

LA NULLITÀ DELLA TESTIMONIANZA RESA DA PERSONA INCAPACE

CARMINE GUERRA
Assegnista di ricerca
nell'Università di Milano-Bicocca

SOMMARIO: 1. Il consolidato indirizzo giurisprudenziale in tema di nullità della testimonianza resa da persona incapace *ex art. 246 c.p.c.* – 2. Riconducibilità del fenomeno alla disciplina della nullità degli atti processuali. – 3. La natura e il regime della nullità di cui trattasi – 4. (Segue). La capacità estensiva della nullità probatoria. Profili impugnatori.

1. – Con orientamento granitico la Suprema Corte predica la nullità relativa della testimonianza resa dal soggetto incapace *ex art. 246 c.p.c.* e la necessità di reiterare l'eccezione processuale dopo l'assunzione della prova, in sede di precisazione delle conclusioni e attraverso i mezzi di impugnazione.

Più specificamente, secondo le massime ormai largamente adoperate nella prassi, la «nullità della testimonianza resa da persona incapace, essendo posta a tutela dell'interesse delle parti, dà luogo ad una nullità relativa che, in quanto tale, deve essere eccepita subito dopo l'assunzione della prova, rimanendo altrimenti sanata ai sensi dell'art. 157 c.p.c., comma 2, e qualora l'eccezione sia stata respinta, la parte interessata ha l'onere di riproporla in sede di precisazione delle conclusioni e nei successivi atti di impugnazione, dovendosi altrimenti ritenere rinunciata, con conseguente sanatoria della nullità per acquiescenza»¹.

Il presente scritto intende soffermarsi su queste enunciazioni, approvando, per un verso, i presupposti sistematici da cui arresti come quello riportato prendono le mosse, e, per altro verso, evidenziando i profili critici del regime di nullità congegnato, con interesse infine alle zone d'ombra, accentuate dalla riscrittura dell'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c., inerenti alla denuncia del vizio in sede di legittimità.

¹ Così Cass., 21 luglio 2021, n. 20917; in senso conforme, limitando i richiami alle pronunce più recenti, Cass., 20 aprile 2021, n. 10374; Cass., 19 febbraio 2021, n. 4518; Cass., 12 febbraio 2021, n. 3685; Cass., 9 novembre 2020, n. 25021; Cass., 6 maggio 2020, n. 8528.

2. – Le conclusioni enucleate dalla Suprema Corte presuppongono l'applicabilità della disciplina in materia di nullità degli atti processuali al fenomeno probatorio.

Nonostante non vi sia unanimità di vedute in dottrina, tale punto di partenza appare condivisibile, attesa anzitutto l'appartenenza dell'atto istruttorio al *genus* degli atti processuali.

Invero, la stessa nozione di atto processuale non è del tutto pacifica. Se in via generale si è soliti premettere che il processo si snoda attraverso una serie di atti coordinati al fine di pervenire alla tutela giurisdizionale del diritto, talvolta tuttavia si esclude la processualità degli atti compiuti da coloro che non siano qualificabili come soggetti del processo. Di conseguenza l'atto processuale andrebbe individuato in base ad una prospettiva soggettiva e consterebbe nell'atto posto in essere nel processo da una parte (direttamente o per il tramite del difensore), dal giudice, ovvero da altro soggetto legittimato (come il cancelliere o l'ufficiale giudiziario). Così ragionando, la testimonianza sarebbe un mero fatto (e non già un atto) processuale².

Una simile definizione appare peraltro arbitrariamente limitativa nella misura in cui, se è vero che non ogni atto idoneo a spiegare effetti sul processo può definirsi processuale, è altresì vero che per la processualità dell'atto pare sufficiente che quest'ultimo si immetta nella serie procedimentale di atti e provvedimenti previsti dalla legge processuale al fine di approntare la tutela giurisdizionale, indipendentemente, dunque, dalla fonte che pone in essere l'atto (giudice, parte, cancelliere, ufficiale giudiziario, pubblico ministero o testimone). Una volta individuati il momento iniziale, la domanda di parte, e quello finale, la decisione del giudice passata in giudicato formale, tutti gli atti compiuti all'interno di questo *spatium temporis* possono quindi definirsi processuali³.

Se pertanto, come appare preferibile, si adotta una nozione ampia di atto processuale, tesa a ricomprendere ogni atto attraverso cui viene realizzata la tutela giurisdizionale dei diritti, e nello specifico, dal punto di vista delle parti, l'atto attraverso cui viene esercitato il potere di azione, e, dal punto di vista del giudice, l'atto attraverso cui si realizza la funzione

² In questo senso E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, agg. a cura di V. COLESANTI – E. MERLIN, Milano, 2021, 175 e 176; G.F. RICCI, *Le prove illecite nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 45; *contra* V. DENTI, *Concetto e classificazione degli atti processuali*, in *ID.*, *Dall'azione al giudicato*, Padova, 1983, 161; E. MERLIN, *Elementi di diritto processuale civile*, Pisa, 2017, 301.

³ C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, *Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, Torino, 2017, 651; C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, I, *I soggetti e gli atti*, Torino, 2010, 34 ss.

giurisdizionale⁴, non può residuare alcun dubbio in ordine alla riconducibilità di ogni singolo atto istruttorio alla categoria degli atti processuali. Va d'altronde rilevato che anche chi muove dalla menzionata prospettiva soggettiva, tale per cui non sarebbero atti processuali quelli posti in essere da terzi come il testimone, non manca di rilevare la natura processuale dell'assunzione della testimonianza da parte del giudice e della sua verbalizzazione⁵.

Procedendo oltre, non pare che gli atti istruttori viziati, nella qualità di atti processuali, possano sottrarsi alla disciplina della nullità⁶ e integrare imperfezioni diverse come l'inutilizzabilità o l'inefficacia⁷.

Seppure non manchino riferimenti in specifiche disposizioni⁸, è perlomeno dubbia la dignità sistematica della categoria dell'inutilizzabilità

⁴ Così R. POLI, *Commento all'art. 156*, in C. CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile*, I, Milano, 2013, 1865; ID., *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, Torino, 2012, 137 ss.

⁵ E.T. LIEBMAN, *op. loc. cit.* In quest'ottica, anche la confessione stragiudiziale, ad esempio, che prescinde dall'instaurazione di un processo, assume natura e rilevanza processuale attraverso l'atto di produzione, grazie a cui lo scritto viene acquisito al processo (E. REDENTI – M. VELLANI, *Diritto processuale civile*, Milano, 2011, 92).

⁶ In questo senso cfr. F. AULETTA, *Nullità e «inesistenza» degli atti processuali civili*, Padova, 1999, 176, nt. 39; *contra* B. CAVALLONE, *Critica della teoria delle prove atipiche*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, 733, nt. 146.

⁷ A sostegno di tali categorie viene evocata la distinzione tra atti propulsivi e atti eventuali. Gli atti istruttori rappresentano parentesi eventuali nella serie procedimentale e in ciò si contrappongono agli atti propulsivi che costituiscono per converso elementi necessari, che (in caso di mancata sanatoria) portano ad una pronuncia di *absolutio ab instantia*. In relazione agli atti di acquisizione probatoria, invece, il vizio della prova non preclude la pronuncia di merito, ma comporta semplicemente la necessità, nel caso in cui non si possa procedere alla rinnovazione dell'atto, di «ignorare le illazioni che potrebbero inferirsene nel quadro dialettico della pronuncia di merito» (così F. CORDERO, *Riflessioni in tema di nullità assolute*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, 254; ID., *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, *ivi*, 1961, 694). Sulla distinzione cfr. soprattutto V. DENTI, voce *Nullità degli atti processuali civili*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, 473; ID., *Volontarietà e volontà nel trattamento degli atti processuali*, in ID., *Dall'azione al giudicato*, cit., 208, per il quale le norme dettate in materia di nullità degli atti processuali sono inapplicabili agli atti eventuali (ossia non propulsivi) della serie procedimentale quali sono gli atti istruttori. La nullità di un atto istruttorio non esonera infatti il giudice dal decidere nel merito la controversia come invece accadrebbe in presenza della nullità di un atto propulsivo, ma delimita soltanto il materiale probatorio a disposizione del giudice per la ricostruzione del fatto. In argomento cfr. inoltre C. BESSO, sub *art. 121*, in C. BESSO – M. LUPANO, *Atti processuali*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, Bologna, 2016, 6 e 721.

⁸ L'art. 222 c.p.c. dispone l'inutilizzabilità del documento in caso di risposta negativa all'interpello attivato dalla proposizione della querela di falso. Giova inoltre richiamare gli artt. 10, comma 1, d.lgs. n. 28/2010 e 9, comma 2, d.l. n. 132/2014, che

nel processo civile, diversamente da quanto avviene in ambito penalistico, ove esiste una norma generale – l'art. 191 c.p.p. – adibita specificamente al comparto probatorio⁹.

Parimenti, una categoria autonoma di inefficacia, sganciata dalla disciplina della nullità dell'atto, non pone compiutamente l'accento sul vizio che affligge l'atto istruttorio (bensì soltanto sull'effetto). Sancita la nullità della prova, l'inevitabile conseguenza è certamente l'inefficacia dei risultati ottenuti¹⁰. L'inefficacia dell'atto di acquisizione probatoria si traduce – dal momento che l'istruzione è diretta alla formazione di elementi utili alla decisione e alla formazione del convincimento in ordine agli enunciati fattuali oggetto di allegazione – nell'impossibilità per il giudice di valutare gli elementi di prova raccolti, ossia nell'impossibilità che gli elementi di prova possano attraverso l'attività intellettuale del giudice divenire risultati

prevedono la non utilizzabilità in giudizio delle dichiarazioni rese o delle informazioni acquisite nel corso del procedimento rispettivamente di mediazione e di negoziazione assistita.

⁹ In argomento L. PASSANANTE, *La prova illecita nel processo civile*, Torino, 2017, 193 ss. Si v. però G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, *Il processo ordinario*, Bari, 2019, 193, per il quale «sebbene manchi una disposizione *ad hoc*, non v'è ragione perché non debba trovare applicazione anche nel processo civile il principio di assoluta inutilizzabilità della prova enunciato dall'art. 191 c.p.p.». Per una prima indicazione bibliografica sulla categoria della inutilizzabilità nel processo penale si v. F.M. GRIFANTINI, voce *Inutilizzabilità*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino, 1993, 242 ss.; F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008; A. SCCELLA, voce *Inutilizzabilità della prova (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir. Annali*, vol. II, t. I, Milano, 2008, 479 ss.; M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Torino, 2009.

