

Poteri istruttori del Giudice Istruttore

Gennaro Torrese *

SOMMARIO: Disamina della normativa vigente. – Ammissione di ufficio di prova per testi. – Possibilità. – Casi pratici.

La novella al codice di procedura civile del 1995 fu da tutti accolta con soddisfazione perché si pensava che da sola potesse snellire i lunghi tempi occorrenti per la conclusione di un giudizio in materia civile.

La rigida schematizzazione delle fasi e la scansione con preclusioni delle singole attività processuali, ritagliata sul rito lavoristico, lasciavano presagire il raggiungimento della auspicata celerità del giudizio – obiettivo per vero, allo stato – non ancora centrato.

In questo contesto normativo, dove speditezza e celerità erano gli assiomi della riforma, assume notevole rilevanza il potere istruttorio del giudice.

La vecchia formulazione dell'art. 187 c.p.c. prevedeva che il giudice istruttore «ordina gli altri mezzi di prova che può disporre d'ufficio».

Alla luce della consolidata giurisprudenza e dell'univoca dottrina affermatasi sul punto, in sintesi, i poteri istruttori del giudice d'ufficio erano limitati all'ammissione dell'interrogatorio non formale (art. 117 c.p.c.) all'ordine di ispezione alle parti e ai terzi (art. 118 c.p.c.), alle richieste di informazioni alla P.A. (art. 213 c.p.c.), all'assunzione di nuovi testimoni e alla rinnovazione dell'esame delle deposizioni rese in giudizio (art. 257 c.p.c.), all'ordinanza di ispezione di luoghi, di cose e immo-

* Presidente del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati presso il Tribunale di Torre Annunziata.

bili o delle persone, l'ispezione corporale e la riproduzione di copie ed esperimenti (artt. 258-262 c.p.c.).

Vi erano poi provvedimenti ammissivi di prove, però riservati al Collegio, quali il giuramento decisorio (art. 237 c.p.c.), quello suppletorio (art. 240 c.p.c.), quello estimatorio (art. 241 c. p.c.), nonché il giuramento estimatorio in assenza di rendiconto previsto dall'art. 265 c.p.c., provvedimenti che, pur non avendo attinenza con il tema trattato, sono stati qui solo per completezza espositiva elencati.

Inoltre per il solo Pretore e il Conciliatore, nell'abrogata disposizione dell'art. 317 c.p.c., era previsto il potere, per questi giudici, di ammettere d'ufficio la prova per testimoni formulandone i capitoli, quando le parti nell'esposizione dei fatti si erano riferite a persone in grado di conoscere la verità.

L'art. 312 c.p.c. che ha riprodotto la norma abrogata prevede che un tale potere di ufficio sia ora esercitabile dal Pretore e dal Giudice di Pace.

Con l'entrata in vigore del Giudice Unico di primo grado ora prevista per il 2 giugno 1999 e con l'abrogazione dell'art. 312 c.p.c., da quella data, il Giudice di Pace rimarrà anche egli privo del potere di ammissione di prova per testi di ufficio, a meno che non si voglia considerare operante, anche per questo caso, il rinvio posto dall'art. 311 c.p.c. alle norme regolanti il procedimento davanti al Tribunale con l'applicazione, quindi, dell'art. 281 *ter* c.p.c.

I riferiti poteri istruttori di ufficio di cui al vecchio testo dell'art. 187 c.p.c. con la novella sono confluiti nell'art. 184 c.p.c., nel quale, al terzo comma, viene prevista la possibilità che mezzi di prova possano essere disposti d'ufficio dal Giudice ed anche la correlativa potestà delle parti di dedurre, entro un termine perentorio assegnato dal giudice, i mezzi di prova che si rendessero necessari in relazione a quelli disposti d'ufficio.

Dall'esame comparativo delle due disposizioni normative parrebbe, *prima facie*, che tutto il «*potere inquisitorio*» del giudice si sia trasfuso dall'art. 187 c.p.c. a quello oggi in esame, senza sostanziali differenziazioni.

Ma, se è vero quanto asserito in premessa, in ordine alla sussunzione dello schema processuale lavoristico nel nuovo rito processualcivilistico, non v'è chi non veda che qualche ulteriore approfondimento vada dispiegato, specie in relazione al potere istruttorio del giudice nell'ammissione d'ufficio della prova testimoniale con la necessaria e conseguente capitolazione della stessa.

Precedenti giurisprudenziali in tal senso si rinvengono nel rito del lavoro che pur non attuando un sistema inquisitorio puro, tende a con-

temperare, in considerazione della particolare natura dei rapporti controversi, il principio dispositivo – che obbedisce alla regola formale di giudizio fondata sull'onere della prova – con quello della ricerca della verità materiale, mediante una rilevante ed efficace azione del giudice nel processo. Ne consegue che, quando le risultanze di causa offrono significativi dati di indagine, il giudice del lavoro non può limitarsi a fare meccanica applicazione della suddetta regola formale di giudizio, ove reputi insufficienti le prove già acquisite, ma ha il potere-dovere di provvedere di ufficio agli atti istruttori sollecitati da tale materiale e idonei a superare l'incertezza sui fatti costitutivi dei diritti in contestazione, senza che a ciò sia di ostacolo il verificarsi di preclusioni o decadenze in danno delle parti. Principio ribadito, nella specie, in relazione ad una prova per testi, ammessa d'ufficio, sul numero dei dipendenti dell'impresa convenuta, al momento del licenziamento. (Cass., sez. lav., 20 aprile 1995, n. 4432, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, 872).

