

È AMMISSIBILE UN CONFRONTO DI TESTIMONI IN SEDE DI ISTRUZIONE PREVENTIVA? (*)

1. - Nel caso di specie si era verificato che una parte aveva chiesto un confronto di alcuni testimoni, a proposito di talune divergenze, che si erano manifestate nel corso di esami a futura memoria.

A tale fine, aveva proposto un ricorso *ex art. 692 c.p.c.*

L'altra parte si opponeva a tale ammissione, negando che si potesse ordinare un confronto di testimoni in sede di istruzione preventiva.

Il suo ragionamento era in sintesi questo: l'art. 254, c.p.c., è una norma tipica della istruzione ordinaria ed è inconciliabile colla eccezionalità della istruzione preventiva. Il potere di disporre un confronto implica una valutazione della prove raccolte, e tale valutazione è tassativamente riservata al giudice della causa di merito. La facoltà *ex art. 254 c.p.c.*, si deve ritenere pertanto espressamente di competenza del «giudice istruttore».

Il giudice adito ha risposto che il confronto di testimoni ben può essere ordinato anche in sede di istruzione preventiva.

La soluzione data mi pare perfettamente ortodossa.

Dal momento che il problema è di principio, e oltretutto scarsi sono gli studi e le massime giurisprudenziali sull'argomento, vale la pena di soffermarci.

(*) Da «Giurisprudenza italiana», 1959, I, 2, p. 604 ss.

Lo scritto annota la seguente massima:

TRIBUNALE VARESE, 22 dicembre 1958, Pres. e Est. Zumin, Brogginì c/ Savona:

«Il confronto tra testi a futura memoria deve ritenersi ammissibile secondo la vigente legge processuale, da un lato perché esso non costituisce un autonomo mezzo di prova, ma solo un particolare modo di assunzione della prova testimoniale, possibile in sede di istruzione preventiva e dall'altro lato, perché se il giudice deve deliberare, ai fini della ammissione della prova, la rilevanza e pertinenza del mezzo istruttorio in relazione alla natura della domanda o eccezione cui lo si dichiara preordinato (art. 692, ul. co. c.p.c.) ben può egli deliberare anche la rilevanza dell'eventuale contrasto tra deposizioni raccolte, sempre in relazione alla domanda giudiziaria cui la prova è preordinata».

2. - Che in linea di fatto possa manifestarsi l'occasione per un confronto di testimoni, in sede di istruzione preventiva, mi sembra implicito nella facoltà, contemplata dall'art. 692 c.p.c., di chiedere la audizione a futura memoria di... uno o... più testimoni. Se si ammettono più testimoni, ben può darsi il caso che abbiano a palesarsi anche delle divergenze nelle rispettive deposizioni e quindi l'opportunità di metterli a confronto. Il problema però riguarda: se il giudice della istruzione preventiva possa o meno ordinare il confronto. Alla tesi affermativa, che è poi quella condivisa dal giudice della massima, si deve pervenire soprattutto in base all'art. 698, 1° comma, c.p.c.

Una omissione nella motivazione di questa decisione mi pare data proprio dal mancato richiamo a questa norma. L'art. 698, 1° comma, c.p.c.: «Nella assunzione preventiva dei mezzi di prova si applicano, in quanto possibile, gli articoli 191 e seguenti». Non è luogo a dubitare che l'art. 254, c.p.c., sia compreso in quel gruppo di norme, cui l'art. 698, 1° comma, c.p.c., rinvia.

Occorre qui avvertire il valore di questa norma. L'art. 251, c.p.c. 1865, non disponeva alcunché sulle forme della assunzione della istruzione preventiva. Naturalmente si era posto il problema se si dovesse ricorrere o meno alle norme ordinarie. L'unanimità dei giuristi era dell'avviso positivo rifacendosi ai precedenti (art. 911, cpv., codice sardo 1859; art. 277 codice parmense; art. 628 codice estense; art. 388 reg. austriaco) ed al canone della interpretazione analogica. L'art. 698, 1° comma, c.p.c., ha voluto togliere anche l'ombra del dubbio sull'argomento, ribadendo la piena applicabilità delle norme per la istruzione ordinaria.

