

**Commentario del Codice di Procedura Civile**

a cura di Sergio Chiarloni

**Libro secondo: Processo di cognizione art. 191-266**

a cura di

**Michele Taruffo**

# Istruzione probatoria

**D.l. 12 settembre 2014, n. 132 (G.U. 12 settembre 2014, n. 212)**

**Art. 257-ter cod. proc. civ.**

contributo di

**Riccardo Crevani**

**ZANICHELLI EDITORE BOLOGNA**



Decreto legge 12 settembre 2014, n. 132  
(G.U. 12 settembre 2014, n. 212)

*Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi  
per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile*

CAPO IV

ALTRE MISURE PER LA FUNZIONALITÀ DEL PROCESSO CIVILE DI COGNIZIONE

**Art. 15.** (Dichiarazioni rese al difensore) — *Al codice di procedura civile, dopo l'articolo 257-bis è aggiunto il seguente: «257-ter (Dichiarazioni scritte). — La parte può produrre, sui fatti rilevanti ai fini del giudizio, dichiarazioni di terzi, capaci di testimoniare, rilasciate al difensore, che, previa identificazione a norma dell'articolo 252, ne attesta l'autenticità.*

*Il difensore avverte il terzo che la dichiarazione può essere utilizzata in giudizio, delle conseguenze di false dichiarazioni e che il giudice può disporre anche d'ufficio che sia chiamato a deporre come testimone.».*

L'art. 15 del d.l. 12 settembre 2014, n. 132, è intervenuto in tema di prova per testimoni introducendo, dopo l'art. 257-bis cod. proc. civ., un nuovo art. 257-ter rubricato «Dichiarazioni scritte», immediatamente efficace ed applicabile.

Innanzitutto, mi pare opportuno evidenziare che non risulta che vi siano valide ragioni che legittimino un intervento di questo tipo con decreto legge. Né tale decisione risulta meno criticabile se si considera che, nel leggere la disposizione, la prima impressione è che si tratti di un articolo troppo scarno, ambiguo e mal redatto che ci consegna numerosi interrogativi di non poco conto.

Peraltro, non va dimenticato che, a fronte di questo intervento «urgente», nel codice di rito già è regolata la testimonianza scritta da un articolo, il 257-bis, che è stato lasciato incomprensibilmente immutato. Dati gli scarsissimi risultati pratici di quest'ultima norma, sarebbe stato certamente più logico intervenire — con gli strumenti corretti — sull'istituto della testimonianza scritta (1).

La nuova disposizione impone due considerazioni preliminari.

In primo luogo, quali che siano la natura e il valore probatorio che si intende riconoscere a queste dichiarazioni scritte, il nuovo istituto metterà la parola fine alla speranza (se mai qualcuno l'avesse serbata) di assistere ad una mag-

---

(1) Sulla testimonianza scritta rinvio in particolare a CREVANI, sub *art. 257-bis*, in *Istruzione probatoria*, a cura di TARUFFO, in questo *Commentario*, pag. 742 e segg., nonché a CREVANI, in *Enc. dir.*, voce *Testimonianza scritta*, Annale VII, pag. 1021 e segg.

giore applicazione dell'art. 257-bis la cui presenza avrà l'unica utilità — per così dire — di servire ad arricchire gli scritti della dottrina.

In secondo luogo, con l'introduzione di questo nuovo istituto il legislatore ha implicitamente confermato una tesi che a mio avviso si è sempre imposta, ossia che alle dichiarazioni aventi sostanza testimoniale formatesi in modo irrispettoso delle forme disciplinate dal codice di rito (tra cui, ora, anche quelle dettate dall'art. 257-ter) non può essere riconosciuto alcun valore probatorio.

I primi interrogativi di carattere generale che la disposizione pone riguardano necessariamente il valore probatorio e la natura di queste dichiarazioni scritte.

