

GIURISPRUDENZA

CASI

Interesse in causa ed incapacità a testimoniare: l'interpretazione lata della giurisprudenza.

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Il caso di specie. — 3. L'interesse di cui all'art. 246 c.p.c. — 4. Critiche ed interpretazioni dottrinali. — 5. Interesse del socio accomandante in giudizi che riguardino la società. — 6. Altra ipotesi interpretativa del caso di specie. — 7. — Conclusioni.

1. — Una ordinanza del Tribunale di Bologna¹ è spunto di riflessione sui limiti soggettivi della prova testimoniale. In senso contrario a quanto auspicato dalla più recente dottrina², palesa una interpretazione ampia della norma sull'incapacità a testimoniare, escludendo la deposizione di un socio accomandante in un giudizio incidentale di falso, sulla base di un non meglio precisato interesse che il soggetto avrebbe nel giudizio principale.

2. — Nel caso di specie si trattava di un giudizio incidentale di falso avente ad oggetto l'autenticità o meno della sottoscrizione apposta nella procura rilasciata ad un avvocato, per il giudizio d'appello in corso, da parte di un soggetto defunto, socio accomandatario di una s.a.s.

Per raggiungere il proprio convincimento, il giudice ammetteva la testimonianza richiesta dal convenuto, erede del defunto, ma all'udienza fissata per la assunzione della prova, controparte eccepiva l'incapacità a

¹ Trib. Bologna, ord, 18 maggio 2010 (giudice relatore Montanari) inedita, per quanto mi consta.

² Ma *contra* si v. DITTRICH, *I limiti soggettivi della prova testimoniale*, Milano, 2000, *passim*; ID, *La Corte Costituzionale salva nuovamente l'incapacità a testimoniare delle parti attuali e di quelle «potenziali»*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 433 ss., nota a Corte cost., ord., 4 maggio 2009, n. 143, *ivi*, p. 429 ss.

testimoniare del soggetto, in quanto avrebbe avuto un interesse «personale e concreto a partecipare al giudizio».

L'eccezione di parte attrice si fondava sul rilievo che il testimone era unico socio residuo della società (in regime di accomandita semplice), che era parte del giudizio, anche se contumace.

I convenuti contestavano l'eccezione sollevata in quanto tardiva e, comunque, infondata, dal momento che il testimone non era portatore di un interesse tale da legittimare l'intervento in causa.

Ciò per una serie di ragioni: a) la società era estinta, come risultava da certificato camerale prodotto a tale udienza; b) il testimone rivestiva all'interno della compagine sociale la figura di socio accomandante e non accomandatario; c) il giudizio incidentale aveva ad oggetto esclusivamente l'accertamento della falsità o meno della sottoscrizione del defunto; d) in ogni caso, il teste non era erede del defunto.

Il giudice, ritenuto che il giudizio di falso riguardava una procura conferita in nome e per conto della società estinta e che la validità della sottoscrizione avrebbe avuto riflessi sostanziali sulla decisione del giudizio d'appello, dichiarava il soggetto incapace a testimoniare ai sensi dell'art. 246 c.p.c., poiché lo stesso aveva un interesse nel giudizio e nelle cause d'appello, nel cui ambito la querela di falso era sorta. Ciò anche in ragione del fatto che, pur essendo la società cessata per scioglimento anticipato, gli *ex* soci avrebbero, comunque, avuto titolo per reclamare attività esistenti in capo alla s.a.s. sciolta, come pure sarebbero stati tenuti a rispondere di eventuali passività. A tal fine irrilevante era la distinzione tra socio accomandante e socio accomandatario, dal momento che anche una responsabilità limitata è pur sempre responsabilità.

3. — È a tutti noto che l'art. 246 c.p.c. dispone l'incapacità a testimoniare delle « persone aventi nella causa un interesse che potrebbe legittimare la loro partecipazione al giudizio ».

La *littera legis* è, però, talmente generica, da aver dato spazio ad un ampio dibattito in dottrina. È, infatti, norma molto discussa sia riguardo alla sua opportunità che riguardo alla interpretazione: oltre ai dubbi circa la legittimità costituzionale di una disposizione siffatta, che limita fortemente il diritto alla prova, sono sorte incertezze in relazione alla portata del divieto in essa espresso.

La norma sembra applicazione, peraltro non esatta³, dell'idea tanto cara al nostro ordinamento⁴ del principio *nemo testis in causa propria*: la testimonianza è la dichiarazione resa in giudizio da persone estranee alla controversia⁵.

Ratio sottesa all'art. 246 c.p.c.⁶ sembra, quindi, quella di voler escludere a priori l'ingresso nel processo di testimonianze parziali e non veritiere; la disposizione esprime, così, una presunzione di parzialità ed inattendibilità dei soggetti cui si riferisce.

Per quanto concerne la natura del divieto espresso, si discute se si tratti di vera e propria incapacità⁷ o piuttosto — come sembra preferibile — di carenza di legittimazione a deporre⁸.

³ DONDI, voce *Prova testimoniale nel processo civile*, in *Dig., disc. priv., sez. civ.*, XVI, Torino, 1997, p. 40 ss., spec. p. 50 mette in luce come sia stata compiuta un frettolosa equiparazione tra parte e terzo.

⁴ La dottrina più attenta rileva come il divieto di testimonianza della parte sia retaggio del nostro ordinamento, che non si adegua alle tendenze d'oltralpe, specie nei paesi di *common law*, che non conoscono tale divieto. Sull'evoluzione storica del passaggio dall'esclusione della testimonianza per ragioni basate sulle qualità soggettive del teste all'affermarsi negli ordinamenti moderni del principio del libero convincimento del giudice cfr. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 1962, *passim*, spec. I, pp. 170 ss. e 229 ss.; ID, *La testimonianza della parte davanti alla Corte Costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, p. 161 ss.; ID, *Le grandi tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato*, in *Processo e ideologie*, Bologna, 1969, p. 218 ss.; DENTI, *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, in *Processo civile e giustizia sociale*, Milano, 1971, p. 91 ss. Sulla testimonianza della parte anche TARUFFO, voce *Prova testimoniale (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 729 ss.

