



CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica
<https://rivista.camminodiritto.it>



LA TESTIMONIANZA DELL'AVVOCATO: DOVERE O FACOLTÀ DI ASTENSIONE?

Profili deontologici e processuali del cumulo, in capo al medesimo soggetto, della qualità di testimone e difensore tecnico nell'ambito di una stessa causa.

di **Francesco Tantussi**
IUS/15 - DIRITTO PROCESSUALE CIVILE
Articolo divulgativo - ISSN 2421-7123

Direttore responsabile
Raffaele Giaquinto

Publicato, Lunedì 27 Maggio 2019

Sommario: 1. L'incapacità a testimoniare e le sue conseguenze processuali. - 2. Il simultaneo esercizio delle funzioni di testimone e difensore tecnico nella medesima causa. - 3. La testimonianza resa preventivamente o successivamente all'assunzione del mandato difensivo: profili processuali e deontologici.

1. L'incapacità a testimoniare e le sue conseguenze processuali.

Il Codice di Procedura civile definisce l'incapacità a testimoniare attraverso il disposto di cui all'**art. 246**, secondo cui non possono essere assunte come testimoni le persone aventi nella causa un interesse che potrebbe legittimare la loro partecipazione al giudizio. Con tale dizione, la disposizione intende far riferimento a tutti quei soggetti terzi rispetto alla causa, ma aventi un'interesse rispetto ad essa in grado, astrattamente, di legittimare la loro partecipazione al giudizio, sia in veste di parti principali, che in qualità interventori ai sensi dell'art. 105 c.p.c., al fine di far valere un proprio diritto nei confronti di una o tutte le parti (intervento principale) ovvero per sostenere le ragioni di alcuna delle parti quando ciò corrisponda al proprio interesse (intervento adesivo).

Secondo alcune risalenti affermazioni offerte dalla giurisprudenza di legittimità, oggi ampiamente condivise in dottrina ed in giurisprudenza di merito, la ratio di tale incompatibilità con l'ufficio di testimone troverebbe fondamento nel principio del nemo se tenetur detegere, in base al quale nessuno può essere obbligato a rendere dichiarazioni potenzialmente sfavorevoli al proprio interesse: scopo della norma sarebbe dunque quello di evitare che taluno possa trovarsi nell'alternativa di dover giurare il falso o di pregiudicare, affermando il vero, un proprio diritto od un proprio interesse tutelabile in giudizio^[1].

Ma la necessaria estraneità del teste rispetto alla res iudicanda non realizza soltanto una generale esigenza di protezione di tutti gli interessi giuridici, attuali e concreti, che gravitano attorno all'oggetto del giudizio, senza tuttavia assumere una propria veste processuale: essa trova infatti un suo ulteriore fondamento nelle esigenze pubblicistiche che presiedono all'esercizio della funzione giurisdizionale, sollevando il giudice dall'onere di valutare quelle richieste di ammissione di testi che, con tutta probabilità, si rivelerebbero non attendibili all'atto di escussione, proprio in ragione della non completa terzietà del dichiarante rispetto alla lite.

Attraverso l'art. 246 c.p.c. il legislatore sembra dunque operare una valutazione a priori in ordine alla **credibilità dei testi**, introducendo un criterio per decidere immediatamente quali soggetti sono attendibili o meno, al di là della eventuale valutazione successiva della deposizione da parte del giudice. Quest'ultimo profilo, peraltro, trova conferma nella

conseguenze derivanti dalla violazione della norma: dottrina autorevole ritiene infatti che quest'ultima possa essere rilevata anche d'ufficio, sul presupposto che la deposizione assunta al di là dei limiti imposti dalla legge verrebbe ad incidere sulla libertà di convincimento del giudice: essa si configurerebbe quindi come un'ipotesi di nullità dell'atto di assunzione. Un diverso orientamento è stato invece accolto in giurisprudenza di legittimità: stando ad un recente intervento delle Sezioni Unite, le disposizioni che determinano l'incapacità a testimoniare sarebbero dettate nel mero interesse delle parti, cosicché la loro violazione darebbe luogo ad un'ipotesi di nullità relativa che, in quanto tale, sarebbe rilevabile esclusivamente su iniziativa di parte, entro il termine preclusivo fissato ex art. 157 comma 2 (al momento dell'espletamento della prova o nella prima difesa successiva). Inoltre, trattandosi di una nullità relativa, la violazione sarebbe sempre suscettibile di sanatoria per acquiescenza, rilevabile, questa sì, a prescindere dall'iniziativa delle parti ed in ogni stato e grado del processo^[2].

