

**PROCURA GENERALE
DELLA
CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE**

**Sezioni Unite civili – Udienza pubblica del 6 dicembre 2022
Causa n. 1 R.G. n. 32822/2019**

IL PROCURATORE GENERALE

Letti gli atti;

osserva:

La Corte d'appello di Catania, con sentenza n. 640/2019, depositata il 19 marzo 2019 ha confermato la pronuncia del locale Tribunale con la quale sono state rigettate le domande formulate da OMISSIS, nonchè OMISSIS, in proprio e quali eredi di OMISSIS, nei confronti di Fondiaria – SAI s.p.a. (oggi Unipolsai s.p.a.) in qualità di impresa designata alla gestione dei sinistri a carico del Fondo Garanzia Vittime della Strada, per ottenere il risarcimento dei danni subiti in conseguenza dell'incidente stradale avvenuto a Catania nel 2005, nel quale aveva perso la vita il loro congiunto.

In particolare la Corte d'appello ha 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 perchè titolare di un interesse che ne potrebbe legittimare la partecipazione al giudizio, non riacquista tale capacità per l'intervento di una fattispecie estintiva del diritto che potrebbe far valere, come la transazione.

OMISSIS, madre del defunto, che era intervenuta nel giudizio di merito, ha proposto ricorso per cassazione fondato su tre motivi.

Unipolsai s.p.a. ha resistito con controricorso.

In particolare, con il primo motivo la ricorrente ha sostenuto che in riferimento alla terza trasportata, la Corte d'appello di Catania non avrebbe tenuto conto dell'orientamento della giurisprudenza di legittimità secondo cui la nullità della testimonianza resa da persona incapace in quanto portatrice di un interesse che avrebbe potuto legittimare la sua partecipazione al giudizio, deve essere eccepita subito dopo l'espletamento della prova ai sensi dell'art. 157, comma 2, c.p.c., 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 Unipol non avrebbe contestato la nullità della testimonianza escussa ma si sarebbe limitata ad eccepire l'incapacità a testimoniare di un teste.

La terza sezione della Corte di cassazione, con ordinanza interlocutoria n. 18601/2022 ha rimesso al Primo Presidente, ai fini dell'assegnazione del ricorso alle Sezioni unite, perchè valutino la seguente questione di massima rilevanza: se l'incapacità a testimoniare, prevista dall'art. 246 c.p.c., determini la nullità della deposizione senza poter essere rilevata d'ufficio, dovendo 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, comma 2, c.p.c., 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.

2. La questione proposta è stata più volte affrontata dalla giurisprudenza di legittimità, come d'altro canto riconosce la stessa ordinanza interlocutoria.

Fin dalla sentenza n. 3059/1969 la Corte di cassazione ha affermato che:

“la nullità della deposizione di un teste incapace a deporre, o per il quale l'articolo 247 cod. proc. civ. fa divieto di testimoniare ha carattere relativo, in quanto si ricollega alla tutela degli interessi delle parti e non all'attività del giudice. Tale nullità pertanto non è più rilevabile, dovendosi ritenere sanata ai sensi dell'art 157 cod. proc.

civ., quando non sia stata dedotta in sede di assunzione della prova o almeno nella prima istanza o difesa successiva nè, a maggior ragione, la relativa eccezione può essere sollevata per la prima volta in Cassazione”.

Fra le numerosissime pronunce successive, reperibili fino ai giorni nostri, l’ordinanza si sofferma sulla sentenza Cass. n. 7869/1990, che ha ribadito che « La nullità della testimonianza resa da persona incapace ex art. 246 cod. proc. civ. deve essere eccepita subito dopo l'espletamento della prova, ai sensi dell'art. 157, secondo comma, cod. proc. civ., salvo in caso in cui il procuratore della parte interessata non sia stato presente all'assunzione del mezzo istruttorio, nella quale ipotesi la nullità può essere eccepita nell'udienza successiva, senza che la preventiva eccezione d'incapacità di testimoniare a norma dell'art. 246 cit. possa ritenersi comprensiva dell'eccezione di nullità delle testimonianze comunque ammesse ed assunte nonostante quella previa opposizione » (Cass. nn. 3912/84, 2509/84, 850/83, 1425/87, 534/82, 559/79, 189/77).