¹⁰ Il termine «inefficacia» viene estrapolato dall'art. 159, comma 3, c.p.c., in forza del quale «Se il vizio impedisce un determinato effetto, l'atto può tuttavia produrre gli altri effetti ai quali è idoneo»; orbene, dalla disposizione si deduce che la conseguenza della verifica del vizio di nullità consta nell'impedimento alla produzione di effetti. In generale sui rapporti tra nullità ed inefficacia si v. l'analisi di R. POLI, *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, cit., 315 ss.; W.M. RUOSI, *Commento all'art. 156*, in L.P. COMOGLIO – C. CONSOLO – B. SASSANI – R. VACCARELLA (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, II, Torino, 2012, 1079. In ambito istruttorio cfr. E. ALLORIO, *Efficacia giuridica di prove ammesse ed esperite in contrasto con un divieto di legge?*, in *Giur. it.*, 1960, I, 2, 868, che formula l'equazione «prova irritualmente ammessa = prova processualmente inefficace»; C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, I, *I soggetti e gli atti*, cit., 84; A. ATTARDI, *Diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, Padova, 1994, 411, secondo cui la nullità di un atto di assunzione probatoria impedisce al giudice di tenerne conto nella decisione; M. TARUFFO, *Fatti e prove*, in ID. (a cura di), *La prova nel processo civile*, Milano, 2012, 76, per il quale la prova nulla è «*tamquam non esset* e non può essere utilizzata in alcun modo dal giudice»; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2014, 437; *contra* G.F. RICCI, *Le prove illecite nel processo civile*, cit., 52 ss.; G. FRANCHI, *La perizia civile*, Padova, 1959, 320.

di prova¹¹, contribuendo alla dimostrazione del *factum probandum*. L'inefficacia, tuttavia, non sembra rappresentare una categoria autonoma di invalidità processuale, bensì la diretta conseguenza della nullità, che sancisce l'inidoneità dell'atto a produrre i propri effetti.

Inoltre, inutilizzabilità e inefficacia non consentono oggi – come si chiarirà in seguito – un approdo sicuro in sede di legittimità e rischiano così di pregiudicare la tutela della legalità probatoria.

In posizione mediana un diverso indirizzo correla la nullità ai soli vizi di assunzione della prova¹². Nondimeno, malgrado per i divieti probatori (tra cui rientra l'incapacità del teste) l'aggancio alla disciplina della nullità

¹¹ I termini «elemento di prova» e «risultato di prova» sono utilizzati nell'accezione di G. UBERTIS, voce *Prova (in generale)*, in *Dig. disc. pen.*, X, Torino, 1995, 307.

¹² Si v. A. TEDOLDI, *L'istruzione probatoria nell'appello civile*, Padova, 2000, 259: «la prova nulla non è la prova da cui la parte è decaduta [...] né può identificarsi con la deduzione istruttoria dichiarata inammissibile o irrilevante»; B. CIACCIA CAVALLARI, *La rinnovazione nel processo di cognizione*, Milano, 1981, 412; A. RONCO, *Testimonianza e documento unilaterale tra regole ed eccezioni*, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 240: «una cosa è il difetto dei requisiti formali di cui agli artt. 121 e segg. c.p.c., altra cosa è l'inammissibilità o l'inutilizzabilità processuale di un determinato strumento di conoscenza del passato»; C.E. BALBI, *Omessa verbalizzazione della parola «giuro» nel giuramento decisorio*, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, 1671, 1672, per il quale «l'acquisizione probatoria [...] è pur sempre un procedimento che si compone di atti ammissivi e di atti assuntivi della prova, e che gode di una propria autonomia rispetto alla serie di atti di cui si compone il procedimento di cognizione. Se può ammettersi che la carenza di presupposti per l'ammissione di una prova può dare luogo ad un tipo di nullità che non rientra nella disciplina degli artt. 156 e segg. del codice di proc. civ. e che, quindi, può essere rilevata d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento, questa soluzione non è più così sicura quando si tratti di una nullità per vizi di forma degli atti di assunzione di una prova. Il difetto di forma di un atto del procedimento probatorio comporta una difformità rispetto al modello legale, ma è una difformità che, riguardando esclusivamente la forma, potrebbe rientrare analogicamente nell'ambito delle previsioni delle norme sulla nullità per vizi di forma degli atti del processo»; in senso diametralmente opposto G.F. RICCI, *Le prove illecite nel processo civile*, cit., 46, secondo cui «con riferimento all'atto di assunzione non si può mai parlare di invalidità o di inefficacia, ma al massimo si dovrà vedere se il suo risultato debba o non debba essere preso in considerazione». Per contro, «di nullità si potrà tutt'al più parlare con riferimento all'ordinanza di ammissione della prova illecita. Più che revocabile, essa potrà pertanto essere dichiarata nulla secondo l'art. 156 c.p.c., e la nullità potrà essere sollevata ovviamente anche dopo l'assunzione della prova».

sia meno immediato¹³, non sembra che la patologia istruttoria possa evocare conseguenze diverse in ragione della fase di genesi del vizio¹⁴.

Anzitutto, l'applicabilità della normativa in parola ad ogni vizio riscontrato nella fase istruttoria sarebbe *de plano* risolta in senso positivo se si adottasse una nozione ampia di forma dell'atto processuale, idonea a ricomprendere non solo la veste esteriore dell'atto ma ogni prescrizione inerente ad adempimenti necessari perché l'atto possa coordinarsi con altri inserendosi in una serie di atti tesi ad un risultato finale¹⁵.

¹³ Non a caso nel processo penale è sorta l'esigenza di generalizzare la categoria dell'inutilizzabilità, specialmente destinata a regolare i c.d. divieti d'uso probatorio (per tutti A. SCCELLA, *op. loc. cit.*).

¹⁴ Cfr. M. TARUFFO, *Fatti e prove*, in ID. (a cura di), *La prova nel processo civile*, cit., 75, per il quale «la prova è nulla quando è stata ammessa in violazione di una norma che ne stabilisce l'inammissibilità, oppure quando è stata assunta violando le norme che ne regolano le modalità di assunzione in giudizio»; A. GRAZIOSI, *Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 700, nt. 15, ritiene che la disciplina della nullità degli atti sia applicabile tanto ai vizi di ammissione quanto ai vizi di assunzione della prova: «è possibile che una prova (costituenda) si formi in modo illegittimo anche all'interno del processo, allorchando la stessa venga ammessa, o assunta dal giudice, al di fuori o in contrasto con i limiti fissati dalla legge». Il problema che si pone in queste ipotesi è «quello della validità degli atti processuali che hanno condotto alla formazione del mezzo istruttorio; pertanto è alla disciplina della nullità degli atti (artt. 156 ss. c.p.c.) che si deve fare riferimento, più che a quella probatoria in senso stretto»; si v. inoltre E. ALLORIO, *Efficacia giuridica di prove ammesse ed esperite in contrasto con un divieto di legge?*, cit., 869, 870, per il quale «condizione perché una prova costituenda possa legalmente spiegare efficacia in sede di formazione del convincimento del giudice è che si sia compiuto nella sua interezza il procedimento probatorio, composto, in primo luogo, del provvedimento (ordinanza) ammissivo della prova, ed in secondo luogo dell'atto di istruzione probatoria, col quale al provvedimento ammissivo sia stata data esecuzione». Così ragionando, «l'ammissione di una prova, che non doveva ammettersi all'esperimento o alla produzione, è atto invalido: l'efficacia di quella prova manca quindi del necessario piedistallo, e deve escludersi».

¹⁵ R. ORIANI, voce *Atti processuali I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, 11; L. MONTESANO, *Questioni attuali su formalismo, antiformalismo e garantismo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, 3 ss.; R. POLI, *Invalitità ed equipollenza degli atti processuali*, cit., 42 ss., per il quale «dalle disposizioni del codice di rito sembra che il legislatore abbia adottato un concetto estremamente ampio di forma dell'atto processuale, in grado di ricomprendere tutti i requisiti previsti dal modello legale». «La forma non rileva come uno dei requisiti della fattispecie dell'atto, ma viene intesa come l'insieme dei requisiti che concorrono alla formazione dell'atto stesso, alla sua realizzazione materiale; aventi o meno, tali requisiti, una connotazione estrinseca, che si manifesta nella realtà concreta dell'atto: il concetto di forma connota quindi le condizioni – percettibili o meno alla realtà esterna – che hanno strutturato il procedimento di formazione dell'atto processuale». Con specifico riferimento al settore d'interesse l'A. rileva che anche nelle ipotesi in cui «il requisito extraformale sembra conservare autonoma rilevanza – come, ad es., la volontà nella confessione –

Da diversa angolazione, anche non attribuendo alla nozione di forma dell'atto questa latitudine, la prova testimoniale, al pari degli altri mezzi di prova, è connotata da presupposti, come la capacità del terzo, che ne condizionano la validità¹⁶.

Sul punto può essere evocata la distinzione elaborata in materia di nullità degli atti processuali tra vizi formali ed extraformali. In virtù di questa, come noto, sono considerati vizi formali quelli relativi alla veste esteriore dell'atto, alla forma-contenuto¹⁷; i vizi extraformali sono invece in via residuale gli ulteriori vizi, ovvero quelle difformità che comunque si manifestano nella fattispecie e inficiano i presupposti per il valido compimento dell'atto¹⁸, tra i quali si è soliti tradizionalmente ricomprendere, ad esempio, i vizi di capacità e legittimazione¹⁹.

non mutano le premesse e le conclusioni di fondo [...]. Infatti, nulla impedisce di affermare che, anche in questi casi, la presenza o la mancanza di quel requisito afferiscono al procedimento di formazione dell'atto, e dunque al suo modo di essere, pur in mancanza di evidenze percettibili alla realtà esterna».

¹⁶ Oltre ai divieti probatori, è sufficiente pensare al rispetto dei principi che informano l'istruttoria, primo fra tutti il principio dispositivo. Ancora, secondo la tesi qui sostenuta, l'art. 2732 c.c. valorizza l'elemento della volontà quale presupposto extraformale per la validità della dichiarazione confessoria.