Per vero autorevole dottrina (BUCCI-CRESCENZI-MALPICA) ritiene che l'allocuzione «*al caso in cui vengano disposti d'ufficio mezzi di prova*» non possa essere interpretato nel senso di introdurre nell'ambito del giudizio ordinario un potere del giudice di disporre d'ufficio l'ammissione di ogni mezzo di prova in analogia a quanto previsto dall'art. 421, comma 2, c.p.c. in materia di processo del lavoro. Ribadiscono infatti i predetti autori che la norma in esame tende essenzialmente a riprodurre l'originaria previsione dell'ultimo comma dell'art. 187 c.p.c.

Per la verità, solo isolati casi pratici hanno investito la problematica dibattuta, e ne esamineremo analiticamente uno in coda al presente intervento.

A mio sommo avviso, argomento fortemente ostativo a tale ampiezza di poteri del Giudice può rinvenirsi dalla lettura dell'art. 312 c.p.c. dettato per il procedimento davanti al Giudice di Pace e che – in buona sostanza – riproduceva l'abrogato art. 317 c.p.c. Nell'art. 312 c.p.c. infatti testualmente si afferma che «il Pretore o il Giudice di Pace può disporre di ufficio la prova testimoniale formulandone i capitoli, quando le parti nell'esposizione dei fatti si sono riferite a persone che appaiono in grado di conoscere la verità».

Tale disposizione, come si evince dal suo inequivoco tenore, consente a detti giudici una vera e propria eccezione all'aurea e consacrata regola sancita dal principio dispositivo delle parti e, del resto, dal noto brocardo che il giudice decide *justa alligata et probata*. Quel giudice quindi, il Pretore ed il Giudice di Pace in tale ipotesi, sostituendosi alle parti, giunge

addirittura a capitolare le circostanze di fatto oggetto di prova.

Appare conforme a consolidati criteri ermeneutici che se il legislatore ha previsto espressamente, solo per questi due giudici, il Pretore e il Giudice di Pace, tale potere, implicitamente ne abbia escluso l'estensione per tutti gli altri. Del resto, la *ratio* della norma sembra intuibile laddove si consideri che i giudizi dinanzi al Pretore e al Giudice di Pace sono, più che altrove, informati a criteri di oralità e speditezza e dove il giudice, quindi, per contenere le deficienze probatorie possa anche intervenire a colmarne le lacune.

Anche qui dunque, come nel processo lavoristico, si soccorre alle inevitabili lacune derivate dall'applicazione dei criteri di «oralità e speditezza» con l'attribuzione al Giudice di tale potere.

Nell'ottica di tale ragionamento trova logica spiegazione anche l'abrogazione di tale disposizione normativa già decretata dall'art. 71 del D.Lgs. 19 febbraio 1998, n. 51 con effetto però dal 2 giugno 1999, data presumibile di entrata in vigore del cosiddetto Giudice Unico, con la soppressione delle Preture.

Passiamo, infine, all'esame di un caso pratico e precisamente il provvedimento di un giudice della IV sez. civile del Tribunale di Napoli che recentemente, in un giudizio nel quale era stata omessa richiesta di prova per testimoni, eccitando i suoi poteri di ufficio, l'ha disposta, formulandone conseguentemente i capitoli ed indicando i testi da citarsi da parte della Cancelleria. Per vero occorre precisare che nel richiamato provvedimento il Giudice impropriamente parla di teste «de relato» perché tale allocuzione deve necessariamente presupporre una prova testimoniale già espletata nella quale si sia fatto riferimento a persona a conoscenza dei fatti in esame. È chiaro che se non c'è un teste, perché non era stata espletata in quel giudizio una prova testimoniale, non vi poteva neanche essere un teste «de relato».

Come vedesi, a parte l'improprietà terminologica, si verte nell'ipotesi tipica oggetto di studio.

L'estensore motiva il provvedimento ritenendo il suo potere istruttorio soggetto soltanto a valutazioni di opportunità, non essendo vincolato né «da scansioni temporali, né dall'applicazione del regime delle preclusioni sussistenti solo per le parti».

Ma il principio della discrezionalità del Giudice non può essere assoluto ed illimitato, né può condurre a ritenere che egli possa liberamente prescegliere i casi in cui intervenire o meno, in siffatto modo sanando preclusioni in cui sono incorse le parti.

