, la prova si considera raggiunta; altrimenti si considera non raggiunta.

La funzione di integrazione della prova, propria del giuramento suppletorio, fa capire perché esso può essere deferito solo in fase decisoria e, nelle cause riservate al collegio, solo da questi (art. 240 c.p.c.). Si tratta dunque di una delle ipotesi eccezionali, in cui il potere di ammettere una prova non è del g.i., ma del collegio. Ciò dipende dalla funzione del giuramento: se esso serve ad integrare la prova non esaustiva di un fatto, la sussistenza di tale presupposto può essere accertata soltanto al momento della decisione; perciò soltanto il collegio, in quel momento, valutando tutte le prove raccolte potrà, in ordine ad un fatto provato al 50%, deferire il giuramento alla parte che ha provato di più. Antecedentemente alla fase decisoria, non si sa ancora se dal complesso dell'istruttoria emerge una situazione di *semiplena probatio*.

Il giuramento suppletorio non può essere riferito (art. 242 c.p.c.). Perciò i comportamenti possibili sono solo: o la parte, cui il giudice ha deferito il giuramento, giura e vince, o non giura e perde. Ed anche questo è logico, perché il giudice ha scelto la parte, che deve giurare, sulla base di chi si è maggiormente avvicinato alla prova del fatto, e quindi è chiaro che le parti non possono ribaltare quello che è stata la valutazione del giudice.

Infine c'è una sottospecie di giuramento suppletorio, che è il ^[21] giuramento d'estimazione: art. 2736, n. 2, ultima parte, c.c., ed art. 241 c.p.c. Queste norme vanno messe in collegamento con l'art. 1226 c.c., che regola la valutazione equitativa del danno, dal quale differiscono,

Giuramento
estimatorio

perché l'art. 1226 c.c. parla genericamente di risarcimento del danno, mentre le norme sopra richiamate parlano del valore della cosa domandata. Esse presuppongono che la parte abbia preventivamente dimostrato il suo diritto sulla cosa domandata; che questa non possa essere consegnata; e che sia insuscettibile di valutazione (ad es., perché è andata distrutta).

Il giudice deve determinare il valore massimo (c.d. *taxatio*), entro il quale egli sarà poi vincolato ad attribuire, a colui che ha prestato il giuramento, la somma di denaro che la parte ha giurato corrispondere al valore della cosa. Se la parte, giurando, indica un valore superiore a tale limite massimo, il giudice non è vincolato oltre il limite massimo.

L'ispezione è tipica
ed è tipica
entra in
Essendo
o prova
quanto
essere va
non c'è
Seco
per con
accertar
gravi da
d'ufficio
Que
normali
margina
118 c.p.
grave da
zione d
industri
danno
l'ispezio
L'is
giudice
ovviam
verrebbe
zione di
vi proce
tare, ac