¹⁷ Come noto, con l'espressione *forma dell'atto* si rinvia invero ad un *quid pluris*, comprensivo anche del contenuto dell'atto (è sufficiente evocare la disciplina dell'atto di citazione ex art. 163 c.p.c.).

¹⁸ E. GRASSO, *La regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e la nullità da "ultra" ed "extra" petizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, 411. A *contrariis* può dirsi che per forma deve intendersi ciò che non è presupposto, ciò che non sta prima e al di fuori dell'atto: cfr. F. CORDERO, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, 1955, 165 ss.

¹⁹ Senza pretesa di completezza, distinguono tra nullità formali ed extraformali V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979, 535 ss.; F. AULETTA, *Nullità e «inesistenza» degli atti processuali civili*, Padova, 1999, 146; G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, *I principi*, Bari, 2019, 295, il quale ritiene che la disciplina generale dettata per le nullità formali sia in larga parte adattabile a quelle non formali; A. LUGO, *Manuale di diritto processuale civile*, a cura di C. DE ANGELIS, Milano, 2012, 153, per il quale non è possibile riferire, almeno direttamente, le norme relative alla nullità degli atti processuali ai vizi derivanti da «motivi sostanziali, come il difetto di legittimazione o di capacità delle parti»; B. CIACCIA CAVALLARI, *La rinnovazione nel processo di cognizione*, cit., 98; L.P. COMOGLIO, *Forma e nullità degli atti*, in L.P. COMOGLIO – C. FERRI – M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, I, *Il processo ordinario di cognizione*, Bologna, 2011, 398, che ricomprende tra i presupposti extraformali i requisiti di titolarità e di esercizio dei corrispondenti poteri di compiere atti processuali determinati; F. DANOVI, *Il linguaggio del processo*, Milano, 2018, 10 ss.; V. DENTI, voce *Invaldità (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, Agg., I, 1997, 709; E. GRASSO, *La regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e le nullità da "ultra" ed "extra" petizione*, cit., 410 ss.; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, *Principi generali*, Milano, 2021, 435; S. LA CHINA, *Diritto processuale civile. Le disposizioni generali*, Milano, 1991, 749 ss., individua i vizi extraformali nelle nullità riguardanti:

Orbene, se il punto di partenza è perlopiù rappresentato dall'asserzione che gli artt. 156-162 c.p.c. riguardano i vizi formali degli atti processuali, nelle poliedriche ricostruzioni dottrinali sul tema emerge non già un'aprioristica esclusione dell'applicabilità della disciplina in materia di nullità ai vizi extraformali ma al contrario una diffusa ritrosia a ritenere la disciplina dettata in tema di vizi formali *tout court* inapplicabile ai vizi extraformali. Si registra una ragionevole cautela interpretativa, ravvisabile nella condivisibile posizione di chi ha osservato che la normativa relativa alla nullità degli atti possa trovare applicazione per i vizi non formali, se non

a) atti compiuti da soggetti non formalmente legittimati a compierli; b) atti compiuti oltre il termine perentorio; c) atti compiuti in violazione del contraddittorio; d) atti dipendenti da atti precedenti nulli. Ai riscontrati vizi extraformali ritiene che possano applicarsi i primi due commi dell'art. 156 c.p.c. e, talvolta, non in via generale, anche gli artt. 156, 3° comma, e 157 c.p.c.; G. MARTINETTO, *Della nullità degli atti processuali*, in E. ALLORIO (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, I, 2, Torino, 1973, 1579 ss.; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., *passim*, ricomprende nella categoria dei vizi non formali quelli relativi alla costituzione del giudice, giurisdizione, competenza, capacità di essere parte, capacità processuale, difesa tecnica, legittimazione ad agire, integrità del contraddittorio e interesse ad agire; G. VERDE, *Diritto processuale civile* 1. *Parte generale*, agg. a cura di F. AULETTA, G.P. CALIFANO – G. DALLA PIETRA – N. RASCIO, Bologna, 2015, 276, per il quale la circostanza che soltanto l'art. 158 c.p.c. disciplini un tipo di nullità extraformale conferma l'inapplicabilità in via diretta della disciplina generale sulle nullità alla categoria dei vizi non formali: «la soluzione dei vari problemi pratici va ricercata nei luoghi in cui sono disciplinati i singoli presupposti», e così ad es. negli artt. 37, 38, 75, 182 c.p.c. In senso critico su tale distinzione, nella misura in cui su di essa si fondi la mancata applicazione ai vizi extraformali della disciplina generale in materia di nullità, C. FURNO, *Nullità e rinnovazione degli atti processuali*, in *Studi in onore di E. Redenti*, I, Milano, 1951, 410 ss.; C. MANDRIOLI, *In tema di vizi c.d. «non formali» degli atti processuali civili*, in *Jus*, 1966, 320 ss.; L. MONTESANO, *Questioni attuali su formalismo, antiformalismo e garantismo*, cit., 3 ss.; L. MONTESANO – G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, I, 1, Padova, 2001, 806 ss.; C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, I, *I soggetti e gli atti*, cit., 81, che annovera tra i requisiti non formali la volontarietà dell'atto, la capacità e la legittimazione processuale, ma evidenzia come la distinzione sia utile soltanto a fini descrittivi e non certo per fondare su di essa un rigido e differente regime applicativo; R. POLI, *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, cit., 34 ss.; N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, Milano, 2013, 268, ritiene che anche le nullità extraformali rientrino nell'ambito della disciplina generale di cui agli artt. 156 ss., in quanto non derogata da specifiche disposizioni (è il caso degli artt. 37, 38 e 182 c.p.c.); C. BESSO, *Il processo civile. Nozioni generali*, Torino, 2015, 215, per la quale i requisiti di capacità e legittimazione del soggetto che pone in essere l'atto e i c.d. presupposti processuali non si sottraggono all'applicazione della disciplina della nullità degli atti.

in via diretta, almeno in via analogica²⁰, ovvero, similmente, in coloro che sottolineano l'esigenza di una verifica nel caso concreto²¹.

Inoltre, «anche i requisiti non formali di titolarità o di esercizio dei poteri finiscono con l'assumere una rilevanza formale indiretta, nella concatenazione del procedimento, inficiando a loro volta la validità formale degli atti compiuti (nonché quella degli atti posteriori che ne dipendano)²²».

Anche con riferimento all'istruzione probatoria sembra possibile individuare nullità extraformali²³ – come il difetto di capacità del teste – idonee a contaminare la veste formale dell'episodio istruttorio. In conclusione, si ritiene di non condividere l'idea che la prova nulla si identifichi soltanto con la prova acquisita in dispregio delle regole fissate per l'assunzione. Per converso, l'assunzione potrà risultare viziata tanto per vizi propri, cioè inerenti alla fase assuntiva, quanto in via derivata per vizi risalenti ad un'errata ammissione della prova, non potendosi peraltro escludere che l'assunzione cumuli più profili di nullità, alcuni in via derivata, altri propri.

²⁰ F. CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, I, Roma, 1956, 337, 338 e G. TARZIA, *Profili della sentenza civile impugnabile*, Milano, 1967, 133.

²¹ R. ORIANI, voce *Nullità degli atti processuali I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, 2.

²² Così L.P. COMOGGIO, *Forma e nullità degli atti*, in L.P. COMOGGIO – C. FERRI – M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, cit., 398 e 403, che conclude: «in definitiva, non potrebbe mai reputarsi formalmente valido un atto comunque posto in essere nell'esercizio di un potere viziato»; pertanto «non è da escludere la possibilità di applicare anche ai vizi non formali talune regole sancite dagli artt. 156-162 per i vizi di forma»; nello stesso senso C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, *Nozioni introduttive e disposizioni generali*, Torino, 2019, 517, secondo cui «anche i requisiti che inizialmente hanno natura non formale finiscono – con lo svolgersi della serie degli atti – col divenire formali anch'essi, poiché quando un atto si compie senza che quello precedente abbia posseduto tutti i requisiti, si estrinseca in condizioni diverse da quelle volute dalla legge»; N. PICARDI, *op. cit.*, 268, per il quale «l'esercizio di un potere, anche se carente o viziato, si traduce, sempre e necessariamente, in un atto nullo, che, a sua volta, si comunicherà ex art. 159 agli atti successivi e dipendenti. Finiamo, pertanto, per trovarci sempre in presenza di requisiti di forma contenuto e della loro validità».

²³ Per l'adozione di questa prospettiva cfr. S. LA CHINA, *Diritto processuale civile. Le disposizioni generali*, cit., 753, secondo cui la consulenza tecnica svolta da un perito non iscritto all'albo o ad un albo differente rispetto a quello cui si riferiscono le indagini affidategli integra la carenza di un vizio extraformale per difetto di legittimazione a compiere l'atto. Si v. altresì F. AULETTA – V. CAPASSO, *Lo statuto dei poteri del consulente tecnico d'ufficio: ansia da nomofilachia... con colpo di scena finale*, in *Corr. giur.*, 2020, 1536; F. MARELLI, *La conservazione degli atti invalidi nel processo civile*, Padova, 2000, 140 ss.

3. – Se è corretto relazionare la nullità agli atti di acquisizione probatoria, è possibile proseguire nell'indagine e calibrare il regime d'invalidità della testimonianza resa dal terzo incapace.

La non appartenenza della capacità testimoniale ai requisiti formali *stricto sensu* intesi non è a questo fine risolutiva, se è vero che la distinzione tra nullità formali ed extraformali non erige insuperabili regimi applicativi²⁴.

Così, se è pacifico che la testimonianza dell'incapace – come la natura di ogni divieto probatorio impone – non possa essere oggetto di rinnovazione o sanatoria per raggiungimento dello scopo, desta incertezza la configurata natura relativa della nullità.

Per giungere a questo risultato la giurisprudenza adotta il criterio dell'interesse, pubblico ovvero privato, sotteso alla norma di volta in volta considerata²⁵. In particolare, la rilevabilità officiosa scaturisce dalla violazione di un requisito previsto dalla legge per interessi di natura pubblicistica²⁶; la rilevabilità su istanza di parte scaturisce invece dalla violazione di un requisito stabilito nell'interesse esclusivo delle parti, quale sarebbe, in tesi, la capacità del teste chiamato a deporre²⁷.

