

I provvedimenti di istruzione preventiva: presupposti e procedimento

Autore: La Marchesina Dario

In: Diritto civile e commerciale

I provvedimenti di istruzione preventiva sono provvedimenti istruttori disciplinati dagli artt. 692-699 c.p.c. che vengono disposti in una fase che precede un eventuale successivo giudizio di cognizione; in questi provvedimenti la cautela non consiste nell'evitare il pericolo del ritardo derivante dalla violazione o lesione di un diritto ma nel disporre anticipatamente l'assunzione di prove per evitare l'eventuale impossibilità o difficoltà di fornire la prova nel successivo giudizio, assicurando in questo modo il diritto alla prova.

La possibilità dell'istruzione preventiva è limitata alle sole prove costituenti, come ad esempio l'assunzione di testimoni, l'accertamento tecnico preventivo fino al sequestro di documenti.

-I presupposti dei provvedimenti di istruzione preventiva

Il primo e fondamentale presupposto è il pericolo di non avere la possibilità di assumere la prova o un'ulteriore difficoltà nell'assunzione della stessa.

La normativa parla del pericolo che siano per mancare uno o più testimoni, o dell'urgenza di far verificare lo stato di luoghi o di cose oltre all'accertamento sulla persona dell'istante o sulla persona destinataria dell'istanza; la parte è tenuta ad indicare nel ricorso i motivi d'urgenza e, trattandosi di un presupposto fondamentale, la mancanza di un pericolo attuale è causa di rigetto dell'istanza.

Il secondo presupposto consiste nella sommaria cognizione dell'esistenza del diritto; infatti il ricorso deve contenere, oltre ai motivi d'urgenza anche i fatti sui quali devono essere interrogati i testimoni, l'esposizione sommaria dei fatti e delle eccezioni sui quali si fonda la prova.

I provvedimenti di istruzione preventiva non sono in alcun modo subordinati all'instaurazione di una causa di merito; infatti il procedimento di istruzione anticipata è soltanto una fase istruttoria del processo e non un'anticipazione della decisione o degli effetti della stessa.

Tuttavia esiste un rapporto di strumentalità tra questi procedimenti cautelari e l'eventuale futuro giudizio di merito in quanto avendo la funzione di conservare e assicurare la prova, possono risultare utili soltanto in un eventuale giudizio di merito o nella fase istruttoria di quello in corso.

-Il procedimento di istruzione preventiva

Il procedimento di istruzione preventiva ha inizio con un'istanza che può essere proposta sia prima dell'instaurazione del giudizio sia in corso di causa.

Nel primo caso è competente il giudice che sarebbe stato competente per la causa di merito, ossia il presidente del tribunale o il giudice di pace; nel secondo caso l'istanza si propone al giudice istruttore se designato, o in caso contrario o se il giudizio è sospeso o interrotto, al presidente (o al giudice di pace).

In caso di istanza proposta ante causam è quindi evidente la competenza di tipo funzionale e inderogabile.

L'istanza si propone con ricorso che dovrà contenere i motivi d'urgenza, i fatti sui quali devono essere interrogati i testimoni, l'esposizione sommaria dei fatti e delle eccezioni alle quali la prova è preordinata,

l'indicazione dell'ufficio giudiziario cui è indirizzata e l'indicazione delle parti; essa inoltre dovrà essere sottoscritta da un procuratore a meno che l'istante possa stare in giudizio di persona.

Il presidente del tribunale o il giudice di pace, ricevuto il ricorso, fissa l'udienza di comparizione delle parti e stabilisce un termine per la notificazione del ricorso stesso; la notificazione del ricorso nel rispetto del termine perentorio stabilito costituisce condizione di procedibilità: l'inosservanza comporterà la dichiarazione di decadenza del ricorrente dal ricorso già proposto.

Il giudice dell'istruzione preventiva ha il potere discrezionale di assumere sommarie informazioni sul requisito dell'urgenza e deve svolgere preliminarmente le indagini sulla propria competenza e sulla legittimazione delle parti.

Il provvedimento, ossia l'ordinanza di ammissione della prova non è impugnabile, impedendo così la possibilità di una revoca o di una modifica; ciò è stato previsto in quanto il diritto tutelato con l'istruzione preventiva non è un diritto sostanziale ma solo il diritto alla prova, che non pregiudica nel giudizio di merito le questioni relative all'ammissibilità delle prove assunte.

Tuttavia può essere reclamata l'ordinanza con la quale si rigetta la domanda di provvedimento cautelare; il rigetto oltre che per l'insussistenza dei motivi d'urgenza, o carenza d'interesse o di legittimazione, può avvenire per incompetenza, difetto di giurisdizione, nullità dell'atto introduttivo non sanabile.

-Il procedimento che regola l'istruzione preventiva testimoniale

Nella richiesta dell'istruzione preventiva per l'ammissione della prova testimoniale, l'art. 692 c.p.c. evidenzia il presupposto del periculum in mora nel fondato motivo di temere che siano per mancare uno o più testimoni; nulla si dice sul fumus boni iuris perché nell'istruzione preventiva a differenza di tutte le

altre misure cautelari, non deriva nessun pregiudizio per la controparte.

L'istanza si propone con ricorso al giudice che sarebbe competente per la causa di merito; in caso di eccezionale urgenza, l'istanza può anche essere proposta al tribunale del luogo in cui deve essere assunta la prova e sulla base dell'art. 697 c.p.c. si omette la fase del contraddittorio con decisione del presidente del tribunale o del giudice di pace, ammettendo che si proceda direttamente all'assunzione del testimone senza aver avvertito la controparte nei casi in cui sia possibile.

Il ricorso deve contenere i motivi d'urgenza, i fatti sui quali devono essere interrogati i testimoni, l'esposizione sommaria dei fatti e delle eccezioni alle quali la prova è preordinata.

Il presidente del tribunale o il giudice di pace fissa con decreto l'udienza di comparizione della controparte in merito alla richiesta di istruzione preventiva; egli, dopo aver assunto all'occorrenza sommarie informazioni, provvede con ordinanza non impugnabile, e se ammette l'esame testimoniale fissa l'udienza per l'assunzione e designa il giudice che procede.

-La disciplina dell'istruzione preventiva di accertamento e di ispezione giudiziale

L'art. 696 c.p.c., sul presupposto del periculum in mora in tale misura cautelare, dice che: "Chi ha l'urgenza di far verificare, prima del giudizio, lo stato di luoghi o la condizione di cose può chiedere che sia disposto un accertamento tecnico o un'ispezione giudiziale; in caso di urgenza, l'accertamento tecnico e l'ispezione giudiziale possono essere disposti anche sulla persona dell'istante e sulla persona contrapposta.

Il presidente del tribunale o il giudice di pace nomina il consulente tecnico e fissa la data di inizio delle operazioni.

Nel 2005 è stata introdotta all'art. 696 bis c.p.c. la c.d. consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite che doveva servire nei casi in cui c'era un accordo sulla responsabilità, e un dissenso tra le parti sul quantum della pretesa (es. sinistro stradale); così o le parti si mettevano d'accordo formandosi un verbale di conciliazione oppure non si mettevano d'accordo e i risultati del consulente tecnico valevano come un accertamento tecnico preventivo.

Tale istituto non è cautelare perché la nuova previsione ha cambiato i presupposti per l'ammissione per l'accertamento tecnico; infatti quest'ultimo richiede l'urgenza di far verificare mentre la consulenza tecnica preventiva non lo richiede (assenza di fumus boni iuris e periculum in mora).

<https://www.diritto.it/i-provvedimenti-di-istruzione-preventiva-presupposti-e-procedimento/>