

L'INCAPACITA' A TESTIMONIARE AI SENSI DELL'ART.246 C.P.C. (Avv. Giuseppe De Marco)

1. La natura e lo scopo della norma. 2. La nozione di interesse. 3. Fattispecie particolari. 4. Aspetti di procedura.

1. LA NATURA E LO SCOPO DELLA NORMA.

L'art. 246 c.p.c. dispone che non possono essere assunte come testimoni le persone aventi nella causa un interesse che potrebbe legittimare la loro partecipazione al giudizio.

Le persone in questione sono soggetti terzi, non parti della causa, ma che in funzione di un interesse che li legittimerebbe alla causa, potrebbero diventare parti. Chi non è terzo non può testimoniare: la incapacità a testimoniare è in funzione dell'estraneità del soggetto al processo. La detta incapacità, quindi, è correlata alla non credibilità di quelle persone che potrebbero essere parti in causa¹.

Con l'art. 246 c.p.c. il legislatore opera una valutazione a priori in ordine alla credibilità del teste. Il terzo *interessato* viene equiparato alla parte e non può testimoniare.

È offerto, al giudice e alle parti, un criterio per decidere subito se un teste è attendibile o meno, al di là della valutazione che può sempre essere fatta successivamente in ordine alla stessa attendibilità. Il detto criterio, però, è di natura oggettiva più che soggettiva. L'articolo non dice direttamente *chi* è incapace a testimoniare; dice che è incapace a testimoniare, perché sarebbe non credibile, chi ha una posizione giuridica determinata rispetto al giudizio e all'oggetto di esso. Difatti, l'articolo si riferisce a persone aventi nella causa un interesse che potrebbe legittimare la loro partecipazione al giudizio. Quindi l'attenzione non è rivolta tanto alla posizione soggettiva presa di per sé, ma alla posizione del soggetto in relazione alla causa. A questo proposito, per esattezza, è utile quanto affermato in giurisprudenza circa la rilevanza del *thema decidendum* piuttosto che del *decisum*: l'interesse che genera la incapacità deve essere valutato in concreto con riguardo allo specifico oggetto della pretesa dedotta in giudizio, così come determinata dal contenuto delle domande e delle eccezioni ed indipendentemente dal loro fondamento, di modo che l'incapacità va stabilita alla stregua del *thema decidendum* proposto dalle parti, e non del *decisum* ed indipendentemente dal contenuto della deposizione resa dal teste².

La dottrina e la giurisprudenza sono divise sulla natura della norma in rassegna.

Per la prima, la norma *de qua* ha natura pubblicistica, e la relativa *violazione*, incidendo sul libero convincimento del giudice, è da questi rilevabile, indipendentemente dalla iniziativa delle parti. In giurisprudenza, invece, è pacifico che le disposizioni che limitano la capacità a testimoniare sono dettate nell'esclusivo interesse delle parti, per cui il relativo rilievo resta subordinato all'iniziativa dei soggetti interessati. Per la Suprema Corte, l'incapacità a testimoniare, prevista dall'articolo 246 cod. proc. civ., che si identifica con l'interesse a proporre la domanda o a contraddirvi di cui all'articolo 100 cod. proc. civ., determina la nullità della deposizione e non può essere rilevata d'ufficio, ma deve essere eccepita dalla parte interessata a farla valere al momento dell'espletamento della prova o nella prima difesa successiva, restando altrimenti sanata ai sensi dell'articolo 157, secondo comma, cod. proc. civ.. Qualora, per difetto di eccezione o per rigetto della medesima, la testimonianza resti validamente acquisita al processo, non resta tuttavia escluso il potere del giudice di procedere alla valutazione della deposizione, sotto il profilo dell'attendibilità del testimone, tenendo conto anche della situazione potenzialmente produttiva di incapacità³.

Di grande interesse sono quelle sentenze, sia di legittimità che di merito, che mettono in risalto lo scopo della norma in esame.