Quanto al valore probatorio, non mi pare che vi siano indicazioni utili a far ritenere che si debba derogare al principio dettato dall'art. 116, 1° comma, cod. proc. civ.: la valutazione delle dichiarazioni è quindi rimessa al prudente apprezzamento del giudice.

Questa conclusione è inoltre suffragata dalla dichiarata — da parte del Governo, nella Relazione di accompagnamento al d.d.l. di conversione — «finalità di accelerare e razionalizzare le procedure di assunzione delle prove» attraverso «la tipizzazione delle dichiarazioni scritte rese al difensore, quali fonti di prova che la parte può produrre in giudizio sui fatti rilevanti che ha l'onere di provare», dichiarazioni «destinate all'utilizzazione nel processo, fermo il potere del giudice di esercitare sempre il suo prudente apprezzamento e di disporre l'esclusione del dichiarante come testimone».

D'altro canto, il fatto che, come si vedrà, il giudice possa disporre anche d'ufficio la testimonianza del dichiarante significa implicitamente che egli può ritenere sufficiente, come fonte di prova, la dichiarazione scritta resa dal terzo al difensore.

Quanto alla natura, premesso che è evidente che si tratta di dichiarazioni aventi sostanza testimoniale, la soluzione va individuata all'interno di questa alternativa: o siamo di fronte ad una *species* del *genus* prova per testimoni (come la testimonianza scritta di cui all'art. 257-bis cod. proc. civ.) e, quindi, alla tipizzazione di una nuova modalità di formazione della prova testimoniale oppure siamo al cospetto di un nuovo e distinto mezzo di prova tipico che per la sostanza si avvicina alla prova testimoniale vera e propria ma che dalla stessa va comunque tenuto separato.

Pur nell'ineliminabile ambiguità di fondo, soccorrono alcuni dati utili.

Innanzitutto, sebbene sia evidente che tali dichiarazioni entrano nel processo come documenti (tanto che la norma parla di produzione), l'articolo è stato inserito nel § 8 della Sezione III del Capo II del Titolo I del Libro II del codice di rito rubricato «Della prova per testimoni». Questa collocazione, seppur non di per sé risolutiva, indurrebbe a ritenere preferibile la prima tesi.

Né nella rubrica né nel testo dell'articolo, però, si parla espressamente di testimonianza; il governo ha infatti optato per l'utilizzo del termine «dichiarazione». Né il dichiarante viene mai definito come testimone, essendo sempre e solo qualificato come «terzo». Addirittura, nell'ultima parte della disposizione è previsto che il giudice possa disporre anche d'ufficio che il dichiarante sia chiamato a deporre come testimone. Letteralmente, ciò significa che solo dopo l'esercizio di tale potere/dovere giudiziale il soggetto diviene teste (a meno che non si voglia ritenere che il governo intendesse dire altro rispetto a ciò che ha scritto, ossia che il soggetto — già testimone — può essere chiamato a deporre oralmente) (2).

Peraltro, la stessa Relazione di accompagnamento al d.d.l. di conversione, pur senza dirlo chiaramente, pare presupporre una netta distinzione tra la prova per testimoni e queste dichiarazioni.

In definitiva, questi sono gli elementi che sorreggono la seconda tesi.

Ad analoga conclusione parrebbe condurre anche il richiamo alle «conseguenze di false dichiarazioni» che devono essere oggetto di avvertimento da parte del difensore, non essendovi alcun riferimento alla testimonianza. In realtà, però, il dato non è indicativo in quanto anche all'art. 251 cod. proc. civ. si parla di conseguenze (penali) delle dichiarazioni false (o reticenti).

In conclusione, a mio avviso, nel contesto è da ritenersi preferibile la seconda tesi: nonostante la collocazione della disposizione, siamo al di fuori della prova per testimoni in quanto il governo ha inteso dar vita (con decretazione d'urgenza — *sic*) ad un nuovo mezzo di prova tipico.

Veniamo ora ad un'analisi testuale, partendo dal 1° comma.