⁵ LESSONA, *Trattato delle prove in materia civile, Prova testimoniale, perizia*, Firenze, 1916, *passim*, richiamato da CARPI, *La prova testimoniale nel processo civile*, in *Dir. e form.*, 2003, p. 301 ss., spec. p. 301.

⁶ DITTRICH, *I limiti soggettivi*, cit., p. 351, sottolinea invece, non solo la valenza esclusiva ma anche quella inclusiva della norma e rileva come l'art. 246 c.p.c. consenta al terzo di sottrarsi al dovere di deporre nel caso in cui la testimonianza appaia lesiva dei suoi diritti. V. *infra* l'idea dell'a. che ritiene la norma decisiva per sottoporre una serie di “soggetti che sono passivamente legittimati all'interrogatorio libero o formale pur non essendo «parti» in senso formale”. Cass., 18 marzo 1989, n. 1369, in *Rep. Foro it.*, 1989, voce «Prova testimoniale», n. 15, sottolinea che i terzi che potrebbero intervenire in giudizio a qualunque titolo, 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».

⁷ In questo senso si esprime DITTRICH, *I limiti soggettivi*, cit., p. 233.

⁸ Così, invece, MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*²⁰, Torino, 2009, II, p. 282 il quale ritiene più corretto parlare di difetto di legittimazione ad agire. DITTRICH, *I limiti soggettivi*, cit., p. 379 sembra poi causa di incompatibilità tra lo *status* di testimone e quello di terzo legittimato all'intervento; anche QUERZOLA, *La capacità a testimoniare tra diritto sostanziale e diritto processuale*, in questa rivista, 1998, p. 1399 utilizza tale termine.

Preliminare alla comprensione del dettato normativo è, però, intendersi circa il concetto di interesse in esso rappresentato, che la giurisprudenza racchiude all'interesse di cui all'art. 100 c.p.c.⁹: il soggetto non può deporre quando ha un interesse in causa, non di mero fatto¹⁰, ma giuridicamente qualificato. Un interesse che potrebbe fondare una ipotetica partecipazione del terzo al giudizio¹¹.

La valutazione del giudice circa l'assenza delle condizioni di cui all'art. 246 c.p.c. deve certamente basarsi su circostanze già acquisite al giudizio, indipendentemente, quindi, dalla deposizione¹²; deve essere parametrata al momento dell'istanza istruttoria ed effettuata *ex ante* in senso astratto, non essendovi concretamente una domanda del soggetto chiamato a testimoniare¹³.

L'interesse, per rendere il terzo incapace ai sensi dell'art. 246 c.p.c., deve, poi, essere concretamente riferito al giudizio in corso¹⁴, attuale, concreto e personale¹⁵.

Partendo da tali premesse la giurisprudenza, nonostante le critiche della dottrina, è sempre rimasta ferma nell'applicazione della norma, ma nell'interpretarla si è spinta in un'operazione che ha causato, in realtà, solo incertezze, individuando di volta in volta il tipo di interesse che legittima il terzo all'intervento.

⁹ Cfr. Cass., 29 novembre 1986, n. 7077, in *Rep. Foro it.*, 1986, voce «Prova testimoniale», n. 17.

¹⁰ Cfr. *ex multis*, Cass., 16 giugno 2003, n. 9650, in *Lav. e prev.*, 2003, p. 1496 e Cass., 13 agosto 1987, n. 6932, in *Rep. Foro it.*, 1987, voce «Prova testimoniale», n. 15. Tale è stato ritenuto, ad esempio, l'interesse di un soggetto che in altro giudizio si trova in una posizione identica a quella di una delle parti, e ciò indipendentemente dalla riunione o meno delle cause: si ritiene consentita la reciproca testimonianza (in tal senso cfr. Cass., 20 marzo 1999, n. 2618, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce «Prova testimoniale», n. 2).

¹¹ LUISO, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 2009, p. 133, riconduce gli incapaci a coloro nei cui confronti si sarebbe potuto realizzare un *simultaneus processus* ai sensi degli artt. 103 ss. c.p.c.: i titolari di una situazione sostanziale connessa con l'oggetto del processo che legittimerebbe la loro partecipazione al processo in qualunque veste.

¹² Cass., 27 agosto 1990, n. 8840, in *Rep. Foro it.*, 1990, voce «Prova testimoniale», n. 17; Cass., 21 luglio 1993, n. 8131, *ivi*, 1993, n. 20.

¹³ Sul punto v. DITTRICH, *op. cit.*, p. 362.

¹⁴ La giurisprudenza è unanime nel ritenere che nessuna valenza abbiano gli interessi del soggetto in cause connesse. Cfr. *ex multis* Cass. 27 febbraio 2007, n. 4500, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce «Prova testimoniale», n. 20; Cass., 12 maggio 2006, n. 11034, in *Mass. Foro it.*, 2006, c. 893; Cass., 6 giugno 1981, n. 3674, in *Rep. Foro it.*, 1981, voce «Prova testimoniale», n. 36.

¹⁵ Ciò anche se alcune pronunce non ammettono il terzo a testimoniare anche se abbia dichiarato di non aver alcuna pretesa da far valere o se è prescritto il diritto che potrebbe azionare in giudizio (Cass., 1 giugno 1974, n. 1580, in *Giur. it.*, 1975, I, c. 936).

Focalizzando l'attenzione su tale aspetto ha perso di vista quella che, forse, era la reale intenzione della disposizione: evitare la parzialità della testimonianza. Limitandosi a valutare gli aspetti meramente formali della norma in relazione all'art. 105 c.p.c., ha trascurato di verificare se l'interesse del terzo fosse in concreto tale da incidere sulla sua attendibilità¹⁶.