Nello stesso senso, Cass. n. 23054/2009 secondo la quale « La nullità di una testimonianza resa da persona incapace ai sensi dell'art. 246 cod. proc. civ., essendo posta a tutela dell'interesse delle parti, è configurabile come una nullità relativa e, in quanto tale, deve essere eccepita subito dopo l'espletamento della prova, rimanendo altrimenti sanata ai sensi dell'art. 157, secondo comma, cod. proc. civ.; qualora detta eccezione venga respinta, la parte interessata ha l'onere di riproporla in sede di precisazione delle conclusioni e nei successivi atti di impugnazione, dovendosi la medesima, in caso contrario, ritenere rinunciata, con conseguente sanatoria della nullità stessa per acquiescenza, rilevabile d'ufficio dal giudice in ogni stato e grado del processo” (in senso conforme, Cass. nn. 8358/2007; 20652/2009; 17272/2011; 18036/2014;1256/2016; 8528/2020).

Come si evince dai precedenti citati si tratta di una giurisprudenza risalente nel tempo e consolidata. Ciò malgrado l’ordinanza interlocutoria solleva alcune perplessità e dubbi in riferimento alla citata pronuncia n. 7869/1990, dalla cui motivazione si evince che la preventiva eccezione di incapacità a testimoniare ex art. 246 c.p.c., non esclude

la necessità che la parte interessata eccepisca, subito dopo l'assunzione, la nullità dell'atto compiuto ex art. 157, comma 2, c.p.c.: questa necessità di una "doppia eccezione" evidenzerebbe che la questione è rimessa alla libera disponibilità della parte, che potrebbe validamente determinarsi a rilevarla solo dopo il compimento dell'atto e solo nel caso in cui la testimonianza risulti sfavorevole alla propria difesa. Sul punto l'ordinanza interlocutoria sottolinea che la motivazione della sentenza n. 7869/1990, che avrebbe esaminato *ex professo* la questione, laddove le altre pronunce avrebbero aderito semplicemente alla tesi della nullità, si fonda su due argomentazioni. La prima rileva che nel caso allora in esame il ricorrente era decaduto dall'eccezione di nullità delle testimonianze non avendo proposto reclamo ex art. 178, comma 2, c.p.c. avverso l'ordinanza del giudice istruttore che ammettendo i testi aveva implicitamente rigettato l'eccezione di incapacità.

In secondo luogo la pronuncia del 1990 afferma che l'eccezione preventiva di incapacità a testimoniare ex art. 246 c.p.c. non costituisce anche eccezione di nullità della testimonianza a causa delle diverse natura e funzione delle due eccezioni.

Pertanto, mentre la prima argomentazione non è più attuale a seguito delle modifiche intervenute dalla legge n. 335/1990, che ha abrogato la norma che consentiva il reclamo al collegio, l'ordinanza interlocutoria richiama una tesi minoritaria in dottrina che sostiene la mera inefficacia della testimonianza dell'incapace: il vizio che ne deriva non sarebbe soggetto ad alcuna decadenza, ma potrebbe essere proposto dalla parte interessata in sede di precisazione delle conclusioni.

Pur non rinvenendosi precedenti in cui la Corte abbia seguito questo orientamento, l'ordinanza si sofferma su tre precedenti decisioni che si sarebbero discostate dall'indirizzo consolidato descritto. In tal senso, osserva che la sentenza n. 1042/1989 ha affermato che in caso di rigetto dell'eccezione di incapacità a testimoniare da parte del giudice istruttore la parte è tenuta a proporre il reclamo al collegio o a riproporre la questione in sede di conclusioni e chiedere la revoca, se intende evitare la decadenza.

