

La testimonianza scritta

PASQUALE D'ASCOLA, ANDREA PASQUALIN

Rigidità o flessibilità nel modello di giustizia civile che si desidera per questo paese sono una delle chiavi di lettura della proposta di introduzione dell'art. 257 *bis* c.p.c. nell'ambito del disegno di legge governativo n. 1441 *bis*, modificato dalla Camera e attualmente in lettura al Senato:

Art. 257 *bis* – (Testimonianza scritta).

Il giudice, sentite le parti e tenuto conto di ogni circostanza, può disporre, avuto particolare riguardo all'oggetto della causa, di assumere la deposizione chiedendo al testimone, anche nelle ipotesi di cui all'articolo 203, di fornire, per iscritto e nel termine fissato, le risposte ai quesiti sui quali deve essere interrogato.

Il giudice, con il provvedimento di cui al primo comma, dispone che la parte che ha richiesto l'assunzione predisponga il modello di testimonianza in conformità agli articoli ammessi e lo faccia notificare al testimone.

Il testimone rende la deposizione compilando il modello di testimonianza in ogni sua parte, con risposta separata a ciascuno dei quesiti, e precisa quali sono quelli cui non è in grado di rispondere, indicando la ragione.

Il testimone sottoscrive la deposizione apponendo la propria firma autenticata su ciascuna delle facciate del foglio di testimonianza, che spedisce in busta chiusa con plico raccomandato o consegna alla cancelleria del giudice.

Quando il testimone si avvale della facoltà di astensione di cui all'articolo 249, ha l'obbligo di compilare il modello di testimonianza, indicando le complete generalità e i motivi di astensione.

Quando il testimone non spedisce o non consegna le risposte scritte nel termine stabilito, il giudice può condannarlo alla pena pecuniaria di cui all'articolo 255, primo comma.

Il giudice, esaminate le risposte, può sempre disporre che il testimone sia chiamato a deporre davanti a lui o davanti al giudice delegato.

Se ci riportiamo alle discipline generali del diritto processuale civile, la formazione della prova orale sotto il diretto controllo del giudice si presenta come una regola non rinunciabile, rigida appunto: *a)* la prova testimoniale non ammette delega ai difensori per l'audizione dei testi, perché ciò comporta una rinuncia ai compiti del magistrato, la perdita di conoscenza diretta, la mortificazione del contraddittorio, privato della funzione di confronto dialettico dinanzi al giudicante e della funzione persuasiva che è connessa ad ogni attività difensiva; *b)* la prova testimoniale dovrebbe essere assunta traendo dal comportamento del teste, opportunamente descritto nel verbale, utili indicazioni sulla conoscenza che egli ha dei fatti riferiti; *c)* la prova testimoniale dovrebbe essere celebrata unitariamente, onde trarre dall'esame dei vari testi, eventualmente da mettere immediatamente a confronto tra loro, le indicazioni sui chiarimenti da domandare a ognuno di essi.

La prova testimoniale è però uno degli snodi che maggiormente rallentano l'andamento del processo: 1) richiede molto tempo per essere espletata con serietà e rigore; 2) necessita di strutture adeguate per rispettare le modalità ideali di assunzione del teste, cioè la disponibilità di una stanza per ogni magistrato, zone di attesa dei testimoni facilmente sottoposte al controllo, affinché i primi testi interrogati non entrino in contatto con i successivi; 3) esige un operatore (sovente lo stesso magistrato o uno degli avvocati) che sia disponibile a verbalizzare in forma elettronica la deposizione, senza omissioni o fretta, e soprattutto senza tradurre le dichiarazioni in un gergo iniziatico, ma rispettando fedelmente il linguaggio degli interrogati. Se celebrata con questi accorgimenti, la prova testimoniale ha alto grado di affidabilità, ma costringe il giudice civile a fissare poche cause per ogni udienza e a impegnare molte mattinate (almeno due a settimana) esclusivamente a questa attività, fissando altre udienze per trattazione, atti istruttori diversi, discussione, attività collegiali, procedimenti cautelari o camerali.