Scopo della norma è quello di evitare una situazione di conflitto tale che il teste, tra il dovere di dire la verità e il proprio interesse, faccia prevalere quest'ultimo. In particolare segnalo per la chiarezza la sentenza di Cass. Civ. n. 1369/1989: "L'incapacità a testimoniare prevista dall'art. 246 c. p.c. colpisce tutte le persone aventi un interesse che potrebbe legittimare la loro partecipazione al giudizio, sia in veste di parti principali che di interventori, ai sensi dell'art. 105 dello stesso codice, non solo per fare valere un

¹ Innanzitutto, non può essere assunta come testimone la parte: il convincimento del giudice si forma diversamente e le dichiarazioni delle parti possono solo corroborare tale convincimento. Vale il divieto anche per coloro che acquistano successivamente la qualità di parte. Incapace a testimoniare è il rappresentante legale della parte, anche nel caso in cui non sia costituito in giudizio; la giurisprudenza ritiene che la capacità a testimoniare va valutata non con riferimento al momento dell'ordinanza ammissiva della prova ma a quello della effettiva assunzione, per cui la incapacità a testimoniare del r.l. non perdura quando cessa la qualità di rappresentante. I difensori delle parti possono, sia per dottrina che per giurisprudenza, testimoniare. Diverse le opinioni sulla capacità a testimoniare del consulente tecnico (Cod.Proc.Civ.Commentato a cura di R.Vaccarella e G.Verde, Utet Torino 1997).

² Cass.Civ.sent. n. 3752/1979; Cass.Civ.sent.n. 880/1990

³ Cass.Civ.sent.n. 11377/2006

proprio diritto nei confronti di tutte le parti o di una di esse (intervento principale), ma anche per sostenere le ragioni di alcuna delle parti allorché ricorra un proprio interesse (intervento adesivo), poiché **potrebbero trovarsi nell'alternativa di giurare il falso o di pregiudicare, affermando il vero, un proprio diritto o un proprio interesse di fatto tutelabile in giudizio**".

2. NOZIONE DI INTERESSE.

L'aspetto fondamentale, in base all'art.246 c.p.c., è l'interesse che alcune persone potrebbero avere nella causa; interesse che legittimerebbe la loro partecipazione al giudizio, e che per questo sarebbero incapaci a testimoniare.

Per la dottrina, Mandrioli parla di carenza di legittimazione all'esercizio di questa attività. Secondo Satta e Redenti, l'incapacità a testimoniare graverebbe soltanto in capo al terzo legittimato a dispiegare intervento adesivo dipendente ex art.105, 2° co.c.p.c. di segno opposto a questa, Andrioli, Carnelutti ritengono che l'incapacità sussiste nei terzi legittimati ad intervenire nel processo in via principale o liticonsortile, mentre i terzi titolari di un rapporto giuridico atto a conferire loro la legittimazione a proporre intervento adesivo dipendente sarebbero esclusi dal testimoniare solo qualora avessero realmente attuato l'intervento, nel qual caso sarebbero parti. Per Montesano, Arieta, Allorio, Mosetto la norma non consente differenze relativamente alle diverse categorie di intervento: in tutti i casi in cui il terzo è legittimato a fare ingresso nel processo non potrebbe testimoniare.

Per la giurisprudenza, l'interesse atto a determinare l'incapacità a testimoniare si identifica con quello espresso dall'art.100 c.p.c.⁴ sussistente in capo al soggetto titolare di un diritto che lo legittimerebbe a partecipare al giudizio in una qualsiasi veste (legittimazione attiva o passiva, anche in linea alternativa o solidale, primaria o secondaria, interventore volontario o su istanza di parte).

