



SENTENZA

Cassazione civile sez. III - 09/06/2022, n. 18601

**Intestazione**

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE TERZA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. [REDACTED] [REDACTED] - Presidente -  
Dott. [REDACTED] [REDACTED] - Consigliere -  
Dott. [REDACTED] [REDACTED] - Consigliere -  
Dott. [REDACTED] [REDACTED] - Consigliere -  
Dott. [REDACTED] [REDACTED] - rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA INTERLOCUTORIA

sul ricorso 32822/2019 proposto da:

S.O. in proprio e nella qualità di genitore esercente patria potestà: G.S. (minore), domiciliata ex lege in Roma, presso la Cancelleria della Corte di Cassazione, rappresentata e difesa dall'avvocato [REDACTED] [REDACTED]

- ricorrente -  
contro

B.M., D.B.M.C., G.G.,  
Gr.Gi., G.M.G., G.V.;

- intimati -  
e contro

(OMISSIS) Spa in persona del procuratore speciale Dott. D.F.M., elettivamente domiciliata in [REDACTED] 76, presso lo studio dell'avvocato [REDACTED] che la rappresenta e difende;

- controricorrente -  
avverso la sentenza n. 640/2019 della CORTE D'APPELLO di CATANIA, depositata il 19/03/2019;  
udita la relazione della causa svolta nella Camera di consiglio del 27/01/2022 da Dott. [REDACTED].

RILEVATO

che:

1. Nel 2011, G.G., M.G., Gi. e V., nonché B.M., in proprio e quali eredi di G.A., convennero in giudizio, innanzi al Tribunale di Catania, la (OMISSIS) S.p.A. (oggi (OMISSIS) S.p.A.), in qualità di impresa designata alla gestione dei sinistri a carico del Fondo Garanzia Vittime della Strada, per ottenere il risarcimento del danno subiti in conseguenza dell'incidente stradale avvenuto a (OMISSIS), in cui aveva perso la vita il loro congiunto.

Esposero gli attori che G.A., mentre si trovava alla guida di un motoveicolo con a bordo la signora S.L., a causa di un'autovettura non identificata che tamponava da tergo il motoveicolo, perdeva il controllo del mezzo e decedeva, mentre la trasportata riportava gravi lesioni.

Intervennero successivamente in giudizio la madre del defunto, S.O., anche quale esercente la potestà genitoriale sul minore di G.S., e la sorella dello stesso, D.B.M.C., per sostenere la tesi degli attori relativamente al sinistro e ottenere il risarcimento dei danni subiti.

Si costituì in giudizio (OMISSIS) S.p.A., chiedendo il rigetto della domanda avversarie in quanto infondate e, in subordine, l'accertamento del concorso di colpa di G.A..

Istruita la causa mediante escussione testimoniale, il Tribunale adito, con la sentenza n. 4382/2014, rigettò le domande proposte dagli attori e dagli intervenuti per mancanza di prova. In particolare, il Giudice di prime cure ritenne inattendibili le dichiarazioni rese dal teste Sp.Ga., non essendo verosimile che egli non ricordasse dove era diretto nel momento in cui aveva assistito all'incidente, e inutilizzabili quelle rese dalla S., terzo trasportato, in ragione dell'incapacità a testimoniare della stessa ai sensi dell'art. 246 c.p.c..

2. La sentenza è stata confermata dalla Corte d'appello di Catania, con la sentenza n. 640/2019, depositata il 19 marzo 2019.

La Corte territoriale ha condiviso le valutazioni del Tribunale circa la non attendibilità della testimonianza del teste Sp. osservando che, pur essendo trascorsi circa sette anni, la particolare gravità del fatto avrebbe dovuto far rimanere impressi nella sua mente gli impegni della giornata, quantomeno quelli riferibili all'arco temporale del sinistro, che avrebbero potuto consentire di ottenere un riscontro circa la veridicità della sua presenza sul luogo dell'incidente.