In secondo luogo, la sentenza n. 5925/1999 ha rilevato l'acquiescenza all'ordinanza del pretore di rigetto dell'eccezione dell'incapacità a testimoniare in caso di mancata riproposizione dell'eccezione in sede di precisazione delle conclusioni.

Infine, un ulteriore precedente sarebbe costituito dalla sentenza n. 22416/2004 che ha affermato che la parte che si oppone ad una prova testimoniale deve sollevare tempestivamente l'eccezione e nel caso poi riproporre la doglianza in sede di conclusioni.

3. A nostro avviso non sembra che i dubbi sollevati dall'ordinanza di rimessione siano in grado di inficiare la tesi maggioritaria, ma diremmo in realtà univoca, della giurisprudenza sopra citata.

Nelle tre decisioni da ultimo richiamate, pur ribadendosi che la parte interessata è tenuta ad opporsi all'ammissione della prova testimoniale dell'incapace, così escludendo un potere di rilevazione d'ufficio da parte del giudice, non si rinviene alcun esplicito richiamo al vizio di nullità relativa di cui all'art. 157 c.p.c., e sembra consentirsi la proposizione dell'eccezione fino alla precisazione delle conclusioni (sul punto la prima sentenza citata n. 5925/1999 si limita a ribadire che "è stato affermato da questa Suprema Corte (sent. n. 1042 del 25 febbraio 1989) che, ove in istruttoria sia stata respinta l'eccezione d'incapacità e la parte interessata non abbia riproposto la questione in sede di precisazione delle conclusioni, deve ritenersi che, con tale comportamento, essa abbia, in sostanza rinunciato ad avvalersi dell'eccezione". Analogamente, Cass. n. 1840/2003.

Inoltre, da una lettura completa delle sentenze citate non emerge un indirizzo alternativo a quello consolidato: la Corte in tali casi si è infatti limitata a specificare che la parte è tenuta a formulare l'eccezione relativa all'avvenuta assunzione della testimonianza dell'incapace in sede di precisazione delle conclusioni, ma non esclude affatto che la medesima eccezione possa essere sollevata nella fase precedente.

Può infatti ritenersi che l'indicato momento della precisazione delle conclusioni sia il limite oltre il quale la parte decade dalla possibilità di proporre il vizio in sede di impugnazione.

Questa considerazione trova a nostro avviso conferma proprio nella pronuncia delle Sezioni unite n. 21670/2013, che richiamandosi all'orientamento dominante e consolidato chiarisce la pluralità degli oneri posti a carico della parte che intenda lamentarsi dell'assunzione di un teste incapace.

In quel caso si deduceva nel motivo di ricorso che le dichiarazioni del teste incapace erano state, dalla Corte d'appello, poste a fondamento della decisione. Le Sezioni unite hanno sul punto osservato che “È noto che "la nullità di una testimonianza resa da persona incapace ai sensi dell'art. 246 cod. proc. civ., essendo posta a tutela dell'interesse delle parti, è configurabile come una nullità relativa e, in quanto tale, deve essere eccepita subito dopo l'espletamento della prova, rimanendo altrimenti sanata ai sensi dell'art. 157 cod. proc. civ., comma 2; qualora detta eccezione venga respinta, la parte interessata ha l'onere di riproporla in sede di precisazione delle conclusioni e nei successivi atti di impugnazione, dovendosi la medesima, in caso contrario, ritenere rinunciata, con conseguente sanatoria della nullità stessa per acquiescenza, rilevabile d'ufficio dal giudice in ogni stato e grado del processo" (Cass. n. 23054 del 2009). Nel caso di specie, nulla di tutto ciò è stato dedotto dai ricorrenti: non che i medesimi avessero formulato una eccezione di incapacità prima della assunzione della deposizione della insegnante, non l'avvenuta riproposizione della eccezione nel giudizio di appello. Pertanto, pur a volere ipotizzare che sussistesse una incapacità a testimoniare della insegnante (ma tale ipotesi sembra doversi escludere alla luce dei principi affermati in tema di difetto di legittimazione passiva dell'insegnante statale in relazione a domande di danni subiti da alunni, sia a titolo di responsabilità extracontrattuale che a titolo di responsabilità contrattuale: Cass., S.U., n. 9346 del 2002, cit.; Cass. n. 5067 del 2010), la questione non può formare oggetto di esame in questa sede”.