Cass.Civ. n. 10545/2007: Va premesso che l'art. 246 cod. proc. civ. dispone che non possono essere assunte come testimoni le persone aventi nella causa un interesse che potrebbe legittimare la loro partecipazione al giudizio, così richiamando la norma del codice che regola l'intervento in causa del terzo, per cui occorre avere riguardo alla disposizione di cui all'art. 105 dello stesso codice, il quale, al primo comma, ammette l'intervento per far valere, nei confronti di tutte le parti o anche nei confronti solo di

⁴ Sull'argomento è interessante la sentenza qui di seguito riportata, Corte di Cassazione Sezione Lavoro civile Sentenza 17.05.2006, n. 11536: L'interesse ad agire, in termini generali, costituendo una condizione per far valere il diritto sotteso mediante l'azione, si identifica nell'esigenza di ottenere un risultato utile giuridicamente apprezzabile e non conseguibile senza l'intervento del giudice. In particolare, nell'azione di mero accertamento, esso presuppone uno stato di incertezza oggettiva sull'esistenza di un rapporto giuridico, tale da arrecare all'interessato un pregiudizio concreto ed attuale, che si sostanzia in un'illegittima situazione di fatto continuativa e che, perciò, si caratterizza per la sua stessa permanenza, sicché, prima che questa cessi, non è individuabile un unico momento destinato a costituire il "dies a quo" della prescrizione della stessa azione di accertamento, mentre è la sua cessazione che fa venir meno il presupposto di tale azione, determinando, per definizione, l'insussistenza del fattore di incertezza. Pertanto, l'azione meramente dichiarativa è da considerarsi dotata del requisito dell'imprescrittibilità, mentre prescrivibile è il diritto, quando la sua esistenza venga invocata non in sé per sé, ma strumentalmente al concreto conseguimento del particolare bene della vita che costituisce il contenuto del diritto medesimo, con la conseguenza che è la prescrizione dell'azione diretta alla sua concreta attuazione che può precludere l'azione di mero accertamento, per difetto di interesse, in quanto, una volta estinto il diritto, con derivante impossibilità di realizzazione pratica del suo contenuto, viene meno, di norma, ogni utilità all'accertamento della sua mera esistenza, così difettando il presupposto dell'invocazione dell'intervento del giudice. (Nella specie, la S.C., sulla scorta dell'enunciato complessivo principio, ha rigettato il relativo motivo di ricorso con il quale - avuto riguardo ad una domanda di un lavoratore proposta nei confronti del proprio datore di lavoro in ordine alla rideterminazione del T.F.R. sulla base del computo del compenso per lavoro straordinario continuativo prestato nell'indennità di anzianità maturata alla data di cessazione del rapporto - era stata dedotta, sul presupposto dell'avvenuta pregressa comunicazione al dipendente del prospetto degli accantonamenti utili ai fini della futura liquidazione del T.F.R., che non comprendevano quelli inerenti il predetto compenso, la supposta maturazione della prescrizione decennale per l'esperimento dell'azione di accertamento del diritto del lavoratore all'accantonamento anche della riferita quota, con l'effetto che, intervenuta la prescrizione di tale azione, sarebbe rimasta preclusa anche l'esperibilità dell'esercitata relativa azione di condanna, trovando essa il necessario presupposto nell'altra). Si veda anche la Sentenza 31.03.2006, n. 7635 In tema di procedimento civile, l'interesse ad agire, comporta la verifica, da compiersi d'ufficio da parte del giudice, in ordine all'idoneità della pronuncia richiesta a spiegare un effetto utile alla parte istante, dovendo lo stesso escludersi soltanto nel caso in cui la decisione risulterebbe priva di conseguenze giuridicamente apprezzabili in relazione alla situazione giuridica fatta valere in giudizio. La sussistenza di tali requisiti non può ritenersi esclusa per il semplice fatto che la parte istante, o altra alla stessa legata da vincoli liticonsortili, abbia proposto domande di contenuto diverso nel medesimo o in altro giudizio, tanto meno nei casi in cui le prospettazioni siano alternative o gradate. (Nella specie, la S.C. ha escluso che la proposizione in un precedente giudizio della domanda di accertamento della natura condominiale del sottotetto - ancora "sub iudice" - potesse tradursi nella carenza di interesse a fare valere in un successivo giudizio il diritto di proprietà esclusiva sul medesimo bene statuendo che la seconda pronuncia avrebbe determinato per la parte istante un vantaggio ancora maggiore rispetto a quello derivante dall'accoglimento della prima domanda). Sentenza 15.03.2006, n. 5684L' interesse ad agire deve essere concreto ed attuale e consiste nell'esigenza di ottenere un risultato utile giuridicamente apprezzabile e non conseguibile senza l'intervento del giudice, sicché non ha interesse a proporre opposizione al pignoramento il debitore che anteriormente ad esso abbia alienato il bene pignorato.