Tale principio deve essere sempre correlato a quello dispositivo delle parti, non potendo in alcun modo sostenersi che il potere inquisitorio del giudice civile abbia scalfito il potere delle parti di disporre nel giudizio.

Per la verità sul concetto di attenuazione del principio dispositivo delle parti in relazione al potere inquisitorio del giudice si profonde diffusamente il prof. Comoglio nella sua monografia «Le prove civili» edito dalla Utet di Torino, ivi pervenendo alla conclusione di una necessaria armonizzazione tra detti principi e ravvisando in capo al giudice un potere «chiarificatore ed integrativo» attribuitogli in via di eccezione dalla legge.

Se il prof. Comoglio, quindi, avesse commentato il menzionato provvedimento, sulla scorta delle precisazioni di cui sopra ed alla luce di quanto lapidariamente affermato nella sua monografia, non v'è dubbio che lo avrebbe sottoposto a decisa critica, confutandone la legittimità.

Ed in tale linea ideale iscrivo anche il mio modesto parere anche e soprattutto perchè tale potere amplierebbe a dismisura il già ampio ambito di discrezionalità del giudice. Concedere al giudice la possibilità di intervenire anche per sanare carenze probatorie delle tesi difensive o in caso di conclamate decadenze in cui sono incorse le parti, addirittura attraverso la capitolazione di prove testimoniali indurrebbe riflessioni, più o meno pacate, da parte di chi «subisca» il provvedimento, in ordine alla parzialità del giudice e porterebbe ad un sindacato improprio sulla legittimità dell'intervento stesso.

Ciò induce il sottoscritto a ritenere fermamente non legittimo il potere di ammissione di ufficio della prova per testimoni.

* * *

Dalla soluzione della *vexata quaestio* discendono poi diverse considerazioni in merito al potere riconosciuto alle parti di dedurre, entro il termine perentorio assegnato dal giudice, i mezzi di prova resi necessari da quelli ammessi d'ufficio dal giudice.

La formulazione in esame, alquanto concisa, pone diversi problemi interpretativi, considerato anche che essa è del tutto innovativa nell'ambito dell'ordinamento processuale, in quanto anche nel rito lavoristico, pure caratterizzato da più intensi poteri istruttori d'ufficio, non è prevista una analoga facoltà delle parti di poter controdedurre rispetto alla modificazione della situazione istruttoria determinata dall'intervento del giudice. È bene ricordare come la norma in esame non preveda la possi-

bilità di produzione di nuovi documenti, ma limiti la facoltà delle parti alla sola deduzione di nuovi mezzi di prova, né tale ulteriore facoltà – a mio avviso – può essere applicata senza limitazioni.

In assenza poi di precisazione se sia necessaria la richiesta della parte per l'ottenimento del termine per le deduzioni dei mezzi di prova «necessitati» sembra preferibile ritenere che detto termine debba essere concesso dal giudice, a prescindere da una previa istanza della parte. Ciò sia in considerazione di quanto avviene nell'applicazione dell'art. 201 c.p.c. (consulente tecnico di parte) e sia in materia di consulenza tecnica d'ufficio, dove la norma precisa che il G.l., con l'ordinanza di nomina dell'ausiliario, assegna alle parti un termine entro il quale esse possano nominare un loro consulente. Inoltre ove tale provvedimento di ammissione di prove di ufficio sia emesso fuori udienza, il meccanismo di operatività della norma che prevedesse la richiesta della parte per i mezzi di prova «necessitati» risulterebbe estremamente complesso.

Riguardo poi a quali mezzi di prova possa far ricorso la parte, nell'ipotesi in esame, non vi è dubbio che questi restino inscindibilmente connessi al provvedimento che disponga l'ammissione di prove d'ufficio.

Deve trattarsi quindi di mezzi di prova resi necessari da quelli disposti dal giudice di ufficio. Appare certo che l'intervento del giudice possa giustificare la deduzione di nuovi mezzi di prova per le parti solo quando essi siano strettamente connessi con il tema di indagine al quale inerisce l'intervento istruttorio di ufficio.

Ad esempio in ipotesi di richiesta di ufficio di informazioni scritte alla Pubblica Amministrazione può certamente configurarsi per la parte la possibilità di dedurre nuovi mezzi di prova tesi ad avvalorare o a contrastare gli elementi istruttori alla cui acquisizione è finalizzato il provvedimento del giudice. Deve invece escludersi che tale potere di ufficio del giudice possa giustificare la riapertura di prove già espletate in giudizio. Non va sottaciuto infine che con l'entrata a regime (2 giugno 1999) della normativa relativa al Giudice Unico di primo grado ed in particolare dell'art. 281 *ter* c.p.c. «il Giudice del Tribunale, in composizione monocratica», avrà espressamente il potere di ammettere di ufficio prove testimoniali e, quindi, le disquisizioni di cui sopra diverranno «*ex se*» influenti.

Non cadrà nel vuoto però la critica mossa al sistema, né dovrà venir meno l'attenzione del mondo scientifico per la tutela e la salvaguardia del principio dispositivo delle parti nel processo civile.