In ogni caso, la testimonianza dello Sp. - il quale aveva dichiarato di non aver visto un contatto tra il motorino e la macchina pirata bensì solo che quest'ultima lo aveva sorpassato a destra, facendo perdere alla vittima il controllo del mezzo - rendeva inverosimile la ricostruzione della dinamica dei fatti operata dagli appellanti, che si fondava

sul fatto che il ragazzo aveva perso il controllo a seguito di un impatto dell'auto pirata con la parte posteriore del motorino, circostanza peraltro esclusa dall'assenza di danni alla targa constatata dagli agenti verbalizzanti.

La Corte ha altresì condiviso la statuizione del primo giudice in ordine all'incapacità a testimoniare della terza trasportata, seppure integralmente risarcita dall'istituto assicuratore, richiamando l'orientamento della giurisprudenza di legittimità secondo cui chi è privo della capacità a testimoniare, perché titolare di un interesse che ne potrebbe legittimare la partecipazione al giudizio, non riacquistata tale capacità per l'intervento di una fattispecie estintiva del diritto che potrebbe far valere, quale la transazione.

3. Avverso tale sentenza propone ricorso per cassazione, sulla base di tre motivi, la signora S.O..

Resiste con controricorso la (OMISSIS) S.p.A., la quale ripropone le eccezioni rimaste assorbite nel giudizio di merito

## CONSIDERATO

che:

4.1. Con il primo motivo, la ricorrente lamenta la "violazione o falsa applicazione di norme di diritto in relazione agli artt. 112,115,116,157 e 246 c.p.c., ex art. 360, n. 3" censurando la sentenza nella parte in cui ha condiviso le statuizioni del primo giudice in ordine alla non attendibilità del teste Sp. e all'incapacità a testimoniare della terza trasportata, sebbene la testimonianza di quest'ultima fosse stata ritualmente ammessa in fase di istruttoria.

In particolare, con riferimento alla terza trasportata, la Corte d'appello non avrebbe tenuto conto dell'orientamento della giurisprudenza di legittimità secondo cui la nullità della testimonianza resa da persona incapace (in quanto portatrice dell'interesse che avrebbe potuto legittimare il suo intervento in giudizio) deve essere eccepita subito dopo l'espletamento della prova ai sensi dell'art. 157 c.p.c., comma 2, sicché in mancanza di tempestiva eccezione deve intendersi sanata, senza che la preventiva eccezione di incapacità a testimoniare proposta a norma dell'art. 246 c.p.c., possa ritenersi comprensiva dell'eccezione di nullità della testimonianza comunque ammessa ed assunta nonostante la previa opposizione.

Nel caso di specie, la compagnia assicurativa si sarebbe limitata ad eccepire l'incapacità a testimoniare della S. e non avrebbe provveduto a contestare la nullità della testimonianza.

Ne' sussisterebbe un potere officioso del giudice di dichiarare la deposizione inutilizzabile o nulla, trattandosi di eccezione relativa, in quanto le regole relative alla deduzione ed ammissione della prova per testi sono stabilite per la tutela degli interessi di parte.

4. La censura introdotta dalla ricorrente implica l'esame della questione, più volte affrontata dalla giurisprudenza di questa Corte, concernente la sorte dell'eccezione di incapacità a testimoniare ai sensi dell'art. 246 c.p.c., quando la parte, che l'abbia tempestivamente sollevata, ometta di contestare la nullità della testimonianza ammessa e assunta nonostante l'opposizione - dopo l'espletamento della prova ai sensi dell'art. 157 c.p.c., comma 2.