talune di esse, un diritto relativo all'oggetto o dipendente dal titolo dedotto nel processo medesimo. Mentre al secondo comma contempla invece l'intervento adesivo c.d. dipendente, al quale il terzo può ricorrere per sostenere le ragioni di una delle parti quando vi abbia un proprio interesse. Occorre allora accertare se, nella specie, il dipendente potesse spiegare l'intervento di cui al primo ovvero quello di cui al secondo comma del citato art. 105, essendo sufficiente che ricorresse uno dei due per renderlo incapace di testimoniare.

Cass. Civ.n. 14693/2002: L'interesse a partecipare al giudizio previsto come causa d'incapacità a testimoniare dall'art. 246 cod. proc. civ. si identifica con l'interesse a proporre la domanda e a contraddirvi previsto dall'art. 100 dello stesso codice, sicché deve ritenersi colpito da detta incapacità chiunque si presenti legittimato all'intervento in giudizio, senza che possa distinguersi tra legittimazione attiva e legittimazione passiva, tra legittimazione primaria e secondaria (intervento adesivo dipendente), tra intervento volontario e intervento su istanza di parte. In particolare, è incapace di testimoniare chi potrebbe, o avrebbe potuto, essere chiamato dall'attore, in linea alternativa o solidale, quale soggetto passivo della stessa pretesa fatta valere contro il convenuto originario, nonché il soggetto da cui il convenuto originario potrebbe, o avrebbe potuto, pretendere di essere garantito. La sussistenza di detta incapacità va valutata indipendentemente dalle vicende che rappresentano un "posterius" rispetto alla configurabilità di quell'interesse a partecipare al giudizio che determina la incapacità stessa, con la conseguenza che la presenza di una fattispecie estintiva del diritto azionabile, quale la prescrizione o la transazione, non fa venir meno il coinvolgimento nel processo e non fa, pertanto, riacquistare la incapacità a testimoniare⁵.

Cass.Civ.n. 6932/1987: L'interesse che determina l'incapacità a testimoniare, ai sensi dell'art. 246 c. p.c., è solo quello giuridico, personale, concreto ed attuale, che comporta o una legittimazione principale a proporre l'azione, ovvero una legittimazione secondaria ad intervenire in un giudizio già proposto da altri cointeressati. Tale interesse non si identifica con l'interesse, di mero fatto, che un testimone può avere a che venga decisa in un certo modo la controversia in cui esso sia stato chiamato a deporre, pendente fra altre parti, ma identica a quella vertente tra lui ed un altro soggetto ed anche se quest'ultimo sia, a sua volta, parte del giudizio in cui la deposizione deve essere resa. Ne' l'eventuale riunione delle cause connesse (per identità di questioni) può far insorgere l'incapacità delle rispettive parti a rendersi reciproca testimonianza, potendo tale situazione unicamente incidere sulla attendibilità delle relative deposizioni, che spetta al giudice del merito di deliberare.