2. Il simultaneo esercizio delle funzioni di testimone e difensore tecnico nella medesima causa.

Un'ipotesi del tutto peculiare è rappresentata dalla testimonianza resa dall'avvocato all'interno di un processo nel quale ha svolto, o viene successivamente chiamato a svolgere, le funzioni di difensore tecnico per conto di una delle parti. Si tratta di una situazione alquanto delicata, che occorre tenere ben distinta da quella in cui le funzioni di difensore e testimone siano esercitate **simultaneamente** dal medesimo soggetto: in merito quest'ultima ipotesi, l'atteggiamento predominante di dottrina e giurisprudenza è quello di affermare l'assoluta inconciliabilità dei due ruoli, dovendo tenersi fermi, in costanza del mandato difensivo, i medesimi limiti a cui sono sottoposte le parti in senso sostanziale e processuale ^[3]. Qualche incertezza sembra invece emergere in ordine alle possibili conseguenze di tale peculiare situazione: sotto il profilo processuale, in particolare, taluni ritengono che il giudice potrebbe avvalersi del potere di **eliminare nuovi testimoni** che non possono essere escussi ex art. 245 c.p.c.; altra parte della dottrina sostiene invece che l'incompatibilità tra i due uffici, se contemporaneamente assunti, verrebbe in tal caso ad incidere sulla sola deposizione, da ritenersi **nulla ed inefficace**, senza alcuna ripercussione per lo jus postulandi del difensore nell'ulteriore svolgimento del processo^[4]

Il Codice Deontologico Forense, con l'**art. 51 terzo comma**, sembra voler escludere in radice il problema, adottando una soluzione ben più rigida rispetto all'interpretazione pacificamente accolta in giurisprudenza e in dottrina riguardo al contemporaneo svolgimento delle due funzioni nel medesimo processo: all'avvocato che intenda presentarsi come testimone (o come persona informata sui fatti) viene infatti imposto di non assumere il mandato, di rinunciare a quello presente e di non riassumerlo in futuro. Come specificato da una recente pronuncia del Consiglio Nazionale Forense a margine di una vicenda in cui un procuratore si era trovato a ricoprire simultaneamente i due ruoli, la

norma deontologica trova la sua ratio nella necessità di impedire completamente l'immedesimazione nella lite da parte del difensore: situazione che, evidentemente, verrebbe a determinarsi qualora quest'ultimo fosse sentito in qualità di teste. In definitiva occorre dunque evitare la confusione tra il ruolo soggettivo della difesa ed il ruolo oggettivo della testimonianza^[5].

3. La testimonianza resa preventivamente o successivamente all'assunzione del mandato difensivo: profili processuali e deontologici.

Sgombrato il campo da questi casi limite, segnati dalla contestualità dei due ruoli, ci si può interrogare sull'ammissibilità della testimonianza richiesta prima dell'assunzione del mandato o successivamente alla rinuncia dello stesso. Sul punto, preme richiamare nuovamente il Codice Deontologico Forense, che al primo comma dell'attuale **art. 51** fornisce un precetto che sembra lasciare qualche margine di apertura: all'avvocato è infatti imposto di astenersi, salvo casi eccezionali, dal deporre come persona informata sui fatti o come testimone, su quelle circostanze che egli abbia appreso nell'esercizio della propria attività professionale e che sono ad essa inerenti.