La ricorrente, sul punto, richiama il principio secondo cui "la nullità della testimonianza resa da persona incapace (in quanto portatrice di un interesse che avrebbe potuto legittimare il suo intervento in giudizio) deve essere eccepita subito dopo l'espletamento della prova, ai sensi dell'art. 157, comma 2 (salvo che il difensore 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 c.p.c., possa ritenerci comprensiva dell'eccezione di nullità della testimonianza comunque ammessa ed assunta nonostante la previa opposizione". Tale principio, affermato per la prima volta da Cass. civ., Sez. 11, 04/08/1990, n. 7869 (ma già implicitamente da Cass. Civ., Sez. II, 10/02/1987, n. 1425), si è ampiamente consolidato nella giurisprudenza successiva della Corte ed è stato seguito, in questi esatti termini, da: Cass. civ. Sez. III, 17/12/1996, n. 11253; Cass. civ., Sez. 111, 20/06/1997, n. 5534; Cass. civ., Sez. 111, 21/04/1999, n. 3962; Cass. civ., Sez. III, 01/07/2002, n. 9553; Cass. civ., Sez. III, 02/02/2004, n. 1879; Cass. civ. Sez. II, 17/02/2004, n. 2995; Cass. civ., Sez. II, 30/07/2004, n. 14587; Cass. civ., Sez. lavoro, 07/08/2004, n. 15308; Cass. civ. Sez. III, 29/03/2005, n. 6555 (implicitamente); Cass. civ., Sez. III, 15/02/2007, n. 3462; Cass. civ., Sez. I, 03/04/2007, n. 8358; Cass. civ., Sez. III, 10/04/2008, n. 9351; Cass. civ., Sez. II, 07/02/2011, n. 3023; Cass. civ., Sez. lavoro, 23/02/2012, n. 2725; Cass. civ., Sez. lavoro, 16/03/2012, n. 4263; Cass. civ., Sez. III, 10/04/2012, n. 5643; Cass. civ. Sez. lavoro, 19/08/2014, n. 18036; Cass. civ. Sez. lavoro, 21/10/2015, nn. 2141821419; Cass. civ., Sez. lavoro, 24/02/2016, n. 3647; Cass. civ., Sez. lavoro, 22/04/2016, n. 8180; Cass. civ., Sez. lavoro, 20/06/2016, n. 12673; Cass. civ. Sez. II, 23/11/2016, n. 23896; Cass. civ., Sez. III, Ord., 08/06/2017, n. 14276; Cass. civ., Sez. I, Ord., 28/06/2019, n. 17607; Cass. civ., Sez. lavoro, Ord., 19/11/2019, n. 30065; Cass. civ., Sez. lavoro, 27/11/2019, n. 30995; Cass. civ., Sez. lavoro, Ord., 20/04/2021, n. 10374; Cass. civ., Sez. II, Ord., 09/11/2020, n. 25021.

Cass. civ. Sez. 111, 06/05/2020, n. 8528 ha peraltro chiarito che l'eccezione di incapacità a deporre, sollevata, nel rispetto dell'art. 157, comma 2, all'esito dell'escussione del teste,

costituisce idonea manifestazione dell'intenzione di proporre eccezione di nullità della prova assunta, non essendo necessario a questo scopo la doppia formale espressione deduttiva di "incapacità e, quindi, nullità".

Il menzionato principio è stato richiamato anche da Cass. civ., Sez. 16/01/1996, n. 303 e da Cass. civ. Sez. lavoro, 15/11/1999, n. 12634, entrambe con riferimento a fattispecie in cui la parte che avrebbe avuto interesse a far rilevare l'incapacità a testimoniare del teste si era associata alla richiesta della sua assunzione, determinandosi così, già per tale circostanza, la sanatoria della nullità della prova ex art. 158 c.p.c., comma 3.

5. Nonostante tali precedenti abbiano mostrato una convinta adesione all'indirizzo interpretativo inaugurato dalla pronuncia del 1990, sussistono alcuni aspetti, posti a fondamento del percorso argomentativo di detta sentenza, che, ad avviso del Collegio, sono meritevoli di approfondimento da parte delle Sezioni Unite di questa Corte.