Ancora: poiché la concentrazione della prova testimoniale non è agevole, a causa dei possibili impegni di testimoni chiamati a deporre senza congruo preavviso o chiamati a svolgere funzioni pubbliche altrove, accade che una causa debba subire più rinvii per il completamento dell'assunzione dei testimoni. Ogni rinvio può incidere per 4-6 mesi. È presto

fatto il conto degli anni di durata di un processo che imponga un'ampia istruttoria orale: supera di slancio il termine standardizzato di durata ragionevole.

Orbene, se concepiamo il processo civile ordinario come un meccanismo rigido, in cui le garanzie formali hanno tutte e sempre lo stesso peso e sono tutte irrinunciabili, non v'è spazio per l'istituto della testimonianza scritta; si potrà parlare tutt'al più di prove atipiche, di modesto valore indiziario, costituite da dichiarazioni di terzi versate in atti dalle parti che le hanno privatamente raccolte, utilizzate dal giudice più come strumento di analisi delle allegazioni di parte che quale congegno probatorio.

Accanto a un modello di processo rigorosamente formalista, in cui ogni garanzia è percepita come valore assoluto, vi può però essere spazio per contaminazioni pragmatiche flessibilmente idonee ad inserirsi nel tessuto, non certo saldo, del nostro giudizio ordinario di cognizione.

È in questa chiave che vorremmo leggere la proposta normativa di cui si discute. L'esperienza ci insegna che molti mesi o anni di durata del processo dipendono dal completamento dell'assunzione di mezzi di prova orali, necessariamente frantumati dagli accidenti casuali delle parti. L'art. 257 *bis*, se osservato senza preconcetti, può contribuire ad eliminare alcune di queste diseconomie. Pensiamo a controversie per risarcimento danni: a quanti rinvii sono causati dall'assenza di uno o più agenti verbalizzanti chiamati a specificare particolari sulla posizione dei veicoli coinvolti in un sinistro, sulla presenza di persone nel luogo in cui accadde un certo evento, sulle dichiarazioni assunte nell'immediatezza dei fatti. Pensiamo ai rinvii per assumere da carrozzieri, meccanici, badanti o terapisti la conferma di preventivi, fatture, dichiarazioni atipiche, importi non quietanzati. Pensiamo a controversie possessorie in cui la situazione dei luoghi sia chiaramente risultante dagli atti e si debba interrogare il teste sulla frequenza e le modalità di esercizio di una servitù o sull'epoca alla quale risale un comportamento ripetuto o la conformazione di un sito. Pensiamo alle controversie per pagamento somma in cui a fronte di opposizione ad ingiunzione vi sia l'esigenza di far confermare entità e tempi di ordinativi di merce e di relative consegne.

Si può negare che rispetto a questo non marginale né insignificante numero di cause, il giudice troverebbe aiuto dal mezzo istruttorio previsto dall'art. 257 *bis*? Si può negare che sarebbe in queste ipotesi ben limitato il rischio di adulterazioni dell'acquisizione probatoria? Sono in-

terrogativi retorici. È capitato molte volte ai giudici civili di rammaricarsi per l'impossibilità di abbreviare i tempi acquisendo queste deposizioni con metodo deformalizzato, di confrontarsi con modelli vigenti in Francia e altri paesi, di disquisire sul fenomeno della falsa testimonianza. La semplificazione offerta dal 257 *bis* ha aspetti positivi: consente al giudice di assumersi la responsabilità di distinguere e di valutare, caso per caso, quando ammettere la testimonianza scritta, quando negarla e quando sottoporre il dichiarante a verifica in udienza, con l'accensione in questo caso di una speciale attenzione. Non si può negare che si tratti di una scommessa sul giudice civile, sulla capacità del ceto giudiziario di impadronirsi responsabilmente di questo segmento del processo, filtrandolo nel suo farsi, dal momento della richiesta istruttoria (da confezionare adeguatamente e arricchire con preventive domande a chiarimento) a quello del controllo diretto del dichiarante, senza attendere il momento della decisione finale e senza alibi per le ipotesi di superflui rinvii per completamento dell'istruzione.