Cass.Civ. n.6894/2005 L'interesse che dà luogo ad incapacità a testimoniare, a norma dell'art.246 cod. proc. civ., è solo quello - giuridico, personale, concreto - che comporterebbe, in ipotesi, la legittimazione del teste alla proposizione dell'azione ovvero all'intervento o alla chiamata in causa, e non può, pertanto, farsi discendere dalla mera eventualità che, in caso di rigetto della proposta domanda di accertamento della mancanza di titolarità del rapporto controverso, il soggetto possa essere chiamato in causa a fini di rivalsa dalla stessa parte che ne abbia invocata la escussione⁶.

Si esclude dunque che siano incapaci a testimoniare i terzi che abbiano nella causa un interesse di mero fatto a che la controversia sia decisa in un certo modo, il quale assume rilievo solo come criterio di valutazione ex post circa l'attendibilità della testimonianza.

3. FATTISPECIE PARTICOLARI.

Lavoro

In una causa di lavoro promossa dal dipendente di un'azienda per ottenere l'annullamento del licenziamento motivato con riferimento a cessazione di attività, possono essere utilizzate come prova le deposizioni testimoniali di altri dipendenti della stessa azienda, anch'essi licenziati per cessazione di attività, che abbiano in corso cause per l'impugnazione del loro licenziamento. Infatti per questi testimoni

⁵ Nella specie, la S.C. ha cassato la decisione di merito che aveva escluso la sussistenza della incapacità di un soggetto, fornitore di una società con un dirigente della quale aveva concordato la corresponsione di una somma percentuale sulle forniture che costui gli avrebbe procurato - somma destinata a gravare sul prezzo praticato alla società - a testimoniare nel procedimento promosso dalla stessa nei confronti del proprio dipendente per il risarcimento del danno. Nella occasione, la S.C. ha precisato che non valeva ad escludere tale incapacità la circostanza che fosse intervenuta tra le parti del contratto una transazione con la quale si estinguevano le pretese creditorie derivanti dai pregressi rapporti.

⁶ Nell'affermare il principio di diritto che precede, la Corte Cass. ha così confermato la sentenza di merito secondo la quale era da escludere che un assistente della Polizia di Stato, escusso come teste in relazione ad una vicenda risarcitoria per danni subiti da uno sciatore caduto "fuori pista", potesse ritenersi "soggetto portatore di un interesse che ne legittimava la chiamata in causa", atteso che il precipuo compito di segnalare al gestore delle sciovie la eventuale mancanza di cartelli o la presenza di ostacoli sulla pista.

non si verifica la situazione di incapacità prevista dall'art. 246 c.p.c., secondo cui non possono testimoniare le persone aventi nella causa un interesse che potrebbe legittimare la loro partecipazione al giudizio. (Cassazione Sezione Lavoro-n.9650/2003)

L'incapacità a testimoniare di cui all'art. 246 cod. proc. civ. è correlabile soltanto ad un diretto coinvolgimento della persona chiamata a deporre nel rapporto controverso e tale da legittimare una sua assunzione della qualità di parte in senso sostanziale o processuale nel giudizio, e non già alla ravvisata sussistenza di un qualche interesse di detta persona in relazione a situazioni ed a rapporti diversi da quello oggetto della vertenza, anche in qualche modo connessi (Cass Civ. 27.2.2007 n.4500).

Cass.Civ. sez. lav. Sent. n. 10545 del 9 maggio 2007: Il lavoratore subordinato è incapace a testimoniare nei giudizi di opposizione ad ordinanza-ingiunzione, nei casi in cui l'addebito che ha dato luogo alla sanzione attenga ad elementi del rapporto di lavoro di chi depone come teste, non potendo escludersi a priori l'esistenza di un interesse che legittimi la partecipazione al giudizio.