4. Ad avviso delle Sezioni unite sussistono pertanto tre fasi preclusive che consentono, se non si rispettano i relativi oneri di parte, la sanatoria ex art. 157 c.p.c. dell'assunzione del teste incapace. La prima concerne l'obbligo di opposizione all'ammissione della testimonianza ex art. 246 c.p.c.; nel caso di suo rigetto e di ammissione del teste un

secondo onere scatterebbe al momento dell'assunzione della prova o nel primo atto difensivo; infine, in caso di ulteriore rigetto, la parte dovrà riproporre l'eccezione in sede di precisazione delle conclusioni.

Un ulteriore argomento che induce a dare continuità al principio consolidato sopra illustrato può ricavarsi dalla decisione con la quale le Sezioni unite hanno affermato il principio secondo il quale “L'inammissibilità della prova testimoniale di un contratto che deve essere provato per iscritto, ai sensi dell'art. 2725, comma 1, c.c., attenendo alla tutela processuale di interessi privati, non può essere rilevata d'ufficio, ma deve essere eccepita dalla parte interessata prima dell'ammissione del mezzo istruttorio; qualora, nonostante l'eccezione di inammissibilità, la prova sia stata ugualmente assunta, è onere della parte interessata opporne la nullità secondo le modalità dettate dall'art. 157, comma 2, c.p.c., rimanendo altrimenti la stessa ritualmente acquisita, senza che detta nullità possa più essere fatta valere in sede di impugnazione” (Cass. Sez. un. n. 16723/2020).

Anche in questo caso, contiguo a quello oggetto del presente giudizio, le Sezioni unite hanno affermato il principio della non rilevabilità d'ufficio della violazione delle disposizioni che limitano l'ammissibilità della prova testimoniale, collocando tali violazioni nell'ambito delle nullità relative ex art. 157 c.p.c..

In particolare, le Sezioni unite hanno affermato che:

“E' uniforme nelle pronunce di questa Corte l'affermazione secondo cui, giacché i limiti di ammissione della prova testimoniale sull'esistenza di un contratto soggetto a forma scritta "*ad substantiam*" sono dettati da ragioni di ordine pubblico, l'inammissibilità della prova assunta oltre quei limiti può essere dedotta in qualsiasi stato e grado del giudizio, va rilevata anche d'ufficio e non è sanata dalla mancata tempestiva opposizione della parte interessata, la quale può eccepire il vizio discendente anche per la prima volta con motivo di appello (Cass. Sez. 2, 24 novembre 2015, n. 23934; Cass. Sez. 3, 12 maggio 1999, n. 4690; Cass. Sez. 2, 25/03/1987, n. 2902; Cass. Sez. 3, 25 gennaio 1974, n. 196; Cass. Sez. 1, 26 aprile 1969, n. 1352). ... Quando, invece, la forma scritta è imposta, secondo la legge o la volontà delle parti, per la prova di un