Se osserviamo la norma in questa luce dovremo anche apprezzare la sua formulazione, non priva di accortezze: il testimone non è messo a contatto con la parte che lo ha indicato o con il suo difensore. Riceve un articolato di prova approvato dal giudice, deve compilare un modulo da presentare a un pubblico ufficiale per l'autenticazione, deve personalmente rispedirlo al giudice o consegnarlo alla cancelleria. Non vi può quindi essere dubbio sulla vincolatività dell'impegno di verità richiesto e sulla sua portata, che non ammette reticenze ed espone a sanzione penale in caso di falso.

Tutto bene dunque? No, non è il caso di lasciarsi andare a manifestazioni di soddisfazione in occasione di interventi sul processo civile. Le correzioni, gli aggiustamenti, gli incrementi di armamentario che si possono immaginare sono ancora tanti, ma recano con sé limiti e controindicazioni. Il primo è costituito dall'inevitabile difficoltà di inserimento di un istituto del genere in un costume che è costruito sulla diffidenza e la sfiducia. Il secondo dal possibile pregiudizio che potrebbe insinuarsi nell'ambito della magistratura e dell'avvocatura, tale da confinare a limiti residuali l'applicazione normativa. Il terzo dall'intrinseca macchinosità di un meccanismo che impone comunque un doppio passaggio davanti al giudice, per la fase di ammissione e per quella a riscontro del materiale acquisito. Il tutto condito dal disagio per inevitabili dissensi interpretativi e oscillazioni applicative circa l'ampiezza dei poteri del

giudice nell'ammissione del capitolato di prova e nel recepimento del mezzo.

Vi è tuttavia un tarlo più insinuante e seduttivo per chi da molti anni si misura con le frequenti miniriforme del processo civile. È l'idea di rifiutare in blocco ulteriori interventi frammentari, con il loro corredo di arzigogoli ermeneutici, tempi di assimilazione e disorientamenti da compresenza di regimi transitori e riti multiformi. Questa idea ha due sbocchi: quello minimale, da taluno praticato, di invocare "un fermo biologico", che consenta di concentrare le forze sulle prassi migliori possibili a legislazione invariata, quale risultante dalla novella del 2005, accettando soltanto opportune "potature" (come la soppressione del rito societario o della legge 102) o auspicabili semplificazioni. L'altro, più radicale, di pretendere una riforma definitiva, che, sulla falsariga dello schema spagnolo o tramite un percorso di rinnovamento totale, si incentri su ciò che veramente serve alla giustizia civile: la revisione delle sedi dei tribunali per consentire la specializzazione dei giudici civili e l'efficiente loro impiego; la creazione di unità lavorative funzionali che affianchino i giudici con assistenti, segretari e operatori di cancelleria, per permettere ad ogni giudice di esprimere tutte le sue capacità operative e per innescare un fenomeno di virtuosa e verificabile responsabilizzazione su tempi e qualità del servizio reso.

PASQUALE D'ASCOLA

Consigliere della Corte di Cassazione

* * *

1. Nuova legislatura e, come ormai d'uso, nuovo progetto di intervento sul codice di procedura civile, nonostante la diffusa consapevolezza della perfetta inutilità di interventi che, non affrontando i nodi strutturali della crisi della giurisdizione, finiscono solo con l'aggravare il grado di deperimento del sistema.

Oltre tutto aggiungendo nuovi riti, da individuarsi in base all'anno di instaurazione della lite, a quelli fin troppo numerosi già esistenti, con il correlativo aumento della difficoltà di gestione del processo, che, da strumento per l'attuazione dei diritti, rischia sempre più di divenire l'oggetto di se stesso.

