

Centro Studi

Diritto *Avanzato*

Edizioni

Comitato scientifico:

Simone **ALECCI** (Magistrato) - Elisabetta **BERTACCHINI** (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Mauro **BOVE** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giuseppe **BUFFONE** (Magistrato addetto alla direzione generale della giustizia civile presso il Ministero della Giustizia) - Tiziana **CARADONIO** (Magistrato) - Costanzo Mario **CEA** (Magistrato, Presidente di sezione) - Paolo **CENDON** (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco **CESARI** (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Caterina **CHIARAVALLOTTI** (Presidente di Tribunale) - Bona **CIACCIA** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo **CIRCELLI** (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio **CORASANITI** (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) - Mirella **DELIA** (Magistrato) - Lorenzo **DELLI PRISCOLI** (Consigliere Suprema Corte di Cassazione) - Paolo **DI MARZIO** (Consigliere Suprema Corte di Cassazione) - Francesco **ELEFANTE** (Magistrato T.A.R.) - Annamaria **FASANO** (Consigliere presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo **FERRI** (Magistrato, già Sottosegretario di Stato alla Giustizia) - Francesco **FIMMANO'** (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio **FORGILLO** (Presidente di Tribunale) - Andrea **GIORDANO** (Avvocato dello Stato) - Mariacarla **GIORGETTI** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi **IANNI** (Magistrato) - Francesco **LUPIA** (Magistrato) - Giuseppe **MARSEGLIA** (Magistrato) - Roberto **MARTINO** (Professore ordinario di diritto processuale civile, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Francesca **PROIETTI** (Magistrato) - Serafino **RUSCICA** (Consigliere parlamentare presso il Senato della Repubblica) - Piero **SANDULLI** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano **SCHIRO'** (Presidente di sezione, Suprema Corte di Cassazione) - Bruno **SPAGNA MUSSO** (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo **SPAZIANI** (Magistrato dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione) - Antonella **STILO** (Magistrato, Presidente di sezione) - Antonio **URICCHIO** (Professore ordinario di diritto tributario, Magnifico Rettore) - Antonio **VALITUTTI** (Presidente di Sezione presso la Suprema Corte di Cassazione) - Alessio **ZACCARIA** (Professore ordinario di diritto privato, componente laico C.S.M.).

Incapacità a testimoniare: soci e società; rilevanza del thema decidendum proposto dalle parti e non del decisum; distinzione con la nozione di inattendibilità

La capacità a [testimoniare](#) dei soci è ammessa solo in relazione alle società dotate di personalità giuridica data l'autonomia patrimoniale sottesa alla persona giuridica mentre non è ammessa negli altri casi come nella specie trattandosi di una società in nome collettivo. Essendo illimitatamente responsabile delle obbligazioni societarie, egli è portatore di un interesse giuridico e non di mero fatto all'esito del giudizio.

Il limite soggettivo al potere di [testimoniare](#) trova la sua ragione giustificativa nella sussistenza, in capo al terzo, di un interesse idoneo a legittimare la sua partecipazione al processo. 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 venga stabilita alla stregua del thema decidendum proposto dalle parti, e non del decisum ed indipendentemente dal contenuto della deposizione resa dal teste. L'incapacità a testimoniare, prevista dall'[art. 246](#), si identifica difatti con l'interesse a proporre la domanda od a contraddirvi di cui all'[art. 100 c.p.c.](#) 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). In altre parole la norma, così come costantemente interpretata dalla giurisprudenza, esclude dall'esperienza della prova testimoniale tutti quei soggetti terzi che a qualsiasi titolo potrebbero divenire parte del processo.

Circa la distinzione tra la nozione di incapacità a [testimoniare](#) del terzo e quella di inattendibilità della testimonianza va considerato che la prima è relativa alla sussistenza, in capo al terzo, di un interesse atto a renderlo "potenzialmente" parte; la seconda sottende la veridicità della testimonianza che deve essere liberamente valutata dal giudice, mediante il ricorso a parametri soggettivi - quali, a titolo di esempio, i rapporti tra le parti e l'eventuale interesse di fatto del testimone all'esito della lite - ed a parametri oggettivi, quali la precisione e la completezza della deposizione, oltre alle eventuali contraddizioni.

NDR: sulla terza massima ei veda Cass. Civ. sent. n. 7763/2010, Cass. Civ. sent. n. 16529/2004, Cass. Civ. sent. n. 9640/1999 e Cass. Civ. sent. n. 9126/1993.