²⁴ Come è stato rilevato, basti pensare alla circostanza che la legge attribuisce ad un vizio formale, la mancata sottoscrizione della sentenza *ex art.* 161, comma 2, c.p.c., il regime più grave di nullità (R. POLI, *Commento all'art. 156*, cit., 1823). Hanno pertanto solo valore tendenziale le indicazioni provenienti dalla dottrina, in virtù delle quali, ad esempio, le nullità extraformali si distinguerebbero da quelle formali in quanto caratterizzate dalla insanabilità (E. GRASSO, *La regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e le nullità da "ultra" ed "extra" petizione*, cit., 419; G. MARTINETTO, *Della nullità degli atti processuali*, cit., 1614 ss.).

²⁵ Così E. MINOLI, *L'acquiescenza nel processo civile*, Milano, 1942, 191; F. MARELLI, *op. cit.*, 142.

²⁶ E. GRASSO, *La regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e la nullità da "ultra" ed "extra" petizione*, cit., 418 ss., osserva come il corretto dispiegarsi del processo non possa considerarsi esclusivamente a beneficio pubblico e dunque come la selezione tra interesse pubblico o privato sotteso alla norma debba essere risolto sulla scorta di un criterio di prevalenza tra i due interessi, giacché è palese che anche le parti che usufruiscono del servizio giustizia hanno interesse ad una decisione che sia la risultante di un processo condotto in ossequio ai canoni del contraddittorio e della parità delle armi. In ugual modo, a ben vedere, ogni norma processuale è tesa a massimizzare l'efficienza della macchina processuale e dunque in ognuna può essere rinvenuto un interesse pubblico. Per la distinzione sulla base del criterio dell'interesse pubblico o privato cfr. R. ORIANI, *Nullità degli atti processuali I) Diritto processuale civile*, cit., 10; G. MARTINETTO, *op. cit.*, 1596.

²⁷ D'altro canto, simile criterio distintivo è stato oggetto di critiche nella misura in cui appare generico, privo di una base normativa che ne avvalori la fondatezza, e non esente da consistenti margini di discrezionalità, «con la conseguenza che la rilevabilità d'ufficio finisce per essere strettamente condizionata a monte dalla personale concezione più o meno pubblicistica sia del processo unitariamente considerato, sia dello specifico requisito che viene preso in considerazione» (R. POLI, *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, cit., 193).

Più voci hanno tuttavia evidenziato come – a prescindere beninteso dalla condivisione ideologica del dettato normativo – l'art. 246 c.p.c. sia posto a tutela del corretto convincimento del giudice, funzione di ordine pubblico che non può essere rimessa alla (tempestiva) eccezione delle parti²⁸.

Si è inoltre rilevato che ulteriore funzione di matrice pubblicistica della disposizione, del pari idonea a giustificare il rilievo officioso dell'incapacità, vada individuata nella tutela del testimone – parte potenziale perché titolare di un diritto o interesse che ne legittimerebbe l'intervento in giudizio –, chiamato a deporre con obbligo di verità sanzionato penalmente su fatti che possono senz'altro rilevare nell'accertamento della propria situazione giuridica soggettiva non ancora azionata²⁹.

Oltre a tali considerazioni, ritenere che l'incapacità del teste non sia sottratta al meccanismo di sanatoria soggettiva presuppone a ben vedere la risoluzione in una certa direzione di questioni di non poco momento.

In primo luogo, si deve accettare che l'eccezione di inammissibilità della parte interessata si atteggi a condizione necessaria per la pronuncia del giudice d'inammissibilità della prova: in altri termini, il giudizio di ammissibilità verrebbe condizionato all'istanza di parte, che sarebbe onerata di «attivarlo». La conclusione implicherebbe una lettura disinvolta dell'art. 183, comma 7, c.p.c. a tenore del quale «il giudice provvede sulle richieste istruttorie fissando l'udienza di cui all'articolo 184 per l'assunzione dei mezzi di prova ritenuti ammissibili e rilevanti», e dell'art. 245 c.p.c., in forza del quale il giudice «elimina i testimoni che non possono essere sentiti per legge». In effetti dalle disposizioni si evince l'attribuzione al giudice (e non alle parti) di un potere-dovere di valutare l'ammissibilità (e la rilevanza) della prova³⁰, esegesi che porterebbe a confermare l'esclusione ufficiosa delle prove inammissibili dal novero delle prove da assumere³¹.

²⁸ M. TARUFFO, voce *Prova testimoniale (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 738; V. ANDRIOLI, voce *Prova testimoniale (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, 338; A. DONDI, voce *Prova testimoniale nel processo civile*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., vol. XVI, Torino, 1997, 49; L. DITTRICH, *I limiti soggettivi della prova testimoniale*, Milano, 2000, 373 ss.; ID., *Le prove nel processo civile e arbitrale*, Milano, 2021, 295; A. RONCO, *Sulla rilevanza dei limiti oggettivi (e soggettivi) della prova testimoniale*, in *Giur. it.*, 2021, 870.

²⁹ L. DITTRICH, *I limiti soggettivi della prova testimoniale*, cit., 375; ID., *Le prove nel processo civile e arbitrale*, Milano, 2021, 321 e 322, che ravvisa inoltre la violazione dell'art. 3 Cost., considerato che la parte attuale del processo non ha alcun obbligo di verità, «mentre la parte potenziale, nonostante l'esistenza dell'art. 246 c.p.c., che lo esime dal rendere testimonianza, potrebbe trovarsi, a causa dell'inerzia (o la collusione) delle parti ad eccepire l'incapacità, a rendere una deposizione sotto giuramento potenzialmente a lui gravemente sfavorevole».

³⁰ In questo senso cfr. Cass., 20 marzo 1998, n. 2935, per la quale «il giudice di merito ha il potere-dovere di rilevare i casi di inammissibilità della prova [...], indipendentemente dall'istanza della parte interessata, fin quando la prova non

In secondo luogo, se si lega il rilievo di inammissibilità all'istanza della parte interessata, occorre altresì accettare che nei processi contumaciali il giudice (salvo inopportune diversificazioni, con la creazione di un regime *ad hoc* per i processi contumaciali) sia tenuto ad ammettere in ogni caso tutte le prove la cui inammissibilità trovi fondamento in una norma apprezzata a tutela delle sole parti³².

Ferme le criticità che precedono, può darsi conto delle conseguenze che la giurisprudenza trae dalla ritenuta natura relativa della nullità studiata.

È pacifica la necessità di eccepire la nullità della prova nel momento immediatamente successivo all'assunzione³³, senza che la preventiva eccezione di incapacità di testimoniare possa ritenersi comprensiva dell'eccezione di nullità della testimonianza comunque ammessa e assunta nonostante quella previa opposizione³⁴.

abbia avuto concreto inizio. Ed infatti, l'art. 184 c.p.c. (*in seguito alla l. 263/2005, art. 183 c.p.c.*), nello stabilire che il giudice ammette i mezzi di prova se ritiene che siano ammissibili e rilevanti, gli attribuisce un potere officioso di sindacare l'ammissibilità delle stesse»; conf. Cass., 27 gennaio 1981, n. 611. In dottrina, per questi rilievi, F. DE STEFANO, *L'istruzione della causa nel processo civile*, Padova, 1999, 286; L. MONTESANO – G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, I, 2, Padova, 2001, 1200; A. RONCO, *Sulla rilevabilità dei limiti oggettivi (e soggettivi) della prova testimoniale*, cit., 870.

³¹ Peraltro, l'elaborazione di un regime a corrente alternata – di modo che il rilievo officioso sarebbe consentito sino all'assunzione della prova, dopodiché la denuncia del vizio spetterebbe soltanto alla parte – sembra entrare in contraddizione con la predicata natura relativa della nullità e con la libera modificabilità e revocabilità delle ordinanze istruttorie.

³² In senso critico, considerata la posizione neutra accolta dal codice di rito nei confronti della parte contumace, A. RONCO, *op. ult. cit.*, 868 e 870. Sulla questione cfr. in giurisprudenza Cass., 18 luglio 2008, n. 19942; Cass., 9 gennaio 2002, n. 194; Cass., Sez. Un., 13 gennaio 1997, n. 264, per le quali se la parte interessata deve far valere le nullità (relative) della prova nella prima istanza o difesa successiva al loro verificarsi, ne deriva che «dette nullità non possono essere fatte valere in sede di impugnazione, per cui neppure alla parte contumace è consentito dedurre in tale sede l'inammissibilità della prova testimoniale, una volta che in primo grado la prova sia stata ammessa ed espletata senza opposizione».

³³ Oppure, in caso di assenza del procuratore della parte all'incombente istruttorio, entro la successiva udienza (*ex plurimis* Cass., 12 febbraio 2021, n. 3685).

³⁴ Così, tra i numerosi arresti giurisprudenziali, Cass., 20 aprile 2021, n. 10374; Cass., 19 agosto 2014, n. 18036; Cass., 7 agosto 2004, n. 15308; Cass., 1 luglio 2002, n. 9553. Si è evidenziato come l'indirizzo sia oltremodo rigoroso: cfr. R. CREVANI, *La prova testimoniale*, in M. TARUFFO (a cura di), *La prova nel processo civile*, Milano, 2012, 333, che ritiene l'interpretazione giurisprudenziale «irragionevolmente formalistica» e pur confidando in un rapido cambio di orientamento auspica che «all'eccezione di nullità possa equipararsi ad ogni effetto l'istanza di revoca dell'ordinanza ammissiva della testimonianza del soggetto incapace e, comunque, ogni difesa da cui possa desumersi che la parte non ritiene valida o utilizzabile la dichiarazione resa»; ID., *Commento all'art. 246 c.p.c.*, in M. TARUFFO (a cura di), *Istruzione probatoria*, in S.

Pur volendo qualificare la nullità in discussione come relativa, una conclusione simile non sembra coerente con la disciplina della nullità degli atti. Nell'ambito del singolo mezzo di prova costituenda, va infatti considerata l'esistenza di fasi tra loro concatenate, così che i vizi relativi a una specifica fase istruttoria, se non sanati, si ripercuotono *ex art.* 159 c.p.c. sulla validità dell'intero sub-procedimento istruttorio ed eventualmente dell'elemento probatorio formato³⁵: l'incapacità del teste si riverbera dunque sull'attività di deduzione, e per derivazione sull'ordinanza ammissiva e sulla successiva assunzione testimoniale³⁶. Pertanto, l'eccezione di incapacità testimoniale formulata prima dell'assunzione dovrebbe stimarsi idonea a denunciare la nullità dell'episodio istruttorio per difetto di un requisito, non potendo per contro fungere da mera riserva di eccepire una nullità soltanto potenziale e in attesa di realizzarsi con l'assunzione³⁷.