contratto, la questione non è di "forma dell'atto", ma di "forma della prova", essendo la forma requisito non sostanziale, e cioè indispensabile per la validità del negozio, quanto processuale: la mancanza della scrittura comporta, allora, solo una limitazione sul terreno della prova, rendendo non ammissibile la testimonianza, qualunque sia il valore del contratto, e può però essere supplita con altri mezzi di particolare efficacia, quali la confessione od il giuramento, né impedisce l'esecuzione volontaria, la conferma o la ricognizione volontaria del negozio. Mentre, dunque, le norme che prevedono preclusioni assertive ed istruttorie nel giudizio di cognizione, giacché ispirate all'esigenza di garantire la celerità e la concentrazione del processo civile, si intendono non dettate nell'esclusivo interesse delle parti (le quali possono perciò derogarvi esplicitamente o anche solo implicitamente), quanto dirette a garantire l'interesse pubblico a scongiurare l'allungamento dei tempi processuali (Cass. Sez. U, 11/05/2006, n. 10831), ovvero l'ordine pubblico processuale, riferibile ai principi inviolabili posti a garanzia del diritto di agire e di resistere in giudizio, con conseguente rilevabilità anche d'ufficio della loro inosservanza, la violazione delle formalità stabilite per l'ammissione della prova testimoniale, giacché ritenuta lesiva soltanto di interessi individuali delle parti, rimane affidata al meccanismo dell'art. 157, comma 2, c.p.c. (si veda già Cass. Sez. U, 13/01/1997, n. 264; poi, indicativamente, Cass. Sez. 3, 18/07/2008, n. 19942; Cass. Sez. 3, 17/10/2003, n. 15554). In ogni modo, poiché gli artt. 2721 e ss. c.c. sono accomunati dal prevedere i divieti della prova testimoniale dei contratti e le rispettive eccezioni, tutti stabiliti nell'esclusivo interesse delle parti private, e non nell'interesse pubblico al corretto svolgimento della funzione giurisdizionale, il regime di rilevabilità della eventuale deviazione dal modello legale non è officioso, ma viene lasciato alla disponibilità dei contendenti. Così, l'eventuale inosservanza di dette limitazioni va necessariamente eccepita dalla parte interessata per opporsi alla richiesta di ammissione della prova; qualora, nonostante la preventiva eccezione di inammissibilità, la prova testimoniale sia stata egualmente assunta, la correlata nullità deve essere opposta dalla medesima parte nel cui interesse sostanziale è stabilito il requisito inosservato, secondo la scansione articolata dall'art. 157, comma

2, c.p.c. in funzione del corretto sviluppo dei poteri dei contendenti, verificandosene, in difetto, la sanatoria (Cass. Sez. 1, 19 febbraio 2018, n. 3956; Cass. Sez. 6 - 3, 15 febbraio 2018, n. 3763; Cass. Sez. 2, 19 settembre 2013, n. 21443; Cass. Sez. 1, 16 aprile 2008, n. 10062; Cass. Sez. 3, 14 febbraio 2006, n. 3186; Cass. Sez. 2, 3 aprile 1999, n. 3287; Cass. Sez. 2, 21 ottobre 1993, n. 10433; Cass. Sez. 1, 25 marzo 1976, n. 1069). Se l'interessato non abbia eccepito dapprima l'inammissibilità della deduzione istruttoria e poi la nullità della prova per testimoni comunque assunta, tale nullità non potrà più essere rilevata o eccepita per la prima volta in appello, e, tanto meno, in sede di legittimità (Cass. Sez. 3, 13 marzo 2012, n. 3959; Cass. Sez. 2, 25 marzo 1995, n. 3550; Cass. Sez. 2, 3 ottobre 1979, n. 5068; Cass. Sez. 2, 10 luglio 1962, n. 1828).

Si conclude pertanto chiedendo che la Corte riaffermi il principio di cui alla sentenza n. 21670/2013 sopra richiamato e accolga il primo motivo del ricorso.

PER QUESTI MOTIVI

chiede che la Corte accolga il quarto motivo del ricorso.

per il Procuratore Generale

Renato Finocchi Ghersi, Avvocato Generale

Roma, 18 novembre 2022