Una sola pronuncia¹⁷, peraltro di merito, valorizzando il criterio della non irrisorietà sembrava poter aprire uno spiraglio al contemperamento del criterio della legittimazione all'intervento con la sussistenza di un apprezzabile interesse all'esito della lite, in grado di minare l'imparzialità del teste; ma la giurisprudenza di legittimità è rimasta ferma sulle sue posizioni aprioristiche.

Riteniamo che più ragionevole sarebbe stato non escludere con un giudizio astratto ad opera del legislatore determinate categorie di soggetti dalla testimonianza, ma spostare l'attenzione sulla fase della valutazione della dichiarazione resa dal terzo "interessato", valorizzando e non svilendo i poteri del giudice in tal senso¹⁸.

Se solo si pone mente alla ricerca della verità sostanziale appare, a questo punto, palese l'irrazionalità¹⁹ di una disposizione che esclude dalla testimonianza soggetti in realtà imparziali — in quanto in concreto disinteressati all'esito della lite — per il solo fatto che sarebbero in astratto idonei ad intervenire in un processo, ma non abbiano alcuna intenzione di farlo. La stessa norma consente, però, la testimonianza di soggetti pur capaci ai sensi dell'art. 246 c.p.c., ma realmente interessati all'esito del giudizio²⁰.

¹⁶ In questo senso cfr. anche TARUFFO, voce *Prova testimoniale*, cit., p. 737.

¹⁷ App. Torino, 11 giugno 1992, in *Nuova giur. civ.*, 1993, I, p. 981 ss., con nota di DALMOTTO, *Interesse irrisorio in causa e capacità a testimoniare: il caso dei "pantaloni strappati"*.

¹⁸ Già ANDRIOLI, voce *Prova testimoniale (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, p. 329 ss., mette in luce come l'art. 246 manifesti la sfiducia del legislatore nei confronti della capacità del giudice. Per le opinioni della dottrina più recente v. *infra* n. 4.

¹⁹ *Contra* DITTRICH, *I limiti soggettivi*, cit., pp. 349 e 350.

²⁰ Si pensi, ad esempio, al caso del coniuge in separazione dei beni, oppure al notaio nel giudizio che riguarda la falsità degli atti dallo stesso compiuti (Cass., 22 novembre 1978, n. 5450, in *Rep. Foro it.*, 1978, voce «Prova testimoniale», n. 34); ai creditori del fallimento nelle liti che riguardano il fallimento stesso (Trib. Genova, 15 dicembre 1997, in *Foro pad.*, 1999, I, p. 99, con nota di BELLINI), ammessi a testimoniare in quanto l'interesse è privo del carattere dell'attualità che legittimerebbe la loro partecipazione al giudizio. Ancora si pensi all'ipotesi del padre naturale nell'azione di disconoscimento della paternità, che è ammesso a testimoniare non avendo un interesse

La giurisprudenza, ferma nel dare applicazione rigorosa alla norma, trae, poi, conseguenze contraddittorie per quanto riguarda la disponibilità dell'eccezione relativa all'incapacità a testimoniare. Ove fine della norma sia quello di evitare l'ingresso di testimonianze potenzialmente parziali, si dovrebbe trarre la logica conseguenza della rilevanza d'ufficio dell'incapacità del teste sentito nel processo.

Ebbene, la giurisprudenza costante ritiene, invece, la norma posta non a tutela dell'ordine pubblico processuale, bensì esclusivamente delle parti in causa, e stabilisce che la violazione dell'art. 246 c.p.c. sia in grado di causare una nullità non assoluta ma relativa. L'eccezione volta a far valere l'incapacità del teste è considerata rilevabile solo ad istanza di parte: deve essere sollevata in sede di assunzione della prova e reiterata anche nelle difese finali.

In modo ancor più contraddittorio, poi, si assiste spesso alla affermazione che la testimonianza comunque resa dall'incapace ai sensi dell'art. 246 possa essere utilizzata dal giudice per fondare il proprio convincimento²¹.

Ultimo aspetto non trascurabile è, infine, costituito dall'idea che la valutazione circa la sussistenza dell'interesse attenga al merito e non sia, perciò, censurabile in cassazione, se adeguatamente motivata²².

È proprio riguardo alla mancata possibilità di impugnare — attraverso strumenti rapidi²³ — il provvedimento positivo, ma soprattutto quello negativo, sull'ammissibilità della testimonianza che riteniamo sorgano problemi di effettività della tutela. Una parte potrebbe vedere pregiudicato in modo significativo il proprio diritto di difendersi provando, senza che l'ordinanza istruttoria pregiudizievole, di inammissibilità della testimonianza, seppure revocabile e modificabile da parte del giudice che l'ha emessa, sia sottoponibile a riesame.

ad intervenire in giudizio, ma solo un interesse di fatto all'esito della controversia (App. Milano, 18 marzo 1997, in *Dir. fam.*, 1998, p. 1452, con nota di DOGLIOTTI, FIGONE); al conducente del veicolo danneggiato che è ammesso a testimoniare nel giudizio tra il proprietario del veicolo danneggiato ed il danneggiante, se questi non ha svolto domanda riconvenzionale (Cass., 25 maggio 1993, n. 5858, in *Rep. Foro it.*, 1993, voce «Prova testimoniale», n. 18). Lo stesso dicasi per i dipendenti di una banca citata da un cliente, che potrebbe chiamarli in giudizio per sentirli dichiarare responsabili dell'operazione materiale (Cass., 4 marzo 1993, n. 2641, in *Giur. it.*, 1993, I, c. 2270).

²¹ Non sarebbe stato, allora, più coerente valorizzare la valutazione da parte del giudice dell'attendibilità in concreto del testimone?