Si osserva infatti che la motivazione con cui citata la sentenza 7869/1990 respinge le censure del ricorrente - incentrate sull'omesso esame della eccezione di incapacità a testimoniare sollevata prima dell'assunzione della prova e sulla violazione dell'art. 246 c.p.c. - si basa su due diversi ordini di argomentazioni:

- da un lato, sul fatto che il ricorrente era decaduto dall'eccezione di nullità delle testimonianze assunte, non essendosi avvalso del rimedio del reclamo ex art. 178 c.p.c., comma 2, avverso l'ordinanza del giudice istruttore che, ammettendo i due testi, implicitamente aveva rigettato l'eccezione di incapacità. Al riguardo, la Corte ha affermato che "il potere di revoca dell'ordinanza ammissiva, riconosciuto al Collegio dalla norma dell'art. 177 c.p.c., comma 1, trovava, infatti, un invalicabile limite del disposto del cit. art. 157, comma 2, che fa carico alla parte interessata di eccepire la nullità dell'atto nella prima istanza o difesa successiva all'atto stesso o alla notizia di questo";

- dall'altro lato, sulla considerazione che l'eccezione preventiva di incapacità a testimoniare ex art. 246 c.p.c., doveva ritenersi idonea a fungere anche da eccezione di nullità delle testimonianze malgrado ciò ammesse e assunte, attesa la diversa natura e funzione delle due eccezioni. Sul punto, la Corte ha osservato infatti che "l'eccezione di nullità ex art. 157 c.p.c., comma 2, presuppone, nozionalmente, il compimento dell'atto nullo e, perciò, non è opponibile in relazione ad un atto futuro. Per di più, essendo essa, come nella specie, rimessa alla libera disponibilità della parte, questa può validamente determinarsi a rilevarla soltanto dopo il compimento dell'atto, senza doversi ritenere vincolata alla preventiva eccezione che, come quella specifica d'incapacità testimoniale, abbia preceduto il compimento dell'atto nullo". Secondo la Suprema Corte, l'interesse ad eccepire o non la nullità delle due testimonianze in questione poteva sorgere nella parte soltanto dopo la loro assunzione ("quando, cioè, fosse risultato se ed in qual misura esse erano sfavorevoli alla sua tesi difensiva"): "come, infatti, la già opposta eccezione preventiva d'incapacità

testimoniale non avrebbe potuto impedire alla parte di utilizzare a suo vantaggio le risultante eventualmente favorevoli delle deposizioni, così, in caso di esito non favorevole della prova, soltanto con una tempestiva eccezione di nullità ex art. 157 c.p.c., comma 2, la parte avrebbe potuto evitare la decadenza, avendo la precedente eccezione ormai esaurito ogni suo effetto".

6. Si deve innanzitutto rilevare che la prima delle due argomentazioni - con cui si afferma in sostanza che la parte che ha sollevato l'eccezione di incapacità respinta dal giudice istruttore avrebbe l'onere di proporre reclamo immediato ex art. 178 c.p.c., comma 2, diversamente decadendo dalla possibilità di far valere il vizio della testimonianza - non appare più attuale, alla luce delle modifiche introdotte dalla L. n. 353 del 1990, che ha abolito la possibilità di reclamo al collegio per la soluzione di questioni istruttorie.

Peraltro, la suddetta argomentazione si discosta dall'orientamento maggioritario della giurisprudenza che, nell'ambito della precedente normativa, riteneva che la mancata proposizione del reclamo immediato avverso le ordinanze di ammissione dei mezzi di prova non precludesse il successivo controllo del collegio ex art. 178 c.p.c., comma 1 (cfr. Cass. civ., Sez. II, 08/08/1990, n. 8039; v. nello stesso senso, sia nel caso di ammissione di prove contestate, sia nel caso inverso di richieste istruttorie disattese, Cass. Civ., Sez. II, 25/02/1989, n. 1042; Cass. civ., Sez. II, 24/08/1991, n. 9083; Cass. civ., Sez. III, 02/08/1993, n. 8524; Cass. Civ., Sez. II, 06/09/1994, n. 7672; Cass. Civ., sez. I, 30/03/1995, n. 3773; Cass. Civ., Sez. II, 22/05/1995, n. 5618; Cass. civ., Sez. I, 05/03/1999, n. 1874; Cass. civ., Sez. III, 16/09/2000, n. 12280; Cass. civ., Sez. III, 14/06/2001, n. 8063; Cass. civ., Sez. II, 14/04/2004, n. 7055; Cass. Civ., Sez. II, Ord. 29/10/2018 n. 27415).