La disposizione chiarisce che queste dichiarazioni scritte possono essere prodotte dalle parti. Ciò significa innanzitutto che, poiché nella forma si tratta di documenti, la parte dovrà introdurle in giudizio nel rispetto delle medesime preclusioni previste per le prove documentali.

Inoltre, mancando chiari elementi ostativi, deve ritenersi che le dichiarazioni possano essere rese anche prima che il giudizio sia stato radicato (in modo che esse possano anche essere utilizzate per evitare il contenzioso giudiziale e giungere ad una definizione stragiudiziale). In questo senso sono le indicazioni del Governo che nella Relazione di accompagnamento al d.d.l. di conversione scrive che esse «possono essere rilasciate al difensore anche (ed auspicabilmente) prima del giudizio». Una prova avente sostanza testimoniale può quindi essere preconstituita.

---

(2) Si noti la particolare «tecnica» legislativa: l'esistenza di tale potere si ricava solo dall'avvertimento che il difensore deve dare di esso.

Le dichiarazioni, inoltre, devono vertere «sui fatti rilevanti ai fini del giudizio».

Nulla di particolarmente innovativo, visto che le testimonianze (e queste dichiarazioni hanno natura testimoniale) devono vertere sui fatti (di causa) e che i mezzi di prova devono sempre essere quantomeno rilevanti ai fini del giudizio (anche perché dichiarazioni rese su fatti irrilevanti non avrebbero alcuna utilità). È comunque bene evidenziare che la precisazione può servire a chiarire che anche questo tipo di dichiarazione deve avere ad oggetto fatti e non giudizi (3).

Viene poi precisato che queste dichiarazioni devono provenire da «terzi, capaci di testimoniare».

La terzietà, come noto, è ancora uno dei requisiti richiesti dal nostro ordinamento perché un soggetto possa assumere la qualifica di testimone. Il richiamo alla capacità a testimoniare evidenzia che il soggetto, per essere legittimato a rendere la dichiarazione, nel giudizio deve poter ricoprire il ruolo di testimone: in mancanza, egli non potrà rendere la dichiarazione al difensore. Va però rammentato che, in relazione all'incapacità a testimoniare regolata dall'art. 246 cod. proc. civ., secondo l'attuale e criticabile orientamento della giurisprudenza (ovviamente *de iure condito*), la violazione del divieto comporta una nullità solo relativa e, quindi, sanabile. In base a tale indirizzo, parrebbe quindi doversi ritenere che la (contro)parte debba eccepire la nullità ed inutilizzabilità della dichiarazione scritta nel primo momento utile (laddove, ovviamente, sia in possesso degli elementi necessari a comprendere che il dichiarante è incapace a testimoniare).

Le dichiarazioni devono essere «rilasciate al difensore, che, previa identificazione a norma dell'art. 252, ne attesta l'autenticità».

Questo è il punto focale della disposizione, ciò che caratterizza il nuovo istituto: la dichiarazione viene resa al difensore di una delle parti, ossia al difensore della parte che ne ha interesse.

L'innovazione è data dal fatto che, a differenza di quanto accade per la testimonianza scritta di cui all'art. 257-bis cod. proc. civ. (in cui, analogamente, manca la presenza fisica del giudice) (4), nel processo di formazione della prova è qui espressamente previsto il contatto diretto tra il testimone ed il difensore di una parte. Nulla però si dice sulla modalità con cui questa dichiarazione deve essere rilasciata poiché, come si vedrà, il secondo comma della disposizione si limita ad indicare quali sono gli avvertimenti che il difensore deve rendere al soggetto dichiarante.

---

(3) Sul punto, in tema di prova per testimoni, rinvio a CREVANI, sub art. 244, in *Istruzione probatoria*, a cura di TARUFFO, in questo *Commentario*, pag. 638 ss.

(4) Ritengo infatti irrilevante, a questi fini, la trasmissione al difensore prevista dal 7° comma dell'art. 257-bis cod. proc. civ.