²² Cass., 29 novembre 1986, n. 7077, cit.

²³ Si pensi al reclamo.

4. — La dottrina maggioritaria da sempre fortemente critica²⁴ rispetto alla disposizione di cui ci occupiamo, ha tentato di dare alla norma interpretazioni restrittive, nell'intento di salvaguardare il diritto alla prova.

Si è messa in luce²⁵ l'ispirazione al modello francese, che sul punto costituisce un passo indietro rispetto addirittura al codice del 1865, il quale, come noto, prevedeva la possibilità per le parti di addurre « motivi di sospetto » della testimonianza resa dal terzo interessato, e lasciava nelle mani del giudice la valutazione *ex post*, secondo il suo prudente apprezzamento, dell'attendibilità del teste.

Innanzitutto si osserva da più parti come il principio *nemo testis in causa propria* non sia cardine ineliminabile del nostro ordinamento, che, in realtà, contempla ipotesi di testimonianza — intesa in senso lato — della parte: si pensi al giuramento od alla confessione, ove quanto affermato dalla parte viene ad avere addirittura il valore di prova legale, o all'interrogatorio libero, da cui il giudice può trarre argomenti di prova²⁶.

Contrariamente all'analizzato atteggiamento rigorista della giurisprudenza, la dottrina ha cercato fin da subito di limitare l'operatività della norma, dapprima identificando, tra i diversi tipi di intervento, quelli idonei ad ingenerare l'incapacità di cui all'art. 246 c.p.c.

Così, basandosi sulla distinzione tra parte in senso sostanziale e parte in senso processuale, si è giunti²⁷ ad ammettere solo l'interveniente adesivo dipendente alla testimonianza, in ragione del fatto che questi è estraneo al diritto in contesa. Partendo da analoghe premesse c'è, però,

²⁴ TARUFFO, voce *Prova testimoniale*, cit., p. 737 la ritiene «il punto più oscuro dell'intera disciplina della prova testimoniale»; di opinione contraria DITTRICH, *op. locc. citt.*

²⁵ TARUFFO, *op. locc. ultt.citt.*

²⁶ Riguardo all'argomento di prova DALMOTTO, *Interesse irrisorio e capacità a testimoniare: il caso dei "pantaloni strappati"*, in *Nuova giur. civ.*, 1993, I, p. 981 ss., spec. p. 986 ipotizzare una valenza di argomenti di prova delle deposizioni del terzo interessato. L'a. valorizza anche l'idea dell'argomento di prova idoneo a fondare autonomamente il convincimento del giudice e si pone il problema del testimone che in seguito divenga parte del processo in cui ha deposto, in qualità di successore a titolo universale o particolare.

²⁷ In tal senso CARNELUTTI, *Legittimazione all'intervento e testimonianza*, in *Riv. dir. proc.*, 1954, p. 120 ss.; ID, *La prova civile*, Milano, 1992, p. 110 ss., secondo cui l'interveniente principale e quello litisconsortile sarebbero parti in senso sostanziale del diritto dedotto in giudizio.

chi²⁸ è arrivato a soluzioni opposte, ritenendo incapace ai sensi dell'art. 246 c.p.c. proprio l'interveniente adesivo dipendente, in quanto privo di una autonoma azione e parte in senso sostanziale del rapporto controverso.

Da altri si è sostituita, quale punto di riflessione, l'idea di parte in senso sostanziale con l'autonomia dell'azione e si è sottolineato²⁹ che chi era ammesso a svolgere intervento adesivo dipendente, ma è rimasto inerte, ha dimostrato un disinteresse nella lite che può valere come sintomo di attendibilità della futura testimonianza³⁰; in tale ottica incapaci sarebbero esclusivamente i terzi di cui al comma 1° dell'art. 105 c.p.c., che potrebbero comunque azionare autonomamente le proprie pretese.

C'è, però, chi³¹, criticando tale impostazione, ha ritenuto incoerente l'idea di escludere dall'applicabilità dell'art. 246 c.p.c. proprio l'interveniente adesivo dipendente, considerando che l'art. 246 e l'art. 105, comma 2°, utilizzano entrambi il termine «interesse»³².

Aldilà di tali operazioni esegetiche, apprezzabili nel tentativo di ridurre l'operatività della norma, ma forse poco ancorate alla *littera legis*, la dottrina successiva³³ ha ritenuto che l'art. 246 c.p.c., in cui non si ravvisa distinzione alcuna, renda incapaci tutti i terzi che siano autorizzati ad intervenire nel giudizio in corso, ai sensi sia del 1° che del 2° comma dell'art. 105 c.p.c.

Ciò affermato pur nell'ottica di una critica diffusa nei confronti di una norma che limita il diritto alla prova in capo alle parti. Aspetto tanto più visibile nei casi in cui sentire il terzo "interessato" ai sensi dell'art.

²⁸ SATTA, *Sulla testimonianza del mediatore*, in *Giur. it.*, 1954, I, 1, c. 386 ss., nota a Cass., 9 maggio 1953, n. 1295, sottolinea che l'interveniente ai sensi del comma 1° dell'art. 105 c.p.c. non è parte finché non interviene in giudizio.

²⁹ ANDRIOLI, voce *Prova testimoniale (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, p. 329 ss.

³⁰ In tal senso anche COLONNA, *Intervento e testimonianza*, in *Foro pad.*, 1950, I, c. 272 ss., nota a App. Genova, ord., 18 luglio 1949, il quale evidenzia come l'intervento adesivo sia sempre un atto facoltativo, non potendo essere su istanza di parte o *iussu iudicis*.

³¹ ALLORIO, *Contro il mediatore teste*, in *Giur. it.*, 1953, I, c. 998 ss., nota a Cass., 9 maggio 1953, n. 1295. L'a. sottolinea come escludere il terzo dalla testimonianza mini il principio del libero convincimento del giudice.