CHIARLONI (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, Bologna, 2014, 691; M. MONTANARI, *Spunti critici in tema di giurisprudenza sui divieti legali di prova testimoniale*, in *www.unicatt.it*, § 3, per il quale l'eccezione di nullità della prova ugualmente raccolta deve ritenersi implicita nell'eccezione di inammissibilità. Si v. infine Cass., 6 maggio 2020, n. 8528, per la precisazione che «l'eccezione di incapacità a deporre, sollevata nel rispetto dell'art. 157, comma 2, all'esito dell'escussione del teste si deve intendere come idonea manifestazione della proposizione di una eccezione di nullità della prova assunta»: ciò che rileva dunque è la posteriorità dell'eccezione rispetto all'assunzione e non già la terminologia utilizzata per proporre l'eccezione.

³⁵ Oltretutto, contrariamente ad altre disposizioni in materia di nullità degli atti processuali, l'art. 159 c.p.c. non contiene riferimenti ai soli requisiti di forma. La disposizione, quindi, sembra a maggior ragione applicabile anche ai vizi non incidenti sulla forma-contenuto dell'atto, e in particolare ai limiti di ammissibilità, i quali saranno idonei a viziare l'acquisizione probatoria. Deve tenersi altresì presente che nel propagarsi agli atti successivi la nullità conserverà la natura, assoluta o relativa, propria del vizio da cui è scaturita (L. MONTESANO – G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, I, 1, cit., 826).

³⁶ Portando alle estreme conseguenze l'applicazione dell'art. 157, comma 2, c.p.c. alla nullità studiata, dovrebbe allora dirsi che quest'ultima deve essere eccepita nell'istanza o difesa successiva alla deduzione testimoniale, primo atto che di regola presuppone il vizio. Nella pratica però non sempre il difensore è in grado di conoscere l'interesse che legittimerebbe un intervento in giudizio del terzo e così di formulare questa eccezione dopo l'indicazione *ex art.* 244 c.p.c. di fatti e testimoni, potendo a volte i profili di incapacità emergere in seguito e segnatamente all'udienza di escussione. In queste ipotesi, si realizzerebbe un'ulteriore complicazione della disciplina, dovendo giocoforza considerarsi tempestiva l'opposizione spiegata nella difesa successiva alla notizia della nullità dell'atto.

³⁷ In questa prospettiva, invece, Cass., 19 settembre 2013, n. 21443, in *Dir. & giust.*, 2013, 1322, con osservazioni di S. CALVETTI, *Inammissibilità della prova testimoniale da eccepire ex ante, la nullità, invece, ex post*, per la quale sarebbe opportuno «ragionare tenendo in considerazione il principio acquisitivo della prova. L'eccezione di inammissibilità della prova, infatti, opera *ex ante* per impedire un atto invalido. L'eccezione di nullità della prova assunta, invece, agisce *ex post*, per evitare che gli

Sempre con riferimento al regime consolidatosi nella prassi, va segnalata la sostanziale applicazione della seconda parte dell'art. 157, comma 3, c.p.c., a tenore del quale la nullità non può essere eccepita dalla parte «che vi ha rinunciato anche tacitamente». In particolare, il principio di rinuncia tacita ad eccepire la nullità trova applicazione con riferimento alla mancata reiterazione della stessa in sede di precisazione delle conclusioni. E infatti, la giurisprudenza richiede alla parte che abbia visto respinta (anche solo implicitamente) l'eccezione di nullità della prova testimoniale di reiterare la propria eccezione in sede di precisazione delle conclusioni, dovendo altrimenti la stessa ritenersi rinunciata³⁸. Tale onere viene rappresentato nella prassi come un ulteriore corollario della disciplina delle nullità relative; la presunzione di rinuncia che esso comporta non è di poca importanza se solo si rimanda all'improponibilità davanti al giudice d'appello della questione³⁹.

In conclusione, affiora il dubbio che attraverso l'attribuzione del carattere relativo alla nullità e l'elaborazione di un severo regime di riproposizione dell'eccezione all'interno dello stesso grado di giudizio, la

effetti della prova si consolidino. Valutabili in senso diacronico, detti interessi possono essere apprezzati in modo differente dalla medesima parte, la quale, valutata la prova, può ritenerne vantaggioso l'esito, che per il principio acquisitivo giova o nuoce indipendentemente da chi abbia dedotto il mezzo istruttorio».

³⁸ Cfr. Cass., 10 agosto 2016, n. 16886; Cass., Sez. Un., 23 settembre 2013, n. 21670; conf. Cass., 10 aprile 2012, n. 5643; Cass., 30 ottobre 2009, n. 23054; Cass., 30 luglio 2004, n. 14587; Cass., 24 novembre 2004, n. 22146, in *Foro it.*, 2005, I, 370, con osservazioni di C.M. BARONE e in *Guida dir.*, 2005, 2, 76; nella giurisprudenza di merito App. Firenze 6 ottobre 2014; Trib. Treviso 4 marzo 2015; Trib. Milano 10 giugno 2013; Trib. Modena 9 febbraio 2010, che considera tardivo il rilievo effettuato con la comparsa conclusionale. In senso critico su quest'indirizzo M. MONTANARI, *Spunti critici in tema di giurisprudenza sui divieti legali di prova testimoniale*, cit., § 3, secondo cui il semplice silenzio serbato dalla parte sulla nullità probatoria al momento della precisazione delle conclusioni non può essere considerato indice sufficiente a stimare rinunciata l'eccezione. Per l'A. tale silenzio dovrebbe se non altro trovare riscontro anche nella comparsa conclusionale.

³⁹ A parere della Suprema Corte questa chiave di lettura risulta oltretutto «rispondente al valore costituzionale del contraddittorio tra le parti e dello svolgimento dello stesso nel pieno dispiegamento del diritto di difesa, coordinato con la lealtà necessaria per l'esplicazione della difesa della controparte». L'importanza della precisazione delle conclusioni risiede proprio nella tutela del principio del contraddittorio, e in particolare nell'esigenza di ciascuna parte «di conoscere la formulazione definitiva e non più mutabile delle posizioni assunte dalle altre parti». Così ragionando, «ciò che è omissso nella precisazione delle conclusioni è corretto che si intenda rinunciato, rispetto alla controparte che non avrà l'esigenza di controdedurre su quanto non espressamente richiamato» (Cass., 27 aprile 2011, n. 9410; il principio è stato successivamente condiviso anche da Cass., 27 giugno 2012 n. 10748).

giurisprudenza raggiunga l'obiettivo di una indiretta (ma consistente) erosione del limite soggettivo della prova testimoniale, accrescendo a conti fatti i dati conoscitivi a disposizione del giudice⁴⁰.

4. – Come noto, tra le cause della nullità dell'atto debbono essere ricomprese anche le nullità derivate o «per estensione», che si verificano quando un atto (o una parte dell'atto) è invalido non per un proprio vizio

⁴⁰ Così A. RONCO, *Sulla rilevanza dei limiti oggettivi (e soggettivi) della prova testimoniale*, cit., 865 e 866; L. DITTRICH, *Le prove nel processo civile e arbitrale*, cit., 295. La tendenza caratterizza l'intero comparto probatorio e interessa, per rimanere in ambito testimoniale, anche i limiti oggettivi di ammissibilità della testimonianza, con (da ultimo) Cass., Sez. Un., 5 agosto 2020, n. 16723, che ha enunciato il seguente principio di diritto: «L'inammissibilità della prova testimoniale di un contratto che deve essere provato per iscritto, ai sensi dell'art. 2725 c.c., comma 1, 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 d'inammissibilità, la prova sia stata egualmente assunta, è onere della parte interessata opporre la nullità secondo le modalità dettate dall'art. 157 c.p.c., comma 2, rimanendo altrimenti la stessa ritualmente acquisita, senza che detta nullità possa più essere fatta valere in sede di impugnazione» (per un commento alla decisione, oltre al contributo di A. Ronco già citato in questa nota, si v. T.M. PEZZANI, *L'eccezione di inammissibilità della prova testimoniale per violazione dell'art. 2725, comma 1°, c.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, 685 ss.; G. TOTA, *Le Sezioni unite sul regime di rilevanza dei vizi derivanti dall'inosservanza del divieto di prova testimoniale di cui all'art. 2725, comma 1, c.c.*, in *www.judicium.it*).

All'aumento dei dati conoscitivi a disposizione dell'organo giudicante contribuisce un ulteriore e non secondario aspetto, che tutte le modalità di convalidazione soggettiva della nullità (relativa) esaminata condividono. Si è visto che la mancata eccezione di nullità comporta la sanatoria e l'impossibilità di rilevare successivamente il vizio. Per contro, l'omessa o intempestiva eccezione di inammissibilità e nullità della prova, così come la rinuncia ad eccepire la nullità, sono rilevabili officiosamente in ogni stato e grado del processo. Esemplificativa in questo senso Cass., 1 luglio 2002, n. 9553, per la quale diversamente «dalle disposizioni limitative della capacità dei testimoni, le quali sono dettate nell'esclusivo interesse delle parti, la sanatoria [...] della nullità della deposizione resa da teste incapace, per decadenza della parte interessata dalla facoltà di eccepire il vizio, risponde ad un principio di ordine pubblico, rappresentato dall'esigenza di speditezza del procedimento, i cui atti non possono restare esposti ad eccezioni di nullità per un periodo di tempo indefinito. La decadenza della parte dalla eccezione di nullità e la corrispondente sanatoria della nullità dell'atto sono, pertanto, rilevabili di ufficio dal giudice in ogni stato e grado del procedimento (salva la preclusione da giudicato) e possono, quindi, essere prospettate per la prima volta anche nel giudizio di cassazione»; conf. Cass., Sez. Un., 23 settembre 2013, n. 21670; Cass., 30 ottobre 2009, n. 23054. In definitiva, se il silenzio serbato dalla parte interessata a rilevare la nullità è utile alla controparte, viceversa, il silenzio serbato dalla parte interessata ad eccepire l'intempestiva (o la rinuncia alla) proposizione dell'eccezione di nullità ad opera dell'avversario non si rivela utile, non essendo configurabile una sanatoria per intervenuta decadenza ad eccepire la tardività dell'eccezione di nullità della prova.

bensì perché dipendente (e di regola successivo) da un atto (o da un segmento dell'atto) viziato⁴¹.