In linea generale dunque, in capo al difensore sembra di doversi riconoscere un **dovere-facoltà di astensione** che presuppone la sussistenza di un duplice requisito: innanzitutto quello soggettivo, rappresentato dalla qualità professionale del soggetto chiamato a testimoniare, il quale deve necessariamente essere abilitato ad assumere la difesa della parte nel giudizio de quo; in secondo luogo, quello oggettivo, riferito all'oggetto della deposizione, che deve concernere fatti e circostanze conosciute in ragione del ministero difensivo o dell'attività professionale. Questa ricostruzione in termini di dovere-facoltà di astensione, sembra discendere dal combinato disposto della norma deontologica appena richiamata e dalle disposizioni in materia di astensione e segreto professionale contenute nei due codici di rito (artt. 200, 201, 202 c.p.p., quest'ultimi a loro volta richiamati anche dal Codice di Procedura Civile all'art. 249): invero, tali disposizioni fanno riferimento ad una facoltà di astensione piuttosto che ad un divieto di deporre od alla più radicale incapacità a testimoniare. Del resto, il principio ispiratore delle disposizioni processuali appena menzionate è sensibilmente diverso da quello analizzato in apertura con riferimento all'art. 246 c.p.c.

Sul punto, appare utile richiamare anche una risalente pronuncia della nostra giurisprudenza costituzionale, con cui la Consulta ha avuto modo di fornire qualche precisazione riguardo al quadro normativo risultante dalla combinazione tra le disposizioni del codice di rito e norme deontologiche. L'esenzione dal dovere di testimoniare, afferma la Corte Costituzionale, non è diretta ad assicurare una condizione di privilegio personale per chi esercita una professione: con precipuo riferimento alla

figura dell'avvocato, essa è destinata a garantire la piena esplicazione del diritto di difesa, in modo da consentire al cliente di rendere edotto il difensore, senza alcuna remora, di tutti quei fatti e le circostanze la cui conoscenza è necessaria od utile per l'esercizio di un efficace ministero difensivo. La facoltà di astensione non costituisce dunque un'eccezione alla generale regola dell'obbligo di testimoniare, ma rappresenta espressione del diverso principio di tutela del **segreto professionale**. Nel disciplinare questa peculiare fattispecie processuale dunque, il legislatore avrebbe operato un bilanciamento tra i doveri di segretezza professionale e quelli propri dell'ufficio di testimone. Ne consegue che l'ampiezza delle facoltà di astensione dell'avvocato-teste dovrebbe essere interpretata nell'ambito delle finalità proprie di tale bilanciamento^[6].

Infine merita segnalare in questa sede come la Corte abbia pienamente riconosciuto l'applicabilità delle regole sulla protezione del segreto professionale anche a chi è iscritto nel Registro dei Praticanti, adempiendo agli obblighi della pratica forense presso lo studio del professionista con cui collabora: estensione che oggi è espressamente prevista anche dall'art. 2 comma 2 dell'attuale versione del Codice Deontologico Forense (2014).

Trova conferma, dunque, la duplice vocazione della posizione processuale del teste-difensore a cui si è fatto cenno poco sopra, a metà strada tra l'obbligo e la facoltà di astensione, al centro di un concorso, non pienamente risolto, tra norme di stampo pubblicistico e precetti deontologico-professionali.

^[1] Cass. Civ. n. 1369/1989, Cass. Civ. n. 10545/2007. ^[2] Cass. Civ. Sez. Un. 23 settembre 2013 n. 21670. ^[3] Cfr. Montesano-Arieta, Trattato di diritto processuale civile, Padova, 2001, I, 2, 1315; Cass. civ., 8 luglio 2010, n. 16151, in Foro It., 2011, I, 2149 ^[4] Reali, Il cumulo delle funzioni di difensore e di testimone nel processo civile, in Giusto Proc. Civ., 2011, 474. ^[5] Cons. naz. Forense, 8 ottobre 2013, n. 172, in www.codicedeontologico-cnf.it. ^[6] Corte Cost. 8 aprile 1997, n. 87.