³² E. F. RICCI, *Legittimazione alla testimonianza e legittimazione all'intervento*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, p. 323 ss. sembra, invece, ammettere la testimonianza del solo interveniente in via principale.

³³ Si v., ad esempio, DONDI, voce *Prova testimoniale nel processo civile*, in *Dig., disc. priv., sez. civ.*, XVI, Torino, 1997, p. 40 ss. e TARUFFO, voce *Prova testimoniale (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 729 ss.

246 c.p.c. sia l'unico modo per dimostrare i fatti a fondamento delle proprie ragioni.

Anche la Corte europea dei diritti dell'uomo³⁴ ha stabilito che la testimonianza vada comunque garantita quando dalla sua inammissibilità potrebbe derivare una violazione dei diritti processuali tutelati a livello internazionale, tra cui di certo ricade il diritto di difendersi provando. La giurisprudenza italiana, però, nonostante le ripetute questioni di legittimità costituzionale,³⁵ ha costantemente affermato la legittimità dell'art. 246 c.p.c. Secondo la Corte costituzionale, infatti, illegittimi sono esclusivamente i limiti assoluti al diritto alla prova, che provochino una disparità di trattamento tra le parti³⁶.

In realtà la Consulta non vuole ammettere che la norma di cui ci occupiamo comporta spesso in concreto una compressione del diritto costituzionalmente garantito all'agire e difendersi provando³⁷.

Anche ove non si voglia seguire l'orientamento dottrinale favorevole all'ingresso della testimonianza della parte nel nostro ordinamento³⁸, comunque non può non ammettersi che l'art. 246 c.p.c., con il suo giudizio *ex ante* di inattendibilità dei terzi formalmente legittimati ad intervenire nel processo (anche se potenzialmente privi di un interesse reale all'esito del giudizio) limita l'operatività del principio del libero convincimento del giudice e sembra celare una sfiducia nella valutazione responsabile di quest'ultimo in merito all'attendibilità o meno di un testimone³⁹.

³⁴ Con la sentenza 25 ottobre 1993, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, c. 153 ss., con nota di TONOLLI. Pronuncia criticata da DITTRICH, *La Corte Costituzionale*, cit., p. 433 ss.

³⁵ Si pensi alla ben nota Corte cost. 23 luglio 1974, n. 248, in *Giur. cost.*, 1974, p. 2376 ed in *Foro it.*, 1974, I, c. 2220 ed in *Riv. dir. proc.*, 1975, p. 99 ss. La Corte ha, poi, mantenuto sostanzialmente invariata la propria posizione cfr. Corte cost., 30 novembre 1971, n. 190, in *Riv. dir. proc.*, 1972, p. 156 ss., con nota di CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte davanti alla Corte Costituzionale*; Corte cost., 28 marzo 1997, n. 75, ord., in *Giur. it.*, 1997, I, c. 384 ss., con nota di TONOLLI, *In margine alla riaffermata legittimità costituzionale della norma sulla incapacità a testimoniare del legale rappresentante di enti*. Da ultimo Corte cost., ord., 4 maggio 2009, n. 143, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 433 ss., con nota di DITTRICH, *La Corte Costituzionale salva nuovamente l'incapacità a testimoniare delle parti attuali e di quelle «potenziali»*.

³⁶ L'art. 246 c.p.c. è ritenuto dalla stessa legittimo anche in ragione del fatto che l'onere della prova è posto nel nostro ordinamento in capo alle parti.

³⁷ CARPI, *La prova testimoniale*, cit., p. 305 ritiene che unico limite dovrebbe essere quello della rilevanza della prova, salvo la disciplina sostanziale dell'atto.

³⁸ TARUFFO, *op. loc. cit.*; COMOGLIO, *op. loc. cit.*; QUERZOLA, *op. loc. cit.*

³⁹ Anche TARUFFO, *op. loc. ult. cit.* L'a. p. 739 evidenzia, inoltre, come sia poco razionale l'equiparazione della parte solo potenziale — ipotetica ed eventuale — con la parte effettiva.

5. — Fatto il punto della situazione riguardo all'incapacità a testimoniare di cui all'art. 246 c.p.c. ed esposta l'opportunità che le norme che pongono direttamente o indirettamente limitazioni al diritto alla prova vengano interpretate restrittivamente, veniamo alle conclusioni sul caso concreto.

Il giudice nella succinta motivazione afferma che il soggetto chiamato a testimoniare ha « un interesse nella presente causa nonché nelle cause d'appello nel cui ambito la querela è sorta », in quanto la validità o meno del mandato sarebbe in grado di riverberare effetti sostanziali sulla decisione del giudizio d'appello.

In via preliminare occorre rilevare che l'ordinanza di revoca si limita a parlare di interesse in causa, senza prendere espressa posizione circa una legittimazione del teste ad intervenire nel giudizio di falso in corso, a qualunque titolo.

A nulla, infatti, vale, per le argomentazioni già analizzate, il richiamo al giudizio principale d'appello, essendo la giurisprudenza consolidata nell'affermare che l'interesse rilevi ai fini dell'incapacità solo nel caso in cui sia concretamente riferito al giudizio in corso⁴⁰.

Riguardo, poi, all'incapacità degli organi sociali, l'applicazione unanime dell'art. 246 c.p.c. la restringe esclusivamente al soggetto che ha la rappresentanza della società⁴¹. Assume, quindi, rilevanza il concetto di parte processuale più che di parte in senso sostanziale del rapporto controverso⁴².

⁴⁰ Abbiamo già visto *retro* n. 3, note 10 e 20, come la giurisprudenza analizzi partitamente le singole fattispecie sottoposte, ammettendo a testimoniare soggetti che abbiano un interesse di mero fatto all'esito del giudizio e dichiarando l'incapacità solo in presenza dei requisiti della personalità, concretezza ed attualità, riferite espressamente al giudizio in corso.