Il fatto che la norma parli di «dichiarazioni» che devono essere «rilasciate» sembrerebbe significare che il terzo si presenta al difensore (eventualmente perché dallo stesso convocato) con la propria dichiarazione già pronta e che l'avvocato si limita alle seguenti operazioni: prima di riceverla, identifica il soggetto e gli dà gli avvertimenti di cui al secondo comma; dopo averla ricevuta, ne attesta l'autenticità (nel senso di cui si dirà).

Non ritengo, però, che questa sia l'unica dinamica ammessa dalla disposizione.

Poiché il soggetto può non sapere quali siano i fatti rilevanti ai fini del giudizio, deve ritenersi che il difensore possa interrogarlo liberamente, verbalizzando riassuntivamente (non diversamente da quanto avviene innanzi al giudice nella prova per testimoni) le sue risposte. A mio avviso, il risultato finale di questo tipo di dichiarazione potrà quindi consistere in una semplice narrazione continua — e non frammentaria — dei fatti, senza necessità che vengano specificamente indicate domande e risposte.

Molto si potrebbe dire sul rischio di abuso dello strumento, sul pericolo di inquinamento (più o meno consapevole e voluto) della dichiarazione e sulle implicazioni dell'assenza di contraddittorio nella formazione della prova; l'unica cosa certa, però, è che nel valutare queste fonti di prova il giudice dovrà prestare molta attenzione.

Tornando all'esame del testo, non risulta che l'identificazione a norma dell'art. 252 cod. proc. civ. debba essere preceduta dalla dichiarazione d'impegno di cui all'art. 251 cod. proc. civ. o da formule analoghe, sicché è lecito dubitare — già sotto questo primo profilo — che una dichiarazione mendace possa avere conseguenze sul piano penale.

Infine, il difensore a cui è stata resa la dichiarazione deve attestarne l'autenticità, nel senso che egli ne garantisce la provenienza (certificando quindi che quella dichiarazione proviene dal soggetto identificato), non potendo certo assicurare che i fatti dichiarati dal terzo siano veri.

Ovviamente, mancando un provvedimento giudiziale, in capo al terzo non vi è alcun obbligo di rendere tale dichiarazione scritta: egli, qualora ne sia richiesto, è libero di rilasciarla o meno.

Laddove il soggetto sia disponibile a rendere la dichiarazione al difensore, quest'ultimo deve dargli alcuni avvertimenti che, con una scelta ancora una volta piuttosto infelice, sono stati collocati nel secondo comma della disposizione. Mi pare infatti piuttosto ovvio che essi debbano essere impartiti prima che venga rilasciata la dichiarazione e non a dichiarazione già effettuata.

Si tratta dei seguenti avvertimenti.

In primo luogo, l'avvertimento «che la dichiarazione può essere utilizzata in giudizio».

Con ciò, implicitamente, si chiarisce che il difensore della parte non è tenuto ad utilizzarla e produrla (ad esempio laddove sfavorevole).

In secondo luogo, l'avvertimento «delle conseguenze di false dichiarazioni».

Questo inciso è francamente incomprensibile in mancanza di ulteriori dati.

Appare piuttosto probabile che il governo intendesse — almeno in teoria — ricollegare alle false dichiarazioni una sanzione penale. Nulla si dice, credo volutamente, delle dichiarazioni reticenti.

Andando però ad individuare le fattispecie di reato per così dire avvicinati all'ipotesi di false dichiarazioni rese *ex art. 257-ter* cod. proc. civ. appare abbastanza chiaro che nessuna norma penale risulta applicabile: non l'art. 372 cod. pen., non certo l'art. 371-*bis* cod. pen. e neppure gli art. 371-*ter* e 374-*bis* cod. pen.