Si è detto che gli effetti della nullità si propagano internamente alla singola prova, considerata l'esistenza di fasi tra loro concatenate. Al contempo, tuttavia, ogni esperimento probatorio rappresenta un universo impermeabile alle nullità riguardanti gli altri mezzi istruttori che compongono complessivamente il mosaico probatorio⁴².

Pertanto, la nullità della testimonianza resa dal soggetto incapace – ma a questo punto dell'indagine il discorso può coinvolgere tutte le nullità probatorie – riguarda l'episodio istruttorio *uti singulus* e non può – di regola⁴³ – riversarsi su ulteriori prove.

Problematiche maggiori destano gli effetti espansivi «esterni»⁴⁴ delle nullità probatorie, ovvero l'idoneità delle nullità riguardanti gli atti istruttori a ripercuotersi sugli atti successivi e diversi, e in particolare sull'atto finale, cioè la sentenza.

⁴¹ L'art. 159 c.p.c., nel disporre che «la nullità di un atto non importa quella degli atti precedenti, né di quelli successivi che ne sono indipendenti», risponde a finalità di economia processuale e intende circoscrivere i confini e le conseguenze della nullità di un atto processuale, attuando il principio *utile per inutile non vitiatur*. Per l'inquadramento della norma quale espressione dei principi di economia processuale e di conservazione dell'atto cfr. L.P. COMOGLIO, *Il principio di economia processuale*, I, Padova, 1980, 167 ss.

⁴² «Ad es., l'ordinanza che ammetta a testimoniare A e B, se affetta da nullità per incapacità del teste A ex art. 246, conserverà valore per l'ammissione del teste B, immune da quella ragione di incapacità» (N. PICARDI, *op. cit.*, 271; identicamente F.P. LUIO, *Diritto processuale civile*, I, *Principi generali*, cit., 430: «la nullità nell'assunzione di un testimone non impedisce che l'assunzione degli altri testimoni sia pienamente valida ed efficace. Se ad es. un testimone era incapace di deporre (art. 246 c.p.c.), la prova testimoniale è invalida con riferimento a quel testimone e non agli altri»); F. DANOVÌ – L. SALVANESCHI, *Diritto processuale civile. I principi*, Milano, 2021, 407. Per un ulteriore e differente esempio cfr. ancora N. PICARDI, *op. cit.*, 272: «annullata la consulenza tecnica d'ufficio per mancato rispetto del contraddittorio, non ne seguirà la nullità della successiva ordinanza con la quale, nel corso della stessa istruzione probatoria, si siano chieste informazioni ex art. 213 su altro punto della vertenza e viceversa».

⁴³ In qualche caso limite è tuttavia legittimo chiedersi se una prova nulla possa contagiare un altro mezzo istruttorio. Si ponga l'esempio del teste incapace ex art. 246 c.p.c. che faccia riferimento nella propria deposizione a persone in grado di conoscere i fatti di causa e che grazie a questa indicazione venga disposta l'audizione del terzo ai sensi dell'art. 257 c.p.c. In base alla risoluzione della questione la deposizione del c.d. teste di riferimento potrà essere considerata validamente assunta oppure invalida.

⁴⁴ Per la distinzione tra effetti espansivi interni ed esterni all'atto processuale cfr. S. SATTA – C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, 2000, 245.

Se è certamente da escludere la sussistenza di un nesso di dipendenza con atti processuali diversi⁴⁵, occorre chiedersi se tale inidoneità a propagare effetti invalidanti sugli atti successivi venga confermata anche nel caso in cui il giudice assuma a fondamento della propria decisione una prova nulla, ossia una prova che sia il risultato di un atto di acquisizione viziato⁴⁶.

Se il quesito ha scarsa rilevanza avanti al giudice d'appello, ove l'eccezione di nullità della deposizione del teste incapace deve essere formulata con motivo di gravame, ovvero, se sollevata dalla parte vittoriosa in primo grado, da questa riproposta nel giudizio di gravame a norma dell'art. 346 c.p.c.⁴⁷, in sede di legittimità dalla risoluzione della questione prospettata dipende la (possibilità e) scelta del motivo di impugnazione della sentenza fondata sulla prova nulla⁴⁸.

⁴⁵ Cfr. *ex plurimis* V. DENTI, *Volontarietà e volontà nel trattamento degli atti processuali*, in ID., *Dall'azione al giudicato*, cit., 205 ss.; R. ORIANI, voce *Nullità degli atti processuali* I) *Diritto processuale civile*, cit., 13; G. MARTINETTO, *op. cit.*, 1625; F. MARELLI, *La conservazione degli atti invalidi nel processo civile*, cit., 68; G. TARZIA – F. DANOVÌ – L. SALVANESCHI, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, Milano, 2021, 12; L.P. COMOGGIO, *Forma e nullità degli atti*, in L.P. COMOGGIO – C. FERRI – M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, cit., 411; R. VACCARELLA, *Inattività della parti ed estinzione del processo di cognizione*, Napoli, 1975, 74 ss.; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 212.

⁴⁶ Per tale inidoneità G. MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, I, *Disposizioni generali. I processi di cognizione di primo grado. Le impugnazioni*, Padova, 2015, 306; B. CAVALLONE, *Critica della teoria delle prove atipiche*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, 733, nt. 146; G.F. RICCI, *Il giudizio civile di cassazione*, Torino, 2019, 168; ID., *Diritto processuale civile*, I, *Disposizioni generali*, Torino, 2017, 290, secondo cui gli atti istruttori «non sono atti di impulso processuale, ma si pongono quali eventi distinti e separati l'uno dall'altro, destinati unicamente a dare la dimostrazione del fatto, per cui i loro vizi si sostanziano nell'eliminazione della prova dalla trama dei restanti atti del processo e cioè nella loro semplice inefficacia al raggiungimento dello scopo. Non si pone pertanto per esse [...] il problema dell'estensione del vizio di cui all'art. 159, 1° comma»; C. BESSO, *Il processo civile. Nozioni generali*, Torino, 2015, 218, per la quale mentre gli atti propulsivi determinano l'invalidità degli atti posteriori, gli atti istruttori non operano in questo senso, «anzi rispetto ad essi [...] sarebbe più corretto parlare, anziché di nullità, di irrilevanza dell'atto viziato rispetto alla decisione»; F. AULETTA, *La nullità della relazione del consulente tecnico: un confronto tra principi di offensività del vizio e di coerenza nella difesa della parte*, in *Corr. giur.*, 2016, 262 e 263, con riferimento alla consulenza tecnica, afferma l'estendibilità della nullità all'atto finale (la relazione), ma esclude che la nullità possa propagarsi sino alla sentenza.

⁴⁷ *Ex multis* Cass., 23 novembre 2016, n. 23896; Cass., 29 marzo 2005, n. 6555; Cass., 26 maggio 1986, n. 3521; Cass., 9 febbraio 1973, n. 392.

⁴⁸ È utile osservare che il giudizio di fondatezza della censura per violazione dell'art. 246 c.p.c. risulta quasi sempre precluso dal regime di nullità descritto. Agli effetti dell'art. 366, comma 1, n. 6, c.p.c., il ricorrente deve infatti indicare di aver sollevato tempestiva eccezione di nullità della testimonianza e di aver riproposto la stessa eccezione nel prosieguo del giudizio, in sede di precisazione delle conclusioni

E infatti, se si esclude la propagazione dei vizi inerenti alle prove alla decisione finale, quest'ultima non sarà nulla, bensì ingiusta nel merito, proprio perché fondata su prove inefficaci⁴⁹. Ne deriva che non è possibile censurare *ex art. 360, n. 4, c.p.c.* la sentenza che sia fondata su una prova nulla perché tale vizio presuppone la nullità della sentenza o del procedimento⁵⁰.

Con la previgente formulazione del vizio di motivazione - «omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio» - la giurisprudenza, in sintonia con un orientamento dottrinale, riteneva in effetti che la sentenza fondata su risultanze istruttorie nulle non potesse dirsi anch'essa viziata in via derivata, bensì fosse carente sotto il profilo giustificativo e motivazionale. Più specificamente, «la nullità di un atto di acquisizione probatoria non incide sulla sentenza che da esso prescinda e non comporta, in ogni caso, la nullità (derivata) della stessa, atteso che i rapporti tra atto istruttorio nullo e sentenza non possono definirsi in termini di eventuale nullità derivata di quest'ultima, quanto, piuttosto, di giustificatezza o meno delle statuizioni in fatto della sentenza, la quale, in quanto fondata sulla prova nulla (che quindi non può essere utilizzata) o sulla esclusione di una prova con provvedimento nullo, è priva di (valida) motivazione, non già nulla a sua volta, atteso che l'atto istruttorio, puramente eventuale, non fa parte dell'indefettibile serie procedimentale che conduce alla sentenza ed il cui vizio determina la nullità, ma incide soltanto sul merito delle valutazioni (in fatto) compiute dal giudice, sindacabili in sede di legittimità esclusivamente nei limiti consentiti dall'art. 360, 1° comma, n. 5, c.p.c.⁵¹».

La Suprema Corte autorizzava quindi a censurare sotto il profilo motivazionale l'utilizzo da parte del giudice del merito di una prova nulla, fermo il limite rappresentato dal carattere di decisività del vizio, ovvero sia dalla sua idoneità a ripercuotersi in modo determinante sul dispositivo. In altri termini, la censura giustificativa veniva ammessa nel caso in cui fosse stata ritenuta decisiva una prova nulla, come tale insuscettibile di rientrare

e in appello (si v. tra le numerose pronunce Cass., 21 luglio 2021, n. 20917; Cass., 19 febbraio 2021, n. 4518; Cass., 12 febbraio 2021, n. 3685; Cass., 5 maggio 2020, n. 8478).

⁴⁹ Così G. MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, I, cit., 306.