⁴¹ *Ex multis* Cass., 13 marzo 1996, n. 2058, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 1943. In modo analogo, seppure per fattispecie differenti, la Cass., 30 marzo 1994, n. 3157, in *Fall.*, 1994, p. 1128, esclude che i creditori del fallito siano incapaci a testimoniare nel giudizio di opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento, in quanto le loro ragioni sono fatte valere dal curatore. Cass., 16 marzo 1981, n. 1444, *ivi*, 1981, voce cit., n. 41, ritiene incapace il socio accomandante di una s.a.s. solo se munito di procura speciale per la rappresentanza della società. Cass., 11 novembre 1996, n. 9826, in *Mass. Foro it.*, 1996, n. 862 (commentata in modo critico da QUERZOLA, *La capacità a testimoniare tra diritto sostanziale e diritto processuale*, in questa rivista, 1998, p. 1393 ss.) valorizza la posizione della parte processuale ed esclude la testimonianza dell'amministratore che rappresenta la società.

⁴² QUERZOLA, *op. cit.*, pp. 1396 e 1397, valorizza, invece l'idea della «diretta incidenza degli effetti della sentenza, pronunciata a séguito del giudizio al cui *iter* appartiene la testimonianza»: è la valutazione sostanziale e concreta dell'interesse in

Ebbene, il socio accomandante di una società in accomandita semplice non ha alcuna rappresentanza della società, che è parte del giudizio *de quo*, pur scegliendo di rimanere contumace⁴³.

Ove di legittimazione ad intervenire nel processo si volesse parlare, valorizzando la questione dell'estinzione della società⁴⁴, si potrebbe ipotizzare esclusivamente un intervento adesivo dipendente, dal momento che certamente il socio accomandante non ha alcun proprio diritto da far valere in confronto di tutte o di alcuna delle parti in causa nel giudizio di falso relativo alla sottoscrizione del socio accomandatario.

Riemerge, allora, la efficace obiezione di Andrioli⁴⁵, che evidenzia la mancanza di un reale interesse all'esito del giudizio nel legittimato all'intervento adesivo dipendente che abbia scelto di stare fuori dal processo. Ove si acceda alla interpretazione data dal giudice, che evidentemente ritiene sussistere nel caso di specie i presupposti di cui all'art. 105, comma 2°, c.p.c., il socio accomandante qualora avesse inteso far valere le proprie ragioni ben avrebbe potuto proporre un intervento a sostegno delle ragioni della società rimasta contumace, ma

gioco che incide sull'attendibilità del teste. Riguardo agli organi societari ritiene capaci a testimoniare i soggetti che non siano chiamati a rispondere personalmente delle vicende sociali; critica la pronuncia commentata ove la cassazione (Cass., 11 novembre 1996, n. 9826, in *Mass. Foro it.*, 1996, c. 862). Cfr. anche MICHELI, *Corso di diritto processuale civile*, 1960, p. 147; CARBONI, *In tema di incapacità a testimoniare del fallito*, in questa rivista, 1978, p. 932 ss.; CARNELUTTI, *Legittimazione all'intervento e testimonianza*, in *Riv. dir. proc.*, 1954, p. 120 ss.; LAUDISA, voce *Prova testimoniale* (dir. proc. civ.), in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991, XXV, c. 6 ss.

⁴³ Sul margine di azione di un interveniente *ad adiuvandum* a sostegno di una parte contumace bisogna porsi qualche interrogativo. La giurisprudenza ritiene che i poteri di chi interviene ai sensi dell'art. 150, comma 2°, c.p.c. siano limitati all'espletamento di un'attività accessoria e subordinata a quella svolta dalla parte adjuvata, potendo sviluppare le proprie eccezioni e deduzioni esclusivamente nell'ambito dell'ambito delle domande ed eccezioni proposte da detta parte. Se le parti del giudizio principale decidessero, quindi, di porre fine al rapporto processuale o la lite cessasse di esistere per rinuncia o acquiescenza delle stesse, l'interveniente non avrebbe il potere di far proseguire il processo (non sarebbe neppure necessaria la sua accettazione in caso di rinuncia, non avendo questi un interesse alla prosecuzione del giudizio). In tal senso si esprime Cass., 4 luglio 1994, n. 6309, in *Rep. Foro it.*, 1994, voce « Intervento in causa e litisconsorzio », n. 16. Allo stesso modo è esclusa la legittimazione all'intervenuto *ex art.* 105, comma 2°, c.p.c. di impugnare autonomamente la sentenza (Cass., 1 settembre 2004, n. 17595, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce « Impugnazioni civili », n. 25; Cass., 6 marzo 2003, n. 3343, *ivi*, voce *cit.*, 2003, n. 28) sul punto è anche stata ritenuta infondata la questione di legittimità costituzionale della norma come costantemente interpretata dalla giurisprudenza (Corte cost., 30 dicembre 1997, n. 455, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 1209).

⁴⁴ V. *infra* n. 6.

⁴⁵ ANDRIOLI, voce *Prova testimoniale*, *cit.*, p. 336.

non avendolo fatto ha dimostrato la sua indifferenza nei confronti della lite.

Ciò non toglie che il soggetto citato come teste, non essendo neppure erede del defunto sottoscrittore, non aveva alcun interesse giuridicamente protetto riferito concretamente al giudizio di falso, tale da permettergli un intervento in causa.

L'art. 246 c.p.c. appare, poi, ancor più inapplicabile al caso *de quo* se si pensa che la giurisprudenza è laconica nel richiedere la contemporanea sussistenza dei tre requisiti, da valutarsi al momento della deposizione⁴⁶: giuridicità, concretezza⁴⁷ ed attualità dell'interesse.