Tribunale di Bari, sentenza del 26.7.2018

...omissis...

Con atto di citazione ritualmente notificato il 12.05.2009 la *omissis* SNC conveniva in giudizio la *omissis* SRL in quanto ritenuta inadempiente in relazione ad un contratto di assistenza in relazione al diritto di conformità per le riparazioni dell'autovettura *omissis* acquistata il 19.11.2007 dall' *omissis*. Sosteneva che dopo l'acquisto si era manifestato un difetto di conformità a suo dire garantito dalla polizza stipulata con *omissis* all'atto dell'acquisto e contestava l'inadempimento di quest'ultima rispetto alle obbligazioni assunte con il contratto chiedendo il risarcimento dei danni connesso alla riparazione del veicolo (dopo il diniego della la SRL) eseguita in proprio come da fattura allegata nel fascicolo di parte nonché il danno da fermo tecnico.

Si costituiva in giudizio la SRL che contestava l'operatività della garanzia (essendo il guasto accertato non rientrante tra quelli per i quali era prevista l'assistenza), eccepiva il quantum della pretesa (essendo prevista in polizza un massimale di intervento inferiore alla richiesta risarcitoria), la mancanza di prova del danno medesimo (ossia che l'asserito guasto si fosse realmente verificato) e, in ultima analisi, la decadenza del compratore dalla denuncia.

Concessi i termini di cui all'art. 183 c.p.c., l'attore replicava affermando che il danno era da ricomprendere nella garanzia assicurativa (in quanto ricadente su un accessorio di parti meccaniche garantite), che il quantum fosse rispettoso del danno risarcibile (essendo connesso all'inadempimento contrattuale piuttosto che alla richiesta di operatività della polizza) e la complessiva correttezza del proprio operato nel l'atti vare la polizza. Espletate le prove orali e la c.t.u. per la verifica della ipotetica rispondenza del danno lamentato (così come documentato) rispetto alle condizioni di polizza nonché dell'applicabilità dei limiti contrattuali alle riparazioni eseguite, la causa si avviava alla decisione secondo le premesse di cui sopra.

Così chiariti i termini della controversia, nel rispetto del principio della ragione più liquida secondo l'interpretazione adottata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la Sent. 8 maggio 2014 n. 9936 e più di recente con la sent. 7 marzo 2017 n. 5805, che consente al Giudice di sostituire il profilo di evidenza a quello dell'ordine delle questioni da trattare di cui all'art. 276 c.p.c., in una prospettiva aderente alle esigenze di economia processuale e di celerità del giudizio. Ne consegue che la causa può essere decisa sulla base della questione ritenuta di più agevole soluzione - anche

se logicamente subordinata - senza che sia necessario esaminare previamente le altre. Premessa la indubbia riferibilità del danno lamentato al difetto di conformità garantito dalla la SRL (per quanto accertato dal c.t.u. le cui conclusioni sono immuni di vizi logici e conformi alle questioni dibattute dalle parti in giudizio), preliminarmente va detto che del tutto assorbente si ritiene l'eccezione di decadenza tempestivamente sollevata dalla convenuta nella comparsa di costituzione. Ed invero l'attrice si è limitata a riferire di avere tempestivamente denunciato il vizio alla società venditrice senza tuttavia suffragare tale asserzione con idonea prova. Tale circostanza pare si sia avverata verbalmente; dunque manca un documento dal quale inferire con certezza la tempestività della denuncia rispetto al manifestarsi del difetto. Neppure la prova testimoniale appare idonea a sovvertire tale giudizio giacchè (posizione n. 5 dell'atto di citazione) i testi escussi in merito appaiono incapaci a testimoniare. L'eccezione è stata tempestivamente sollevata e ribadita in sede di precisazione delle conclusioni dalla società convenuta. Ed invero sulla circostanza (posizione n. 5 dell'atto di citazione che, per vero, appare generica nella formulazione e, dunque, ad avviso del sottoscritto giudicante, ab origine inammissibile) sono stati ascoltati i testi *omissis* che devono considerarsi incapaci a testimoniare ex art. 246 c.p.c..