⁵⁰ G.F. RICCI, *Il giudizio civile di cassazione*, cit., 168, per il quale, dunque, «la nullità di una prova sia che dipenda da vizi intrinseci (ad es. consulenza tecnica, in cui non sono stati notiziati i consulenti di parte o espletata in violazione dell'art. 195, terzo comma), che da vizi estrinseci (ad es. una prova ammessa nonostante sia stata dedotta oltre i termini di cui ai nn. 2 e 3 dell'art. 183), si esaurisce in se stessa» e il vizio rileverà tutt'al più secondo i criteri dei nn. 3 e 5 dell'art. 360 c.p.c.

⁵¹ Così Cass., 3 settembre 2014, n. 18587; conf. Cass., 11 marzo 2013, n. 5976; Cass., 27 luglio 2011, n. 16441; Cass., 28 luglio 2006, n. 17247; Cass., 23 settembre 2004, n. 19072.

nel coacervo probatorio idoneo a fondare la decisione⁵². In quest'ultimo caso l'omissione consisterebbe nel non aver motivato l'invalidità della prova e nel diverso esito a cui si sarebbe pervenuti ove per contro fosse stata correttamente sancita l'inefficacia della prova.

La sussunzione delle nullità istruttorie *sub* art. 360, n. 5, c.p.c., d'altro canto, non poteva e tuttora non può dirsi pacifica. Secondo un diverso indirizzo il vizio istruttorio andrebbe denunciato *ex* art. 360, n. 4, c.p.c., come *error in procedendo*. E infatti, benché non possa stabilirsi un nesso di dipendenza necessario tra atto probatorio e sentenza, tale nesso non può dirsi in assoluto inesistente ma potrà essere riscontrato in via eventuale. La dipendenza della sentenza dall'atto viziato non sarebbe *a priori* insussistente ma meramente eventuale, da accertarsi nel caso concreto, cosicché la sentenza risulterebbe viziata soltanto là dove l'atto istruttorio nullo venisse in concreto utilizzato dal giudice del merito. La circostanza che il vizio dell'atto di acquisizione probatoria non impedisca mai la decisione nel merito non esclude la nullità di quella specifica decisione che in concreto recepisca nella risoluzione della *quaestio facti* la prova viziata⁵³.

⁵² Cfr. Cass., 10 ottobre 2014, n. 21418, che ha ritenuto inammissibile per difetto di interesse processuale all'impugnazione il ricorso avverso la sentenza che aveva giudicato tardiva l'eccezione di inammissibilità della prova testimoniale *ex* art. 246 c.p.c., in quanto la testimonianza assunta non si era rivelata decisiva ai fini della decisione della controversia. Si v. poi Cass., 31 gennaio 2007, n. 2201, per la quale quando «con il ricorso per cassazione venga censurata l'ammissione, da parte del giudice del merito, di una prova in seguito regolarmente espletata è necessario che il ricorrente indichi le ragioni del carattere decisivo di tale mezzo istruttorio in ordine alla risoluzione della controversia giacché, per il principio di autosufficienza del ricorso, il controllo della decisività della prova che si assume illegittimamente ammessa ed assunta deve essere consentito alla Corte sulla base delle deduzioni contenute nell'atto impugnatorio, alle cui lacune non è possibile sopperire con indagini integrative».

⁵³ In questo senso G. TARZIA, *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 654 ss.; R. VACCARELLA, *Inattività delle parti ed estinzione del processo di cognizione*, cit., 75; ID., *Lezioni sul processo civile di cognizione. Il giudizio di primo grado e le impugnazioni*, Bologna, 2006, 233 ss.; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 212: «la nullità di un atto di acquisizione probatoria non si estende agli altri atti del procedimento e incide sulla validità della sentenza solo se questa prende in considerazione la prova acquisita in modo nullo»; G. VERDE, *Diritto processuale civile 2. Processo di cognizione*, agg. a cura di F. AULETTA – G.P. CALIFANO – G. DELLA PIETRA – N. RASCIO, Bologna, 2015, 243, per il quale al motivo n. 4 andrebbero ricondotte «sia l'ipotesi in cui il giudice si sia avvalso per la ricostruzione del fatto di prove inammissibili, sia l'ipotesi in cui abbia escluso prove, ritenendole erroneamente irrilevanti o inammissibili; e ciò sempre che la corte giudichi che l'errore sia stato o possa essere stato decisivo»; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile, I, Principi generali*, cit., 430, per il quale vi sono «due ipotesi in presenza delle quali un processo, in cui è presente un atto nullo, non produce a sua volta una sentenza nulla. La prima ipotesi è fisiologica e si ha quando il giudice riconosce che l'atto è nullo e

In questo senso, peraltro, si orientano alcuni (meno recenti) arresti di legittimità⁵⁴.

In tale scenario si innesta la modifica dell'art. 360, n. 5, c.p.c. ad opera dell'art. 54 del d.l. n. 83/2012, convertito in l. n. 134/2012. Nel sistema attuale, a una parte della dottrina è sembrato ragionevole ricondurre l'erroneo impiego di una prova invalida all'«omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio»: l'omissione sarebbe in questo caso integrata dal non aver considerato correttamente la circostanza impeditiva all'impiego della prova⁵⁵.

quindi non ne tiene conto nella decisione. Ad es., è stato assunto un testimone che non poteva deporre, il giudice riconosce tale invalidità, e non tiene conto delle dichiarazioni di quel testimone. L'altra ipotesi si ha quando di fatto l'atto nullo non è utilizzato dal giudice, ancorché il giudice non ne dichiari espressamente la nullità»; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *Profili generali*, Torino, 2010, 291, 292, che considera in via derivata illegittima, ovverosia emessa in violazione di norme processuali, la sentenza fondata su assunzioni probatorie invalide; seppur con riferimento alla sola consulenza tecnica, A. LEVONI, *Le disposizioni di attuazione del codice di procedura civile*, Milano, 1992, 222.

Autorevole dottrina considera invece la violazione delle regole probatorie deducibile ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c. (E.F. RICCI, *Il giudizio civile di rinvio*, Milano, 1967, 77 e 78; E. FAZZALARI, *Il giudizio civile di cassazione*, Milano, 1960, 66; V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, 859; M. ZULBERTI, *Le impugnazioni delle decisioni equitative*, Torino, 2018, 135 ss.; ad avviso di L. LOMBARDO, *Il sindacato di legittimità della corte di cassazione*, Torino, 2015, 168, nt. 83, «fanno eccezione a questo inquadramento tra gli *errores in iudicando* ex art. 360 n. 3 cod. proc. civ. le violazioni delle disposizioni che disciplinano l'assunzione delle prove»). Per questa lettura, in giurisprudenza, Cass., 19 marzo 2014, n. 6332, secondo cui le norme poste dal codice civile in materia d'onere della prova e di ammissibilità attengono al diritto sostanziale, sicché la loro violazione integra un *error in iudicando*, e non in *procedendo*; conf. Cass., 4 febbraio 2000, n. 1247.

⁵⁴ Cfr. in particolare Cass., 15 dicembre 2003, n. 19186, a tenore della quale se il giudice, non rilevando l'intervenuta decadenza, fonda la propria decisione su una prova tardivamente acquisita al processo, la sentenza così pronunciata sarebbe affetta da nullità derivante dalla violazione di una norma sul procedimento; Cass., 18 marzo 2003, n. 3989, per la quale «in base al principio contenuto nell'art. 159 c.p.c., la nullità del singolo atto processuale dà luogo alla nullità della sentenza solo se posta in rapporto di dipendenza con l'atto nullo e, in particolare, l'eventuale nullità di una prova non comporta la nullità della sentenza adottata a definizione della controversia nella quale è stata assunta se la decisione finale della controversia non è in alcun modo fondata su detta prova»; Cass., 17 maggio 1999, n. 4796, in *Giust. civ.*, 1999, I, 2659, con nota di C. ASPRELLA, secondo cui «l'escussione di un teste da parte del giudice di pace in assenza dei difensori delle parti dà luogo a nullità insanabile della prova per violazione del principio del contraddittorio. Tale vizio, attinente alla violazione di regole processuali, è deducibile con il ricorso per cassazione» a meno che «la decisione non abbia preso in considerazione detta prova».

⁵⁵ G.F. RICCI, *Il giudizio civile di cassazione*, cit., 207.

Questa chiave di lettura appare tuttavia smentita dagli interventi della giurisprudenza di legittimità, che ha interpretato la riformulazione dell'art. 360, n. 5, c.p.c. in termini restrittivi. In particolare, ad avviso della Suprema Corte, la nuova versione della disposizione comporterebbe «la riduzione al minimo costituzionale del sindacato sulla motivazione in sede di giudizio di legittimità», con la conseguente possibilità di denunciare esclusivamente l'anomalia motivazionale «che si tramuta in violazione di legge costituzionalmente rilevante e attiene all'esistenza della motivazione in sé, come risulta dal testo della sentenza e prescindendo dal confronto con le risultanze processuali, e si esaurisce, con esclusione di alcuna rilevanza del difetto di "sufficienza", nella "mancanza assoluta di motivi sotto l'aspetto materiale e grafico", nella "motivazione apparente", nel "contrasto irriducibile fra affermazioni inconciliabili", nella "motivazione perplessa ed obiettivamente incomprensibile"». Ancora, «il nuovo testo dell'art. 360 c.p.c., n. 5), introduce nell'ordinamento un vizio specifico che concerne l'omesso esame di un fatto storico, principale o secondario, la cui esistenza risulti dal testo della sentenza o dagli atti processuali, che abbia costituito oggetto di discussione tra le parti e abbia carattere decisivo (vale a dire che se esaminato avrebbe determinato un esito diverso della controversia)». Tuttavia – prosegue la Corte di cassazione – «l'omesso esame di elementi istruttori non integra di per sé vizio di omesso esame di un fatto decisivo, se il fatto storico rilevante in causa sia stato comunque preso in considerazione dal giudice, benché la sentenza non abbia dato conto di tutte le risultanze probatorie⁵⁶».

Non sembra che il precedente indirizzo giurisprudenziale possa trovare conferma nel modello interpretativo così proposto dalla Cassazione e che la denuncia di invalidità della prova riesca a trovare sfogo in ciò che resta del vizio motivazionale *ex art.* 360, n. 5, c.p.c.⁵⁷.