Sarebbe, pertanto, stato più opportuno che il giudice tenesse in debito conto i confini tra l'incapacità a testimoniare di cui all'art. 246 c.p.c. e le questioni di attendibilità che debbono essere oggetto di un giudizio *ex post* ad opera dell'organo decidente in sede di valutazione.

Si pensi, infine, che nel caso di specie il giudice, visto l'art. 189 c.p.c., forse in ragione del disposto dell'art. 209 c.p.c., ha ritenuto di chiudere l'istruttoria e rinviare la causa per la precisazione delle conclusioni. L'ordinanza che ha dichiarato incapace il teste ai sensi dell'art. 246 c.p.c. può avere concretamente leso il diritto alla prova della parte istante, senza che questa sia ammessa ad impugnare la decisione discrezionale, e potenzialmente pregiudizievole, del giudice⁴⁸.

6. — Poste queste premesse dal punto di vista processuale analizziamo in poche righe le problematiche che si potrebbero porre nel caso di specie in seguito all'estinzione della società. La questione potrebbe assumere un qualche rilievo se si pone mente all'idea di chi ritiene che sia incapace a testimoniare il soggetto sulla cui sfera giuridica ricadono gli effetti della sentenza.

⁴⁶ Ben potrebbe accadere che il teste in seguito alla deposizione divenga parte del giudizio per successione *mortis causa* alla parte originaria. Tale aspetto è considerato da Cass., 2 settembre 2008, n. 22030, in *Rep. Foro it.*, 2008, voce « Prova testimoniale », n. 6).

⁴⁷ Si pensi all'emblematico caso del mediatore che la giurisprudenza ritiene capace di deporre nella causa avente ad oggetto la conclusione dell'affare, se non è posto in discussione il suo diritto alla provvigione (*ex multis* Cass., 28 marzo 19997, n. 2780, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce « Prova testimoniale », n. 37). Sul tema del mediatore cfr. SATTA, *Sulla testimonianza del mediatore*, in *Giur. it.*, 1954, I, 1, c. 386 ss.; ALLORIO, *Contro il mediatore teste*, in *Giur. it.*, 1953, I, 1, c. 998 ss.

⁴⁸ Si v. retro n. 4. CARPI, *La prova testimoniale nel processo civile*, in *Dir. e form.*, 2003, p. 301 ss., spec. p. 305 fa, seppure riguardo ad altre situazioni, l'opportuno riferimento al reclamo, quale « strumento di controllo sulla conduzione del processo ».

Non è certo questa la sede per dissertazioni approfondite, ma un breve cenno può farsi al *revirement* delle sezioni unite⁴⁹ che applica anche alle società di persone il principio dell'efficacia costitutivo-estintiva della cancellazione della società dal registro delle imprese⁵⁰. Tale formalità, alla luce del principio che discende dalla riforma dell'art. 2495, comma 2°, c.c.⁵¹, anche in ragione della certezza dei rapporti giuridici⁵² e della parità di trattamento per i creditori di entrambi i tipi di società — di capitali e di persone —, è idonea a produrre l'estinzione definitiva dell'ente⁵³. Occorre, dunque, interrogarsi sulle possibili ricadute processuali di tale cancellazione.

A seguito dell'estinzione della società, nel caso di società di capitali, i creditori sociali non soddisfatti dovranno rivolgere le proprie pretese nei confronti dei soci e liquidatori nei termini dell'art. 2495, comma 2°, c.c. Per quanto concerne le società di persone, ed in particolare la s.a.s., invece, l'art. 2324 c.c. stabilisce che « i creditori sociali che non sono stati soddisfatti nella liquidazione della società possono far valere i loro crediti anche nei confronti degli accomandanti, limitatamente alla quota di liquidazione ».

Nel caso in cui la cancellazione della società avvenga, poi, in corso di causa si pongono diverse soluzioni: da un lato si potrebbe sostenere che il processo prosegua nei confronti dell'impresa, mentre difficile è sostenere che debba chiudersi in rito⁵⁴. In dottrina, in particolare, c'è chi ritiene che il processo si interrompa e vi sia la sostituzione nel rapporto processuale degli *ex* soci in quanto successori a titolo universale della

⁴⁹ Mi riferisco alle ben note pronunce del 2010, n. 4060, 4061 e 4062, in *Soc.*, 2010, p. 1004 ss., con commento di DALFINO.

⁵⁰ Ciò sebbene continuino ad affermare l'efficacia dichiarativa della cancellazione *de qua*. La norma su cui si basa il ragionamento della Corte, in realtà, riguarda, in via esclusiva le società di capitali, ma la stessa ritiene che la novella dell'art. 2495 c.c. incida sull'intero V titolo del libro quinto del codice civile ed introduca un principio generale dell'ordinamento.

⁵¹ Ad opera della riforma delle società del 2003.

⁵² Questa sarebbe compromessa dal perdurare *sine die* della società nonostante la cancellazione dal registro delle imprese.

⁵³ Non possiamo addentrarci nell'argomento, ma v. *funditus* CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*⁷, Torino, 2009, II, p. 546; TIMPANO, *La cancellazione delle società di persone dal registro delle imprese: il revirement della Cassazione*, in *Riv. Not.*, 2010, II, p. 197; FUMAGALLI, *Società di persone e cancellazione dal registro delle imprese*, in *Soc.*, 2006, p. 710; FUSI, *Estinzione delle società di persone, azioni giudiziarie e legittimazione degli ex soci*, in *Soc.*, 2011, p. 5 ss.; CATALDO, *Gli effetti della cancellazione della società per i creditori*, in *Fall.*, 2010, p. 1407.

⁵⁴ Cfr. sul punto Trib. Roma, 8 giugno 2009, in *Foro it.*, 2010, con nota di LONGO.

società ai sensi dell'art. 110 c.p.c.⁵⁵; c'è, invece, chi sostiene che il processo debba essere proseguito⁵⁶ nei confronti dei soci in qualità di successori a titolo particolare, anche se non con piena attuazione dell'art. 111 c.p.c., in quanto manca qui il successore a titolo universale⁵⁷.