Non può essere ritenuta valida l'obiezione di chi osserva che, pur

corrette queste proposizioni di principio, occorre tuttavia porre mano senza indugio a quello che si può fare fin da subito; non può esserlo per almeno tre ordini di ragioni: perché il continuo rimaneggiamento di un sistema processuale, oltre a diminuirne il tasso di coerenza, lo rende sempre più difficilmente manovrabile; perché è illusorio aspettarsi ritorni effettivamente migliorativi da meri interventi sulle regole processuali, atteso il grado di gravissimo deperimento del sistema; perché infine, nella compromessa situazione in atto, non sarebbe certo un differimento di sei mesi o di un anno – alla condizione che questo tempo servisse davvero per dare l'avvio ai lavori della Costituente per la giustizia che l'OUA da tempo chiede – a determinare ulteriori aggravamenti.

La contrarietà all'intervento in corso di discussione al Parlamento (presentato alla Camera con il n. 1441 *bis* A.) non deve tuttavia far passare in secondo piano la contrarietà anche a talune delle progettate soluzioni innovative, tra le quali quella della testimonianza scritta – la cui disciplina dovrebbe essere affidata agli art. 257 *bis* e 103 *bis* disp. att. —, della quale si occupa il presente scritto.

Contrarietà motivata da considerazioni che investono sia direttamente il nuovo istituto, sia, più in generale, la filosofia di cui esso appare espressione.

2. L'istituto della testimonianza scritta trova nel codice un precedente rappresentato dall'analoga previsione in materia di arbitrato di cui all'art. 12 della legge 5 gennaio 1994, n. 25, con il quale era stato introdotto l'art. 819 *ter* (ora, dopo la novella del 2006, art. 816 *ter*).

L'accoglienza riservata a tale norma, chiaramente ispirata ad intenti acceleratori, non è stata particolarmente favorevole, essendosene da alcuni addirittura sostenuta l'incostituzionalità sotto il profilo della violazione del principio del contraddittorio e da altri essendosene sottolineata la pericolosità, per la difficoltà di attribuire un valore specifico alla testimonianza scritta, che non può equivalere a quello della testimonianza assunta direttamente dal giudice (LA CHINA, *L'arbitrato*, Milano, 2004, 137, scrive che «è innegabile che in tal modo si perdono immediatezza e sincerità dell'escussione del teste, e si sottrae al contraddittorio il momento più delicato e significativo, e potenzialmente più rivelatore, dell'escussione stessa: la prima risposta alla domanda»).

Tali rilievi valgono sicuramente anche per la testimonianza scritta di cui si sta discutendo in Parlamento. Appare infatti evidente il grave vul-

nus al diritto di difesa ed al diritto al contraddittorio, rappresentato dalla raccolta delle dichiarazioni del testimone in assenza delle parti e cioè senza la loro partecipazione attiva e critica.

La pratica insegna quanto sia delicato il momento dell'assunzione della deposizione di un testimone, rendendo evidente come il tasso di genuinità delle dichiarazioni possa abbassarsi in modo rilevante nel caso di dichiarazioni confezionate al di fuori del dibattito processuale.

Né a tali inconvenienti pare potersi porre rimedio sul piano di una ridotta efficacia probatoria da riconoscersi *ex ante* al mezzo [sulla falsariga del trattamento delle prove atipiche], sia perché la norma progettata non risulta autorizzare tale prospettiva (risultando porsi, la testimonianza scritta, come un mera modalità di assunzione della prova di cui agli artt. 244 e seguenti, salva naturalmente la valutazione, da farsi *ex post*, dell'attendibilità), sia perché in tale modo si renderebbe assai poco appetibile il ricorso all'istituto.

La stessa proposta di legge appare muovere dalla consapevolezza della problematicità della materia, quando prevede che il giudice debba sentire le parti, tenere conto di ogni circostanza ed avere particolare riguardo all'oggetto della causa.

Il che induce a ritenere che tali doverose cautele, unitamente al grave rischio di compromissione della genuinità della prova, relegherebbero tale mezzo alle fattispecie più semplici, che tuttavia sono inconfutabilmente quelle che dinanzi al giudice si risolvono in poche e brevi battute, con un risparmio effettivo del tutto sproporzionato rispetto al grave rischio di pregiudizio dell'affidabilità della prova.

