

## PROCEDIMENTI DI COGNIZIONE

---

### ***Sulla compatibilità tra l'ufficio di testimone e quello di difensore***

di **Elisa Bertillo**

[Cass., ord., 6 dicembre 2017, n. 29301 Pres. Campanile – Rel. Sambito](#)

**Prova testimoniale – Capacità del teste – Funzioni di testimone e di difensore – Compatibilità – Condizioni (C.p.c. art. 246)**

[1] *Non sussiste incompatibilità tra l'ufficio di testimone e l'assunzione della difesa tecnica qualora i due ruoli siano svolti in fasi o gradi diversi del medesimo processo.*

#### **CASO**

[1] La Corte d'appello di Salerno conferma la decisione del Tribunale di Nocera Inferiore che aveva rigettato l'opposizione avverso un decreto ingiuntivo. La Corte territoriale ritiene provata da parte del creditore la promessa di pagamento in suo favore, ritenendo capace a testimoniare l'avvocato che, prima di deporre, aveva rinunciato al mandato conferitogli dal creditore, in virtù del quale aveva sottoscritto il ricorso monitorio. Avverso la pronuncia, il debitore ricorre in Cassazione, lamentando la violazione e falsa applicazione dell'art. 246 c.p.c.

#### **SOLUZIONE**

[1] La Corte esclude la violazione della disposizione invocata.

La pronuncia chiarisce, innanzitutto, che l'interesse che determina l'incapacità a testimoniare si identifica con il solo interesse giuridico personale, concreto ed attuale, che comporta una legittimazione principale a proporre l'azione o una legittimazione secondaria ad intervenire in un giudizio già proposto da controinteressati e non anche con l'interesse di mero fatto che il testimone possa in concreto avere a che la causa sia decisa in un certo modo, con la conseguenza di non poter far discendere l'incapacità a testimoniare dell'avvocato dal mero interesse a riscuotere la parcella.

In secondo luogo la Corte ritiene che non sussista incompatibilità tra l'esercizio delle funzioni di difensore e quelle di teste nell'ambito del medesimo giudizio se non nei termini della contestualità, per cui contemporaneamente il difensore non può essere anche testimone, mentre non vi è alcuna base normativa in forza della quale escludere che i due ruoli possano essere svolti in fasi o gradi diversi del medesimo giudizio.

#### **QUESTIONI**

[1] La Corte conferma l'orientamento sussistente sul punto tanto nella giurisprudenza civile quanto in quella penale: cfr., infatti, in tal senso, Cass. 8 luglio 2010, n. 16151, in *Foro it.*, 2011, I, 2149 con nota di richiami di G. Reali e in *Giusto processo civ.*, 2011, 455 ss. con nota di commento di G. Reali, *Il cumulo di funzioni di difensore e di testimone nel processo civile*; Cass. pen. 28 marzo 2017, n. 22954, *id.*, Rep. 2017, voce *Testimonianza penale*, n. 15, secondo cui «non sussiste l'incompatibilità a testimoniare del legale che, dopo aver dismesso l'ufficio di difensore dell'imputato e senza aver compiuto atti di investigazione difensiva nell'interesse di quest'ultimo, abbia assunto, nello stesso procedimento, la veste di testimone, né le dichiarazioni rese dallo stesso sono inutilizzabili, poiché la scelta di non opporre il segreto professionale rileva, eventualmente, soltanto sotto un profilo deontologico (fattispecie in cui la suprema corte ha escluso che fosse applicabile la previsione di cui all'art. 197, 1° comma, lett. d), c.p.p., nell'ipotesi di testimonianza «assistita» resa da soggetto che era stato avvocato di fiducia dell'imputato nel primo grado di giudizio e, dopo essere stato arrestato per altri fatti, aveva deciso di collaborare con la giustizia rendendo dichiarazioni accusatorie con le garanzie difensive, ai sensi dell'art. 197 bis, 2° comma, c.p.p., nonostante fosse stato anche avvertito della possibilità di avvalersi del segreto professionale)».

In precedenza cfr. Corte cost. 21 dicembre 2001, n. 433, *id.*, Rep. 2002, voce *Testimonianza penale*, n. 49, *Giust. pen.*, 2002, I, 97, *Giur. costit.*, 2001, 4045, *Cass. pen.*, 2002, 1378 e Corte cost. 3 luglio 1997, n. 215, *Foro it.*, Rep. 1997, voce *Testimonianza penale*, n. 25, *Cons. Stato*, 1997, II, 1068, pronunce che hanno escluso l'illegittimità costituzionale dell'art. 197, 1° comma, lett. d), c.p.p. nella parte in cui stabilisce che non possono essere assunti come testimoni il giudice e il p.m., ma non prevede alcuna incompatibilità per il difensore, il quale, sempre che non abbia svolto attività di investigazione, può essere chiarato a deporre, salva la facoltà di astenersi ex art. 200 c.p.p.

Sotto il profilo deontologico, si segnala la decisione delle sezioni unite civili del 25 settembre 2017, n. 22253, in *Foro it.*, Rep. 2017, voce *Avvocato*, n. 58, la quale ha statuito che l'art. 58 codice deontologico forense (nel testo, applicabile *ratione temporis*, approvato dal Cnf nella seduta del 17 aprile 1997) pone un dovere di astensione del difensore dal deporre come testimone su circostanze di fatto apprese nell'esercizio dell'attività professionale ed inerenti al mandato ricevuto, sicché lo stesso non opera rispetto ad opinioni ed apprezzamenti in ordine alla personalità dell'imputato, per nulla collegati al rapporto di mandato difensivo (nella specie, in applicazione del principio, la suprema corte ha annullato la sanzione disciplinare irrogata ad un avvocato che aveva deposto come testimone in un processo penale, per minacce ed ingiurie, a carico di una persona che aveva in precedenza difeso da un'imputazione per possesso di stupefacenti, riferendo circostanze apprese dopo la cessazione del mandato, in ragione del rapporto di frequentazione amicale iniziato con la stessa).

In dottrina, per l'esclusione dell'esercizio simultaneo per inconciliabilità tra il ruolo di testimone e difensore, cfr. M. MONTANARI, in *Codice di procedura civile commentato*, diretto da C. CONSOLO, Milano, 2010, 2519; F. CARPI, *La prova testimoniale nel processo civile*, in *L'avvocato e il processo. Le tecniche di difesa* a cura di MARIANI MARINI e PAGANELLI, Milano, 2003, 437; L. MONTESANO- G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, Padova, 2001, I, 2,

1315; L. DITTRICH, *I limiti soggettivi della prova testimoniale*, Milano, 2000, 470 s.; R. DANOVI, *La testimonianza dell'avvocato nel processo*, in *Foro it.*, 1997, I, 955; V. ANDRIOLI, *Prova testimoniale* (dir. proc. civ.), voce del *Novissimo digesto*, Torino, 1966, XIV, 329 e 335; S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1960, II, 1, 261. *Contra* L. LANDOLFI, *Sull'incapacità a testimoniare dell'avvocato e del procuratore in causa*, in *Foro pad.*, 1948, I, 150.



Master di specializzazione  
**DIRITTO AGROALIMENTARE**  
Scopri le sedi in programmazione >