In aggiunta, il ragionamento complessivo della Corte non appare neppure del tutto intrinsecamente coerente in quanto, alla luce della seconda argomentazione, la proposizione del reclamo, che si colloca anteriormente all'escussione del teste incapace, non avrebbe in realtà alcuna rilevanza al fine di impedire la decadenza.

7. Si osserva ulteriormente che, sebbene la giurisprudenza e la dottrina maggioritaria ricostruiscono il vizio della testimonianza resa da incapace in termini di nullità relativa (oltre alla giurisprudenza già citata al punto 4, cfr. Cass. civ., Sez. II, 26/07/1999, n. 8066; Cass. civ., Sez. II, 18/01/2002, n. 543; Cass. civ., Sez. I, 19/03/2004, n. 5550; Cass. civ. Sez. III, 12/03/2005, n. 5454; Cass. civ., Sez. III, 12/01/2006, n. 403; Cass. civ. Sez. III, 16/05/2006, n. 11377; Cass. civ. Sez. II, 26/05/2008, n. 13578; Cass. civ. Sez. III, 25/09/2009, n. 20652; Cass. Civ., Sez. III, 30/10/2009, n. 23054; Cass. civ. Sez. lavoro Sent., 12/08/2011, n. 17272; Cass. civ., Sez. III, 29/01/2013, n. 2075; Cass. civ., Sez. Unite, 23/09/2013, n. 21670; Cass. Civ., Sez. II, 23/11/2016, n. 23896), esiste una tesi dottrinale minoritaria che ritiene che le deposizioni assunte in spregio al divieto di cui all'art.

246 c.p.c., siano inefficaci, tali da non poter essere utilizzate dal giudice ai fini della decisione.

Risulta evidente come dalla qualificazione del vizio della testimonianza resa dall'incapace derivino conseguenze in ordine alle modalità di deduzione dello stesso vizio, risultando applicabile la decadenza ex art. 157 c.p.c., comma 2, solo ove si ritenga che tale vizio configuri un'ipotesi di nullità.

Qualora si ritenga invece che la testimonianza resa dall'incapace sia valida, ma inefficace/inutilizzabile, la deduzione relativa alla inammissibilità della medesima testimonianza non sarebbe soggetta alla predetta decadenza, potendo la questione essere rimessa in discussione dal collegio (o dal giudice unico), ove sollecitato in tal senso dalla parte in sede di precisazione delle conclusioni (ovvero dal giudice dell'appello nel caso in cui, come osservato dal recente arresto delle Sezioni Unire n. 1785 del 24/1/2018, dalla valutazione complessiva della condotta processuale della parte emerga una volontà inequivoca di insistere sulla eccezione ex art. 246 c.p.c., anche se non espressamente reiterata in sede di precisazione delle conclusioni).

Si deve al riguardo precisare che, delle numerose pronunce sopra citate che sostengono la configurabilità di un'ipotesi di nullità relativa, la questione viene affrontata ex professo solo da Cass. Cass. civ. Sez. III, 06/05/2020, n. 8528.

Secondo tale pronuncia, "l'incapacità del testimone (...) è disciplinata da una norma specifica in materia di prova testimoniale (art. 246 c.p.c.) che, come tale, è una norma sul procedimento civile e, dunque, disciplinatrice della "forma" del relativo atto processuale ai sensi dell'art. 156 c.p.c.. L'affidamento all'eccezione di parte della prospettazione dell'incapacità e, dunque, della deduzione della violazione della norma del procedimento, si risolve nella qualificazione di essa come eccezione di nullità ai sensi del citato art. 157 c.p.c., comma 1". Tutte le altre sentenze, comprese le Sezioni Unite del 2013, aderiscono a priori alla tesi che qualifica il vizio in termini di nullità.