Quanto al primo è noto che la capacità a testimoniare dei soci è ammessa solo in relazione alle società dotate di personalità giuridica data l'autonomia patrimoniale sottesa alla persona giuridica mentre non è ammessa negli altri casi come nella specie trattandosi di una società in nome collettivo. Essendo illimitatamente responsabile delle obbligazioni societarie, egli è portatore di un interesse giuridico e non di mero fatto all'esito del giudizio.

Analogo discorso va fatto rispetto al secondo teste su citato atteso che anche costui è portatore di un interesse giuridico rispetto all'esito della controversia. Il limite soggettivo al potere di testimoniare trova la sua ragione giustificativa nella sussistenza, in capo al terzo, di un interesse idoneo a legittimare la sua partecipazione al processo. L'interesse che genera l'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 venga stabilita alla stregua del *thema decidendum* proposto dalle parti, e non del *decisum* ed indipendentemente dal contenuto della deposizione resa dal teste. Per la Suprema Corte, l'incapacità a testimoniare, prevista dall'art. 246, si identifica con l'interesse a proporre la domanda od a contraddirvi di cui all'art. 100 c.p.c. 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). In altre parole la norma, così come costantemente interpretata dalla giurisprudenza, esclude dall'esperimento della prova testimoniale tutti quei soggetti terzi che a qualsiasi titolo potrebbero divenire parte del processo.

Le pronunce giurisprudenziali, inoltre, tendono ad affermare la distinzione tra la nozione di incapacità a testimoniare del terzo e quella di inattendibilità della testimonianza: la prima è relativa alla sussistenza, in capo al terzo, di un interesse atto a renderlo "potenzialmente" parte; la seconda sottende la veridicità della testimonianza che deve essere liberamente valutata dal giudice, mediante il ricorso a parametri soggettivi - quali, a titolo di esempio, i rapporti tra le parti e l'eventuale interesse di fatto del testimone all'esito della lite - ed a parametri oggettivi, quali la precisione e la completezza della deposizione, oltre alle eventuali contraddizioni (Cass. Civ. sent. n. 7763/2010; Cass. Civ. sent. n. 16529/2004; Cass. Civ. sent. n. 9640/1999; Cass. Civ. sent. n. 9126/1993).

Nel caso di specie è di tutta evidenza l'interesse del PE. in quanto venditore del veicolo in parola che, in quanto obbligato principale rispetto al diritto di conformità del bene venduto, non rimane escluso da detta responsabilità neppure ove si consideri che attraverso la convenzione stipulata tra il concessionario

e *omissis* SRL quest'ultima si è assunta sia gli obblighi legali che quelli convenzionali. Ad ogni buon conto il teste diviene inattendibile anche per altro verso giacchè, quand'anche si superi l'ammissibilità del capitolo n. 5 dell'atto di citazione (cfr. pag. 2 dell'atto di citazione "tale vicenda veniva, nei medesimi giorni prontamente denunciata..."), la risposta fornita dal teste non è risultata idonea a superare in grado di incertezza generato dalla genericità del capitolo (cfr. verb. ud. 11-11-2014 "Confermo la posizione n. 5 dell'atto di citazione che mi viene letta e, con riguardo alla data, pur non ricordando il giorno esatto").

È altrettanto noto che nel caso in cui venga eccepita la decadenza rispetto ai termini della denuncia del vizio, Incombe alla parte che intenda avvalersi della garanzia dimostrarne la tempestività (Cas. Civ. sent. n. 12130/2008 secondo la quale "in tema di garanzia per i vizi della cosa venduta, eccepita dal venditore la tardività della denuncia rispetto alla data di consegna della merce, incombe sull'acquirente, trattandosi di condizione necessaria per l'esercizio dell'azione, l'onere della prova di aver denunciato i vizi nel termine di legge ex art. 1495 cod. civ.").

Ne consegue che la domanda va rigettata.

Si ritiene sussistano giusti motivi per compensare le spese del giudizio tenuto conto dell'andamento del contenzioso e dalla accertata riferibilità del difetto di conformità alla garanzia.

La presente sentenza costituisce parte integrante del verbale dell'udienza odierna e si ha per pubblicata con la sottoscrizione seguita dall'immediato deposito in cancelleria per gli adempimenti di cui all'art. 35 disp. att. c.p.c.

PQM

Il Tribunale di Bari, in persona del giudice unico, GOP avv. Cosmo Mezzina, definitivamente pronunciando, ogni diversa istanza, conclusione e deduzione disattesa, rigetta la domanda e compensa integralmente le spese del giudizio.