⁵⁶ I passaggi citati nel testo si riferiscono a Cass., Sez. Un., 7 aprile 2014, n. 8053; le espressioni utilizzate sono state in seguito riprese ad es. da Cass., Sez. Un., 20 ottobre 2015, n. 21216; Cass., 5 ottobre 2017, n. 23323; Cass., Sez. Un., 18 aprile 2018, n. 9558; Cass., sez. un., 31 dicembre 2018, n. 33679; Cass., 8 febbraio 2021, n. 2968.

⁵⁷ Tra gli innumerevoli contributi dedicati alla nuova versione dell'art. 360, n. 5, c.p.c., cfr. C. CONSOLO, *Nuovi ed indesiderabili esercizi normativi sul processo civile: le impugnazioni a rischio di "svaporamento"*, in *Corr. giur.*, 2012, 1139 ss.; M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza: riforme in peius*, in *Lav. e dir.*, 2014, 380; F. PORCELLI, *Sul vizio di «omesso esame circa un fatto decisivo»*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 1594 ss.; L. LOMBARDO, *Il sindacato di legittimità della corte di cassazione*, Torino, 2015, 184 ss.; C. DI IASI, *Il sindacato della Cassazione sulla motivazione*, in M. ACIERNO – P. CURZIO – A. GIUSTI (a cura di), *La Cassazione civile*, Bari, 2015, 331 ss.; L. PASSANANTE, *Le sezioni unite riducono al «minimo costituzionale» il sindacato di legittimità sulla motivazione della sentenza civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 179 ss.; B. SASSANI, *Variations sérieuses sul riesame della motivazione*, in *www.judicium.it*; G. RAITI, *Il nuovo art. 360, n. 5, c.p.c.: l'omesso esame di un fatto «oggetto di discussione fra le parti»*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 1440 ss.; A. SALETTI, *Il*

A maggior ragione, dunque, si rende opportuno l'inquadramento delle nullità probatorie – anche se scaturenti dalla fase di ammissione, come quella in discussione⁵⁸ – tra gli *errores in procedendo*⁵⁹, rifuggendo il pericolo che una sentenza fondata su prove nulle (e in ipotesi persino soltanto su queste) sia incensurabile in sede di legittimità⁶⁰.

La denuncia di incapacità del teste non può comunque cagionare la nullità della sentenza se quest'ultima non ha preso in considerazione la deposizione. Per rendere effettivo questo scrutinio è fondamentale valorizzare, in controtendenza rispetto agli impulsi del recente passato, il ruolo (costituzionale) della motivazione, almeno con riguardo alle prove poste effettivamente a fondamento della decisione⁶¹.

Meno agevole è comprendere se l'utilizzo della prova viziata sia sufficiente a invalidare la sentenza, oppure occorra a tale scopo altresì ponderare il ruolo, decisivo o meno, della prova viziata nella risoluzione della questione di fatto⁶². L'esito sarebbe in questo modo non distante dal

controllo della motivazione della sentenza nel giudizio di cassazione, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 965 ss.; A. SCARPA, *Il nuovo art. 360 n. 5 c.p.c. nell'applicazione giurisprudenziale*, in *Giust. civ.*, 2018, 925 ss.

⁵⁸ Del resto, la qualificazione come *error in procedendo* di un vizio nell'ammissione della prova è adoperata dalla Suprema Corte per il giudizio di indispensabilità della prova richiesto dalla previgente formulazione dell'art. 345, comma 3, c.p.c. e dagli artt. 437, comma 2, e 702-*quater* c.p.c. (cfr. Cass., 30 settembre 2020, n. 20870; Cass., 29 settembre 2020, n. 20525).

⁵⁹ Cfr. L. PASSANANTE, *La prova illecita nel processo civile*, cit., 205, secondo cui, in seguito alla riforma dell'art. 360, n. 5, c.p.c., potrebbe rivelarsi attuale l'inquadramento dei vizi istruttori tra gli *errores in procedendo*.

⁶⁰ Proprio con riguardo all'art. 246 c.p.c. e alla censura di omessa motivazione per non essersi il giudice del merito espresso sull'eccezione di incapacità a testimoniare, Cass., 1 agosto 2017, n. 19144, esclude la deducibilità in cassazione ai sensi dell'art. 360, n. 5, c.p.c.

⁶¹ Non è pertanto soddisfacente un richiamo acritico o superficiale alle risultanze istruttorie. È l'autorevole e attuale insegnamento di G. TARZIA, *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 654 ss., secondo cui è preferibile optare per la deducibilità in cassazione *ex art.* 360, n. 4, c.p.c. anche perché la giurisprudenza si accontenta di una motivazione sintetica sul fatto, e non si cura di scendere in una motivazione analitica sui singoli mezzi di prova (se non altro dei mezzi di prova effettivamente assunti a fondamento della decisione), legittimando un richiamo generale e indiscriminato alle risultanze probatorie emerse nel corso del processo. Questa circostanza comporta una sostanziale «assenza di tutela contro la effettiva valorizzazione, nel momento del giudizio, della prova inammissibile o irregolare».

⁶² Recentemente, Cass., 21 dicembre 2021, n. 41030, pare in effetti orientata in questa direzione, laddove afferma l'erroneità della sentenza impugnata «per avere respinto l'eccezione di incapacità del teste sollevata dall'appellato e quindi per avere tenuto conto, ai fini della ricostruzione dei rapporti intercorsi tra le parti, conferendole un autonomo rilievo in termini di decisività, della dichiarazione

precedente approdo giurisprudenziale, con il vantaggio di sottrarre il vizio istruttorio al controverso art. 360, n. 5, c.p.c. (ma con il perdurante e inevitabile rischio di sconfinamenti nel merito).

Percorrendo questa strada, si realizzerebbe inoltre un accostamento a quanto avviene nel processo penale, ove l'art. 606, lett. c), c.p.p. annovera tra gli *errores in procedendo* denunciabili in cassazione l'inosservanza delle norme stabilite a pena di inutilizzabilità della prova⁶³ e l'interpolazione giurisprudenziale esige che il ricorrente, oltre a denunciare l'invalidità probatoria, superi la cosiddetta «prova di resistenza», ossia dimostri nel motivo di impugnazione l'incidenza dell'eventuale eliminazione dell'elemento probatorio invalido, considerato che «gli elementi di prova acquisiti illegittimamente diventano ininfluenti se, nonostante la loro espunzione, le residue risultanze risultino sufficienti a giustificare l'identico convincimento⁶⁴».

Occorre tuttavia evidenziare, da ultimo, che un simile ragionamento, pur avendo il pregio di salvaguardare la legalità istruttoria senza rinunciare

testimoniale del teste incapace, fondando così il proprio convincimento su una prova nulla».

⁶³ Giova ricordare che nel vigente codice di procedura penale sia l'inosservanza delle norme processuali stabilite a pena di nullità sia quelle stabilite a pena di inutilizzabilità (e dunque – a prescindere dallo spazio applicativo delle due patologie – sia le norme relative all'*an* che quelle relative al *quomodo* della prova) sono deducibili in Cassazione, quali *errores in procedendo*, mediante un unico motivo di ricorso (art. 606, lett. c, c.p.p.). Sul tema è condivisibile il pensiero di A. NAPPI, *Il sindacato di legittimità nei giudizi civili e penali di cassazione*, Torino, 2006, 113 ss., per il quale non è ipotizzabile «che la violazione delle regole di esclusione delle prove assuma una rilevanza differenziata nei giudizi civili e penali di cassazione».

⁶⁴ Così, *ex plurimis*, Cass. pen., 24 settembre 2020, n. 37803; Cass. pen., 6 ottobre 2020, n. 31823; Cass. pen., 11 maggio 2017, n. 30271; Cass. pen., 18 novembre 2016, n. 7986. Tale dimostrazione aggiuntiva richiesta dalla prassi è criticata, tra gli altri, da O. MAZZA, *Il crepuscolo della legalità processuale al tempo del giusto processo*, in *Studi senesi*, 2017, 121, per il quale la Suprema Corte, «a fronte di una censura di mero diritto (art. 606 comma 1 lett. c c.p.p.), si arroga il potere di valutare il fatto o meglio di rivalutare le prove con logica controfattuale. Quando la sentenza si fonda su una prova inutilizzabile, la stessa è invalida e va sostituita da una nuova pronuncia (di merito) che, esclusa la prova inutilizzabile dall'orizzonte decisorio, rivaluti il restante compendio probatorio». Sull'argomento cfr. inoltre le riflessioni trasversali di A. NAPPI, *Il sindacato di legittimità nei giudizi civili e penali di cassazione*, cit., 116, secondo cui «poiché l'invalidità di una prova può incidere su una decisione solo in quanto ne invalidi il giudizio di fatto, che nel giudizio di legittimità può essere sindacato solo nei limiti della sua giustificazione, ne consegue che, accertata l'esistenza di un tale *error in procedendo*, ne deve essere verificata la rilevanza, mediante un controllo sulla motivazione della decisione sul fatto. Occorre verificare, cioè, se la motivazione in fatto argomenti effettivamente sulla base della prova inutilizzabile; ed eventualmente se, pur prescindendo dalla prova inutilizzabile cui effettivamente si riferisca, residui una motivazione idonea a giustificare la decisione sul fatto».

a sindacare l'effettiva incidenza del vizio sulla sentenza, esige sul piano pratico una compiuta valorizzazione in motivazione del grado di efficacia e della forza persuasiva di ogni singola prova.

Abstract

THE NULLITY OF TESTIMONY GIVEN BY AN INCAPABLE PERSON

Lo scritto esamina il fenomeno della nullità della testimonianza resa da persona incapace ai sensi dell'art. 246 c.p.c. L'indagine approva i presupposti sistematici da cui la giurisprudenza prende le mosse, ma al contempo evidenzia le criticità del regime di nullità congegnato, con attenzione altresì al problema della denuncia del vizio probatorio dinanzi alla Suprema Corte.

The aim of this paper is to explore the matter of nullity of a testimony given by a incapable person pursuant to Art. 246 of the Italian Code of Civil Procedure. This analysis embraces the systematic premises the Italian jurisprudence takes steps from, but at the same time it reveals some criticalities concerning the legal regime of nullities as currently designed, focusing moreover on the problematic issues pertaining to the claim of evidentiary faults before the Supreme Court.