Coniuge

La S.C Cass.civ., Sez. 1, 09/02/2005, n. 262 al riguardo così ritiene "Deve escludersi che lo status di coniuge in comunione legale dei beni comporti, di per sé e sempre, ex articolo 246 del c.p.c., la incapacità a testimoniare nelle controversie in cui sia parte l'altro coniuge, dovendosi al contrario verificare, di volta in volta, la natura del diritto oggetto della controversia. Ciò si rivela tanto più necessario ove si consideri che le norme sulla incapacità a testimoniare, inducendo una deroga al generale dovere di testimonianza, sono di stretta interpretazione e che, a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'articolo 247 del c.p.c. è stato espunto dall'ordinamento processuale civile il generale divieto di testimonianza del coniuge, ancorché separato, dei parenti o affini in linea retta e di coloro che siano legati a una delle parti da vincoli di affiliazione. Cass.Civ. Sentenza 20.01.2006, n. 1109: In materia di prova testimoniale, non sussiste con riguardo alle deposizioni rese dai parenti o dal coniuge di una delle parti alcun principio di necessaria inattendibilità connessa al vincolo di parentela o coniugale, siccome privo di riscontri nell'attuale ordinamento, considerato che, venuto meno il divieto di testimoniare previsto dall'art. 247 cod. proc. civ. per effetto della sentenza della Corte Cost. n. 248 del 1974, l'attendibilità del teste legato dai uno dei predetti vincoli non può essere esclusa aprioristicamente, in difetto di ulteriori elementi in base ai quali il giudice del merito reputi inficciarne la credibilità, per la sola circostanza dell'esistenza dei detti vincoli con le parti.

Dipendente banca

Cass Civ. n. 2641/1993 Non comporta incapacità a testimoniare (art. 246 cod. proc. civ.) per i dipendenti di una banca la circostanza che questa, evocata in giudizio da un cliente, potrebbe convenirli in garanzia nello stesso giudizio per essere responsabili dell'operazione che ha dato origine alla controversia. Infatti, le due cause, anche se proposte nello stesso giudizio, si fondano su rapporti diversi ed i dipendenti hanno un interesse solo riflesso ad una determinata soluzione della causa principale, che non li legittima a partecipare al giudizio promosso dal cliente, in quanto l'esito di questo, di per sé, non è idoneo ad arrecare ad essi pregiudizio. Cass Civ. n.15197/04 L'interesse che dà luogo ad incapacità a testimoniare a norma dell'art. 246 cod. proc. civ. è quello giuridico, personale, concreto, comportante la legittimazione a proporre l'azione ovvero ad intervenire in un giudizio; ne consegue che la condizione di dipendente di una delle parti in causa non produce per ciò solo l'incapacità a testimoniare del soggetto, né egli è da considerare in ogni caso, per tale sua condizione, scarsamente attendibile.

Opposizione a sanzione amministrativa

Giudice di Pace di Torino civile Sentenza 28.03.2006 Nel giudizio di opposizione a sanzione amministrativa comminata per aver posto in circolazione un veicolo privo della prescritta copertura assicurativa (ex art. 193 c.d.s.) va esclusa l'incapacità a testimoniare dell'agente della compagnia assicuratrice del veicolo medesimo, non avendo egli alcun diritto o interesse da far valere in tale sede. Cass.Civ. 18.02.2000, n. 1870: Nel giudizio d'opposizione all'ordinanza che applica una sanzione amministrativa parti sono l'autorità amministrativa e le persone assoggettate alla sanzione. La persona che potrebbe sostenere d'aver subito un danno in conseguenza del comportamento della parte che ha proposto l'opposizione non è titolare di una situazione dipendente da quella dell'autorità cui compete applicare la sanzione, non ha un interesse giuridico a vedere accertato che l'opponente dev'essere assoggettato alla sanzione che gli è stata applicata e non ha perciò un interesse giuridico che potrebbe legittimare la sua partecipazione al giudizio. Consegue che nel giudizio d'opposizione avverso l'ordinanza che applica una sanzione amministrativa per violazione delle disposizioni del codice della strada può essere assunto come testimone il conducente dell'altro veicolo che potrebbe sostenere d'aver subito un danno per effetto della violazione non avendo un interesse giuridico a partecipare al giudizio la cui sentenza non fa stato se non tra le parti.