Se a ciò si aggiunge che, a differenza di quanto previsto all'art. 251 cod. proc. civ., dove si indica espressamente che tali conseguenze sono «penali», qui si parla *tout court* di conseguenze non meglio precisate, deve concludersi che se il soggetto rende false dichiarazioni al difensore non commette alcun reato. Ogni differente conclusione sarebbe chiaramente inaccettabile in questo contesto normativo.

Inoltre, l'assenza di una dichiarazione d'impegno quale quella prevista dall'art. 251 cod. proc. civ. elimina ogni residuo dubbio.

Ad analoga conclusione è giunto l'ufficio studi del Senato nel suo dossier provvisorio sul d.d.l. di conversione, il quale esprime anche l'opinione che «le conseguenze [...] non risultano allora di agevole individuazione, non sembrando potersi comunque intendere l'avvertimento in questione — in mancanza di un'espressa indicazione in tal senso — come un puro e semplice richiamo al rilievo di ciò che il dichiarante sta facendo, privo di qualsiasi portata normativa». Sfortunatamente, però, se non vi è nessuna norma che collega una sanzione alla violazione del precetto, non vi può essere alcuna conseguenza sul piano giuridico.

La situazione rimane comunque preoccupante e non tanto perché evidenzia gravi lacune nella tecnica di redazione delle norme ma soprattutto perché la disposizione, immediatamente applicabile in base al principio *tempus regit actum*, stabilisce che il difensore dovrebbe avvertire il dichiarante di queste inesistenti conseguenze. Probabilmente si assisterà a situazioni tragicomiche in cui il difensore, richiesto di delucidazioni in merito alle conseguenze delle false dichiarazioni, non saprà cosa rispondere; dubito infatti che, anche in questo assurdo contesto, il difensore si sentirà di affermare — anche solo implicitamente — che il terzo può impunemente dichiarargli il falso (con esito ancor più tragicomico).

Sotto altro profilo, va comunque evidenziato che l'assenza di conseguenze per l'ipotesi di false dichiarazioni mina alla radice l'affidabilità del nuovo mezzo di prova.

Infine, il difensore deve avvertire «che il giudice può disporre anche d'ufficio che sia chiamato a deporre come testimone».

Questo significa, implicitamente, che la controparte (a cui la dichiarazione è sfavorevole) può chiedere che il terzo venga sentito come testimone, e quindi sotto «giuramento», sui fatti oggetto di dichiarazione e ciò anche al fine di ottenere i chiarimenti di cui all'art. 253 cod. proc. civ. (e, perché no, altresì quelli di cui all'art. 252, 2° comma, cod. proc. civ.). Per questa ipotesi non mi pare sia necessaria un'apposita capitolazione (come non la è in caso di esercizio del potere officioso).

La produzione della dichiarazione, peraltro, non esclude che la parte che la deposita possa anche chiedere (e ciò pare opportuno soprattutto nei primi tempi di applicazione dell'art. 257-ter cod. proc. civ.) che il soggetto venga sentito quale testimone (con necessità di apposita capitolazione). Il tutto, ovviamente, entro i termini di preclusione previsti per la deduzione della prova per testimoni.

L'attuale configurazione dell'istituto impone, comunque, che il suddetto potere/dovere giudiziale debba essere esercitato — di fatto — quasi sempre: fanno eccezione quei casi in cui appare di assoluta evidenza che la richiesta di parte è palesemente pretestuosa o che la deposizione testimoniale risulterebbe completamente inutile per qualche specifica ragione.

In ogni caso, la valutazione di queste dichiarazioni deve essere oltremodo rigorosa sia in ragione della concreta modalità di formazione della prova (che avviene lontano dagli occhi del giudice) sia in considerazione del fatto che non vi sono validi motivi per escludere che il soggetto possa impunemente dichiarare il falso.

In definitiva, ritengo che questa norma, così come è stata scritta, lasci irrisolte troppe questioni. Oltre a quelle evidenziate in questo primo commento ve ne sarebbero anche altre. La speranza, ovviamente, è che almeno su quelle più palesi intervenga il legislatore in sede di conversione.