Riguardo proprio all'estinzione della società di persone, infine, parte della dottrina⁵⁸ sottolinea l'assenza di una personalità giuridica autonoma rispetto a quella dei singoli soci, traendone la conseguenza che gli obblighi sociali non ancora definiti debbano ricadere direttamente sui soci⁵⁹ e che questi debbano subentrare nei processi pendenti.

Ove si accedesse a tale soluzione potrebbe trovare una giustificazione — almeno in termini di interesse di fatto nella causa d'appello — il provvedimento che qui si commenta. Ciò in quanto in astratto il socio, seppure accomandante, è rimasto l'unico *ex socio* della società cessata (da ben quindici anni) ed i creditori sociali potrebbero, ai sensi dell'art. 2324 c.c., far valere i loro crediti anche nei suoi confronti, ma nei limiti della quota di liquidazione e salva, ovviamente, la prescrizione dei diritti.

Potrebbe, allora individuarsi un interesse almeno di fatto all'esito del giudizio d'appello nel cui ambito si svolge il giudizio incidentale di falso. Ciò non toglie che in concreto il processo *de quo* si svolge regolarmente nei confronti della società, seppure estinta da anni, e non fa parola del socio accomandante. Questi rimane, quindi, privo della

⁵⁵ Cfr. SPERANZIN, *Recenti sentenze in tema di estinzione della società*, in *Giur. comm.*, 2000, p. 311; CONEDERA, *La rilevanza dell'iscrizione della cancellazione nel registro delle imprese alla luce delle modifiche intervenute nell'art. 2495 cod. civ. e l'applicabilità dell'art. 10 legge fallimentare alle società di fatto*, in *Dir. Fall.*, 2008, II, p. 265; GABELLINI, *L'estinzione delle società: prime riflessioni sulle ricadute processuali conseguenti al revirement della Corte suprema*, in questa rivista, 2011, p. 321 ss. *Contra* DALFINO, *op. cit.*, p. 1014, il quale sottolinea come l'estinzione sia atto volontario e, quindi, inidoneo a determinare l'applicazione degli artt. 299 ss. c.p.c.

⁵⁶ Non nei confronti della società che non è più esistente.

⁵⁷ Altri sottolineano come il giudice del registro delle imprese possa ordinare la eliminazione della cancellazione società avvenuta in assenza delle condizioni richieste dalla legge.

⁵⁸ Rinvengono, invece, una personalità giuridica della società di persone CARNELUTTI, *personalità giuridica ed autonomia patrimoniale nelle società e nella comunione*, in *Riv. dir. comm.*, 1913, I, p. 86 ss.; BOLAFFI, *La società semplice*, Milano, 1947, p. 209 ss.; RAGUSA MAGGIORE, *Sulla titolarità delle situazioni giuridiche nelle società di persone*, in *dir. fall.*, 1990, II, p. 1416; RONCO, *La « soggettività giuridica » delle società di persone fra realtà normativa e creazione giurisprudenziale*, in *Soc.*, 2000, p. 1203 ss.; SCHERMI, *Soggettività e società do persone*, in *Giust. civ.*, 2000, p. 1203 ss.

⁵⁹ GABELLINI, *op. cit.*, p. 340.

rappresentanza societaria e di legittimazione di agire e/o intervenire nel processo di falso, mantenendo semmai un interesse di fatto all'esito del giudizio⁶⁰ d'appello.

Riguardo all'applicabilità dell'art. 246 c.p.c. resta il fatto che l'interesse del socio accomandante non lo legittima ad un intervento nel giudizio di falso ed è, comunque, privo dei caratteri della personalità attuale e concretezza, non essendo riferito al giudizio in corso.

7. — A conclusione del nostro commento traiamo qualche conclusione in relazione al tanto discusso art. 246 c.p.c.

Non possiamo non allinearci con quella dottrina che sottolinea l'importanza, ai fini dell'effettività della tutela, della necessità di interpretare restrittivamente le norme che limitano l'ingresso delle prove nel processo civile. Ciò in ragione del diritto costituzionalmente garantito dell'agire e difendersi provando.

Non possiamo, ancora, non rilevare l'irrazionalità della norma, le cui applicazioni giurisprudenziali, ancorate a criteri formalistici, dichiarano inammissibili le deposizioni di soggetti in realtà disinteressati ed imparziali ed ammettono quelle di soggetti parziali perché realmente interessati all'esito della lite. Incoerenza che si fa più esplicita ove si ritiene l'incapacità a deporre non rientrante nell'ordine pubblico processuale, ma rilevabile solo ad istanza della parte interessata, e la deposizione, comunque resa in violazione dell'art. 246 c.p.c., utilizzabile dal giudice di merito.

Non sempre incapacità a testimoniare ed inattendibilità coincidono. Sarebbe, allora, auspicabile una eliminazione della suddetta norma ed una responsabilizzazione del giudice ad un corretto uso del proprio prudente apprezzamento, volto a vagliare in concreto la parzialità o meno della deposizione resa in giudizio. Ciò per tendere ad una attendibilità effettiva del teste, valutata con un giudizio *ex post* dall'organo giudicante e non a priori dal legislatore.

La pronuncia commentata nel negare ingresso ad una prova decisiva, senza una adeguata motivazione sul punto, conferma, anche in ragione della sua inimpugnabilità, l'incidenza dell'ordinanza istruttoria sull'effettività della tutela.

⁶⁰ Occorre anche valutare se in concreto la quota liquidata allo scioglimento della società comprendesse una qualche positività e se visto il decorso del tempo essa sia ancora aggredibile dai creditori sociali.

CATERINA ARRIGONI
Dottore di ricerca in diritto processuale civile