Furto assicurazioni Cass.Civ. n. 7677/2005 Con il primo mezzo di gravame, il ricorrente denuncia la violazione degli artt. 246, 100 e 105 del c.p.c., per avere la Corte di Palermo ritenuto l'incapacità di Ma. Pi. a testimoniare sullo stato della saracinesca, prima e dopo il furto. Osserva che l'interesse di Ma. Pi. alla causa è di mero fatto, non avendo ella alcuna pretesa da far valere nei confronti della compagnia assicuratrice e non potendo quindi partecipare al giudizio de quo. La censura è fondata e merita pertanto accoglimento. Dalla sentenza impugnata risulta l'estraneità di Ma. Pi. rispetto al contratto di assicurazione contro il furto stipulato da Gi. Ba. e dall'Assicurazioni d'It. S.p.A.. Risulta altresì che parte dei beni asportati dai ladri erano di proprietà di Ma. Pi. e che il giudice a quo ha radicato su tale circostanza l'assunto di incapacità a testimoniare. Ha infatti rilevato che Ma. Pi., essendo proprietaria di parte degli oggetti rubati, avrebbe un evidente interesse nella causa; interesse tale da legittimarne l'intervento nel giudizio. Tale capo decisionale in violazione della norma dell'art. 246 del codice di rito. Come più volte affermato dalla giurisprudenza di legittimità, l'incapacità a testimoniare, ai sensi dell'art. 246 c.p.c., è determinata soltanto da un interesse giuridico attuale e concreto, che legittimerebbe, ex art. 100 c.p.c., la partecipazione del teste al giudizio, mentre la sussistenza di un interesse di mero fatto, idoneo ad influire sulla veridicità della testimonianza, attinge unicamente alla attendibilità del teste (vedi Cass. 21.08.03, n. 12317; Cass. 16.06.03, n. 9650; Cass. 04.04.01, n. 4984). Nel caso in esame Ma. Pi., secondo quanto risultante in fatto dalla sentenza impugnata, non ha l'interesse giuridico attuale e concreto richiesto dalla norma per sancirne l'incapacità a testimoniare. Essendo estranea al rapporto assicurativo dedotto in lite, dal quale deriva l'obbligazione di indennizzo dell'Assicurazioni d'It. S.p.A. e non essendo titolare di alcun diritto nei confronti di tale società, non è legittimata ad agire nei confronti di essa, né a spiegare nel processo l'intervento principale o l'intervento adesivo autonomo. E' titolare di un interesse di mero fatto a che la causa sia decisa a favore dell'assicurato, ma ciò non la rende incapace di testimoniare. L'accoglimento del primo motivo del ricorso determina l'assorbimento del secondo motivo, con il quale viene dedotta l'insufficienza della motivazione. E' infatti evidente che il giudice del rinvio dovrà, in esito alla prova orale ritenuta ammissibile, procedere a nuova valutazione della fattispecie concreta sottoposta al suo giudizio.

L'amministratore di una società non può essere ammesso a deporre nel processo in cui abbia agito come rappresentante della società medesima, data l'inconciliabilità esistente tra la posizione di testimone e quella di parte. Tale divieto non sussiste, invece, per il venir meno di detta inconciliabilità, qualora l'amministratore sia chiamato a deporre in un processo in cui non rappresenti la società (ed, a maggior ragione, se al momento in cui sia stato indotto come testimone non era più rappresentante della società). In tale ultima ipotesi, la detta incapacità può verificarsi, ai sensi dell'art. 246 cod. proc. civ., solo se l'amministratore abbia nella causa un interesse attuale e concreto che potrebbe legittimare la sua partecipazione al giudizio (Cass.Civ.sent. 11.11.1996, n. 9826)⁷,

4. ASPETTI DI PROCEDURA.

La valutazione della sussistenza o meno dell'interesse che dà luogo ad incapacità a testimoniare, ai sensi dell'art. 246 cod. proc. civ., è rimessa - così come quella inerente all'attendibilità dei testi e alla rilevanza delle deposizioni - al giudice del merito, ed è insindacabile in sede di legittimità se congruamente motivata⁸.