Quest'articolo contiene, è vero, l'inciso: «in quanto possibile». Cosa significa questa formula? Essa sta per «in quanto applicabile»? Ove si dovesse propendere per quest'ultima interpretazione, le norme ordinarie non potrebbero essere ritenute senz'altro applicabili, ma dovrebbero subire un esame preventivo sulla loro conciliabilità o meno col rito sommario. E la porta resterebbe aperta a vedere quali norme ordinarie si possano applicare o meno alla istruzione preventiva, per ragioni che prescindono dall'art. 698, 1° comma, c.p.c. Il richiamo, disposto da questa norma, opererebbe anzi nei limiti del risultato di tale vaglio preventivo. Non è chi non veda come, in questo caso, l'argomento *ex art. 698, 1° comma, c.p.c.*, a proposito dell'art. 254, c.p.c., perderebbe gran parte del suo valore e potrebbe prospettarsi un ragionamento del tipo di quello fatto dal resistente, nella fattispecie decisa. Non mi dissimulo che autorevoli scrittori hanno mostrato di intendere quell'inciso «in quanto possibile» per «in quanto applicabili»: Così per esempio il CARNELUTTI, (*Istituzioni*, 1951, III, p. 168) e l'ANDRIOLI, (*Commento al codice di procedura civile*, III, 1947, p. 380). In questo senso ha influito inconsapevolmente, io penso, la tradizio-

ne: l'art. 911, cpv., codice sardo 1859, cui ci si rifaceva sotto l'impero del codice di rito del 1865, contemplava appunto la recezione delle norme ordinarie «in quanto applicabili».

Il CARNELUTTI, ha mostrato però la sua perplessità, là dove, dopo avere affacciato questa interpretazione, ha soggiunto: «ma non saprei in quali casi ciò debba avvenire».

A mio sommosso avviso, invece l'art. 698, 1° comma, c.p.c., sancisce il principio della piena applicabilità di tutte le norme ordinarie e non lascia alcuna porta aperta a vagli preventivi sulla loro congruenza aliunde col rito speciale. L'art. 698, 1° comma, c.p.c., sta anzi ad esprimere la congruenza e la piena conciliabilità delle norme ordinarie coll'istituto in esame.

Quell'«in quanto possibile» vuol semplicemente dire che le norme di cui agli art. 191 ss. c.p.c., vanno osservate, *a meno che le circostanze particolari del caso non lo consentano*. Solo nel caso che ne fosse impossibile la applicazione, per ragioni contingenti, il giudice se ne riterrà eccezionalmente dispensato. il che significa escludere la proponibilità di alcuna questione teorica circa l'adattamento o meno delle norme ordinarie alla istruzione preventiva.

Mi pare, su questa strada, decisivo il richiamo agli artt. 597 del progetto preliminare e 606 del progetto definitivo Solmi, che per l'appunto sancivano la applicabilità delle norme di cui alla istruzione ordinaria «in quanto le circostanze lo consentano». tali norme sono state trasfuse negli artt. 674 e 675 della prima stesura del codice di rito vigente e quindi nell'art. 698, 1° comma, c.p.c. Una volta, stabilito che questa è la portata della norma, ne viene come conseguenza la applicabilità dell'art. 254, c.p.c., alla istruzione preventiva. L'unica ragione per non ammettere il confronto sarebbe se, in una ipotesi concreta, le circostanze del caso non lo rendessero realizzabile. E ciò in quanto ad *impossibilia nemo tenetur*.

3. - E poi perché l'art. 254, c.p.c., non dovrebbe valere anche per la istruzione preventiva? È decisivo il rifarsi, qui, allo scopo della istruzione preventiva: che è quello di raccogliere voci, che si teme possano spegnersi nel lasso di tempo occorrente alla instaurazione e celebrazione del giudizio di merito. Il disporre un confronto, ove si manifestino delle divergenze nelle deposizioni di testimoni, può essere di somma utilità, proprio per acquisire quei chiarimenti e comunque per accertare la verità, che altrimenti non potrebbero essere più raggiunti. Come si può ammettere un'esame testimoniale a futura memoria ed escludere, siccome inapplicabile, la norma che faculta il confronto? Soccorre qui il criterio della *eadem ratio, ibi eadem dispositio*. La funzione cautelare della istruzione preventiva giustifica la applicabilità ad essa anche di quel particolare *modus* di assun-