Se a quanto precede si aggiungono il rilievo che «il giudice, esaminate le risposte, può sempre disporre che il testimone sia chiamato a deporre davanti a lui o davanti al giudice delegato» (settimo comma del progettato art. 257 *bis*) e la considerazione che è da immaginare quanto meno una frequente sollecitazione, ad iniziativa di parte, dell'esercizio di tale facoltà, esce viepiù confermato il palese difetto di proporzionalità tra il mezzo (una testimonianza scritta destinata ad applicazioni marginali, a meno di non voler gravemente compromettere il diritto delle parti all'accertamento della verità) ed il fine (un'illusoria accelerazione del processi).

3. Più in generale deve osservarsi come tale norma non sia l'unica della proposta di legge pendente al Senato a caratterizzarsi per un'evidente compressione dei diritti di difesa ed al contraddittorio.

Tutto l'impianto del testo normativo (così com'era, del resto, anche per il d.d.l. Mastella della scorsa legislatura) appare connotato dall'affidamento delle aspettative di riduzione dei tempi del processo all'aumento del potere direttivo del giudice e/o alla compressione delle facoltà delle parti.

Così è a dirsi, tra l'altro, per la modifica dell'art. 183, per il "filtro" in Cassazione, per l'aumento della competenza dei giudici di pace, per l'istituzione del procedimento sommario di cognizione.

E ciò rappresenta un motivo ulteriore per contestare l'iniziativa legislativa in questione, sia per l'inaccettabilità in via di principio, per giunta in un processo di natura dispositiva, dell'aumento del potere direttivo del giudice e della compressione dei diritti delle parti, oltre tutto in nome dell'accelerazione dei processi, sia perché tale accelerazione sarebbe nei fatti puramente illusoria, come la sconsolante esperienza dei ripetuti interventi sulle regole processuali insegna.

4. Non resta pertanto che auspicare che si desista dal proseguire sulla strada degli interventi emergenziali sui riti, per affrontare finalmente in modo serio ed organico il profondo degrado della giurisdizione, con un intervento concertato con tutti i soggetti della Giustizia, che si faccia in primo luogo carico del problema della migliore e più razionale gestione delle risorse esistenti e dell'indispensabile recupero di nuove risorse (innanzi tutto attraverso la copertura degli organici e la cessazione dei tagli al bilancio della Giustizia) ed in stretta successione attraverso lo stanziamento di nuove risorse (pacifica essendo, atteso il grave stato di deperimento del sistema, l'insufficienza di quelle esistenti).

Tutto ciò significa anche affrontare il problema degli snodi deboli del processo, quali, tra gli altri, la decisione – *rectius* motivazione – della sentenza (certamente da semplificarsi, ma comunque non rinunciabile) e l'istruttoria.

A tale ultimo riguardo, e per ritornare al tema, preso atto di quanto dichiarato dal Ministro della Giustizia al Congresso Nazionale Forense di Bologna il 14 novembre 2008 circa la volontà del Governo di tornare sulla testimonianza scritta, non resta che sottolineare come i tempi dell'istruttoria orale delle cause possano essere efficacemente contenuti o attraverso l'utilizzo di mezzi tecnici quali, ad esempio, la videoregistrazione (uno degli investimenti positivamente affrontati dalla recente e riuscita riforma della giustizia civile spagnola), oppure attraverso la

raccolta della stessa direttamente ad opera dei difensori delle parti, in contraddittorio, senza l'intervento del giudice.

Tale ultima soluzione – praticabile quanto meno ove si discuta di diritti disponibili e da accompagnarsi con la previsione dell'accesso al giudice nel caso di contestazioni – consentirebbe di superare l'obiezione alla testimonianza scritta fondata sulla violazione dei diritti di difesa e al contraddittorio ed avrebbe altresì il pregio di assicurare quel recupero di efficienza che la testimonianza scritta non appare in grado di garantire, per la compromissione dei diritti delle parti e per la verosimile influenza sui tempi del processo, alle quali si è fatto cenno.

ANDREA PASQUALIN

Vicepresidente dell'Organismo Unitario dell'Avvocatura Italiana