La nullità della testimonianza resa da persona incapace deve essere eccepita subito dopo l'espletamento della prova, ai sensi dell'art. 157, secondo comma, cod. proc. civ. (salvo il caso in cui il procuratore della parte interessata non sia stato presente all'assunzione del mezzo istruttorio, nel qual caso la nullità può essere eccepita nell'udienza successiva), sicché, in mancanza di tempestiva eccezione, deve intendersi sanata, senza che la preventiva eccezione di incapacità a testimoniare, proposta a norma dell'art. 246 cod. proc. civ., possa ritenersi comprensiva dell'eccezione di nullità della testimonianza comunque ammessa, ed assunta nonostante la previa opposizione (Cass.Civ. Sent.n. 8358 aprile 2007).

L'incapacità a testimoniare, ai sensi dell'art. 246 c.p.c. data dall'interesse a proporre domanda o a contraddire di cui all'art. 100 c.p.c., comporta la nullità della deposizione se eccepita dalla parte interessata al momento della deposizione o nella prima difesa successiva, altrimenti si intende sanata ai sensi dell'art. 157 c.p.c.; resta comunque il potere del giudice di procedere alla valutazione dell'attendibilità del testimone, tenuto conto anche della situazione potenzialmente produttiva di incapacità (Cass.Civ.Sent. 380/2007).

⁷ da vedere anche Cass. Civ. n.77\02083, Cass Civ n.2580/1980

⁸ Cass.civ.19.1.2007 n.1188

La dottrina si è spesso dimostrata critica nei confronti dell'art.246 c.p.c., ritenendolo, insieme all'art.247 c.p.c., un relitto storico, del tutto incompatibile con il principio del libero convincimento del giudice (Micheli, Andrioli, Taruffo, Liebman). Il libero convincimento il Giudice lo recupera con il giudizio sull'attendibilità del teste.

Interessante è la seguente sentenza, riguardo al rapporto tra la incapacità a testimoniare e il giudizio sull'attendibilità del teste, Cass.Civ. Sentenza 24.05.2006, n. 12362: *"...Con specifico riferimento, poi, alla prova per testi, principio pacifico è che la valutazione in ordine all'attendibilità di un teste deve avvenire soprattutto in relazione al contenuto della dichiarazione e non aprioristicamente per categorie, in quanto in quest'ultima ipotesi il giudizio sull'attendibilità sfocerebbe impropriamente in quello sulla capacità a testimoniare in rapporto a categorie di soggetti che sarebbero, di per sé, inidonei a fornire una valida testimonianza, laddove la capacità a testimoniare differisce dalla valutazione sull'attendibilità del teste, operando su piani diversi, atteso che l'una, ai sensi dell'art. 246 cod. proc. civ., dipende dalla presenza in un interesse giuridico (non di mero fatto) che potrebbe legittimare la partecipazione del teste al giudizio, mentre la seconda afferisce alla veridicità della deposizione che il giudice deve discrezionalmente valutare alla stregua di elementi di natura oggettiva (la precisione e completezza delle dichiarazioni, le possibili contraddizioni, ecc.) e di carattere soggettivo (la credibilità della dichiarazione in relazione alle qualità personali, ai rapporti con le parti ed anche all'eventuale interesse ad un determinato esito della lite (Cass. 21.8.2004 n. 16529). Inoltre, un tale apprezzamento compete al giudice del merito e non è censurabile in sede di legittimità se congruamente motivato"*.

Avv. Giuseppe De Marco

Riferimenti: Avv.Giuseppe De Marco, Corso Trieste, 61 -00198 Roma

tel.06.8418006/7 fax: 06.8416975

e-mail: demarcog@hotmail.it