zione, che si verifica coll'esame dei testi, in confronto tra loro. Occorre anzi osservare che l'art. 254, c.p.c., può dirsi sotto un certo angolo visuale implicitamente compreso nell'art. 692, c.p.c., che discorre di assunzione di uno... o più testimoni, e non impone espressamente l'esame individuale. Né mi pare si possano addurre seri argomenti per ritenere ricetta dall'art. 698, c.p.c., la sola disposizione *ex art.* 251, 1° comma, e non anche la deroga *ex art.* 254. In questo senso del resto era la dottrina pur sotto l'impero dell'abrogato codice di rito e nel silenzio di una norma che richiamasse le regole ordinarie. Il LESSONA, (*Trattato delle prove*, 1899, V, n. 374, pp. 372-73), il MATTIROLO, (*Trattato di diritto giudiziario*, 1931, n. 684, p. 598) espressamente ammettevano la applicabilità dell'art. 241, codice di rito 1865, che conteneva la medesima norma dell'art. 254 c.p.c. vigente. Il MORTARA (*Commento al codice di procedura civile*, III, p. 662) mostrava di essere dello stesso avviso, ammettendo il contro interrogatorio del teste, esaminato a futura memoria. Né mi consta che si fossero manifestate voci discordi, sul punto del confronto.

E vediamo ora l'argomento sollevato, nella specie, dal resistente: e che potrebbe essere seducente. Il disporre un confronto implica — è stato detto — una valutazione delle prove raccolte e tale valutazione è espressamente riservata al giudice della causa di merito: dunque l'art. 254 è inapplicabile alla istruzione preventiva.

La ordinanza presidenziale, annotata, contiene la risposta più precisa ed esauriente, su questo tema. Il giudice ha, in sostanza, detto: se il magistrato, investito della assunzione a futura memoria, è competente a delibare la rilevanza e pertinenza del mezzo istruttorio e cioè, in definitiva, ad ammettere la prova, ben può egli anche apprezzare la rilevanza di un eventuale contrasto tra deposizioni raccolte, ai fini di disporre un confronto tra testimoni. L'argomento è ineccepibile.

Si è obiettato: ma così il giudice della istruzione preventiva finisce per apprezzare e valutare dei risultati di prova! La osservazione non tiene conto che quello che è interdetto a tale giudice è la valutazione della prova ai fini di decidere il merito della causa.

Qui invece si tratta di una delibazione, ai fini di istruire meglio e cioè di raccogliere quegli elementi di maggior chiarezza ai margini della deposizione, che si rendessero opportuni. Come al giudice dell'esame a futura memoria non è impedita la attività di interpretazione della prova, ai fini dell'art. 253 c.p.c., nel corso della sua medesima assunzione, così non può essere impedita anche siffatta delibazione di elementi di contrasto ai fini di disporre il mezzo contemplato dall'art. 254 c.p.c.

Siffatta valutazione del contrasto ha schietta natura interpretativa. In ogni modo anche un tale incumbente ha una efficacia limitata *ex art.* 698, 2° comma, c.p.c., e cioè non può pregiudicare le questioni relative alla

ammissibilità e rilevanza, né può impedire la rinnovazione nel giudizio di merito: tanto meno impedisce la libera valutazione ai fini del decidere. Ha cioè una efficacia limitata alla conservazione della prova. Il giudice della istruzione preventiva ha in definitiva tutti i poteri del giudice istruttore, relativamente all'esame onde è investito.

Ed il confronto, così come la facoltà di rivolgere domande *ex art. 253* o di richiamare il teste già interrogato *ex art. 267 c.p.c.*, previa istanza, risulta essere pienamente ammissibile alla istruzione preventiva.

Lo scritto è stato richiamato da:

F. CARNELUTTI, in *Riv. dir. proc.*, 1959, II, p. 660; V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, 1964, IV, p. 243 *sub art. 698*; G. NICOTINA, *Istruzione preventiva nel codice di procedura civile*, Milano, 1979, p. 95, nota 2.