Viceversa, sebbene non siano noti precedenti in cui la Corte abbia aderito espressamente all'orientamento minoritario, vi sono alcune sentenze che, discostandosi dall'indirizzo sopra menzionato, sembrano presupporre una qualificazione del vizio in termini diversi dalla nullità, non facendosi cenno a preclusioni derivanti dal mancato rispetto dell'art. 157 c.p.c., comma 2.

Al riguardo, viene in rilievo innanzitutto Cass. Civ., Sez. II, 25/02/1989, n. 1042, secondo cui, qualora il consigliere istruttore abbia respinto l'eccezione d'incapacità a testimoniare, la parte, per evitare la decadenza deve o reclamare al collegio o, comunque, riproporre la relativa questione in sede di precisazione delle conclusioni, chiedendo la revoca

dell'ordinanza medesima. Analogo principio è espresso da Cass. Civ. Sez. II, 07/02/2003, n. 1840.

Ancora, Cass. Civ., Sez. II, 15/06/1999, n. 5925 ha ritenuto che avesse fatto acquiescenza all'ordinanza pretorile di rigetto dell'eccezione di incapacità del teste la parte che non aveva riproposto l'eccezione rigettata in sede di precisazione delle conclusioni, peraltro più volte rassegnate.

Cass. Civ., Sez. III, 24/11/2004, n. 22146 infine, ha affermato che la parte che si oppone ad una prova testimoniale, oltre a dover tempestivamente sollevare detta sua eccezione, deve poi dolersene anche in sede di precisazione delle conclusioni, chiedendo la revoca dell'ordinanza ammissiva (o non ammissiva) della prova ai sensi dell'art. 178 c.p.c., comma 1, perché il giudice compete la decisione di tutta la causa provveda a detta revoca dell'ordinanza, restando in caso contrario preclusa la possibilità di decidere in ordine all'ammissibilità o in ammissibilità della prova e così provvedere all'eventuale revoca dell'ordinanza.

8. Si deve da ultimo rilevare che, anche accogliendo tale diversa opzione interpretativa, la scelta finale di avvalersi o meno delle dichiarazioni del teste incapace (assunte nonostante l'eccezione) spetterebbe comunque alla parte che ha interesse a sollevare l'eccezione medesima, la quale in sede di precisazione delle conclusioni potrebbe decidere di rinunciare a contestare nuovamente la capacità a testimoniare, ove ritenesse tali dichiarazioni per lei favorevoli.

9. In conclusione, la rilevata difformità tra i precedenti indicati sub 7 e l'indirizzo interpretativo maggioritario, nonché l'evidente rilevanza di massima della questione, rende opportuna, secondo il Collegio, la rimessione alle Sezioni Unite, affinché sia valutata l'attualità e l'effettiva portata del principio secondo cui l'incapacità a testimoniare, prevista dall'art. 246 c.p.c., 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'art. 157 c.p.c., comma 2, senza che la preventiva eccezione di incapacità a testimoniare possa ritenersi comprensiva dell'eccezione di nullità della testimonianza comunque ammessa ed assunta nonostante l'opposizione.

9. Si ritiene opportuno rimettere gli atti al Primo Presidente perché valuti l'opportunità di una eventuale assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite, ai sensi dell'art. 374 c.p.c., comma 2.

P.Q.M.

La Corte rimette gli atti al Primo Presidente, perché valuti l'opportunità di assegnare il ricorso alle Sezioni Unite, ai sensi dell'art. 374 c.p.c., comma 2.

In caso di diffusione del presente provvedimento si omettano le generalità e gli altri dati identificativi, a norma del D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 52.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Sezione Terza Civile della Corte suprema di Cassazione, il 27 gennaio 2022.

Depositato in Cancelleria il 9 giugno 2022

