

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. VITRONE Ugo	- Presidente -
Dott. SALVAGO Salvatore	- Consigliere -
Dott. CULTRERA Maria Rosaria	- rel. Consigliere -
Dott. DI VIRGILIO Rosa Maria	- Consigliere -
Dott. CRISTIANO Magda	- Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso proposto da:

L.M. (c.f. (OMISSIS)), elettivamente domiciliato in
ROMA, VIA FLAMINIA 109, presso l'avvocato BERTOLONE BIAGIO,
che lo
rappresenta e difende unitamente all'avvocato ROCCELLA
ARMANDO,
giusta procura a margine del ricorso;

- ricorrente -

contro

FALLIMENTO C.L.U.B. 01 S.R.L. (p.i. (OMISSIS)), in persona del
Curatore dott. G.S., elettivamente domiciliato in ROMA,
VIA PIERLUIGI DA PALESTRINA 63, presso l'avvocato CONTALDI
MARIO, che
lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato LICONTI FRANCESCO,

giusta procura a margine del controricorso;

- controricorrente -

avverso il decreto n. 22/2009 del TRIBUNALE di GENOVA, depositato il 24/09/2009;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 21/02/2012 dal Consigliere Dott. MARIA ROSARIA CULTRERA;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. SGROI Carmelo che ha concluso per il rigetto del ricorso.

(Torna su) FATTO

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

L.M. con atto d'opposizione proposto innanzi al Tribunale di Genova con ricorso del 24.3.2009 ha chiesto ammettersi allo stato passivo del fallimento CLUB 1 il suo credito relativo a spettanze di lavoro, escluso dal giudice delegato, sostenendo che gli acconti già percepiti si riferivano a crediti maturati verso la società fallita nel periodo non regolarizzato dal luglio 2007 al giugno 2008. Il Tribunale non ha ammesso le prove testimoniali articolate dall'opponente, rilevando l'incapacità a testimoniare dei testi indicati, colleghi di lavoro dell'istante già insinuati allo stato passivo ed in quanto tali portatori di un interesse a partecipare al giudizio a mente dell'art. 246 c.p.c., ed ha quindi respinto l'opposizione. Il L. ha impugnato per cassazione la statuizione con due motivi.

Ha resistito il curatore del fallimento intimato chiedendo il rigetto del ricorso.

Depositata relazione ex art. 380 bic c.p.c. per la trattazione camerale del ricorso, è stata disposta la rimessione degli atti alla pubblica udienza per la discussione.

Il fallimento ha depositato infine memoria difensiva ai sensi dell'art. 378 c.p.c..

DIRITTO

MOTIVI DELLA DECISIONE

Il ricorrente col primo motivo denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 246 c.p.c. e della L. Fall., art. 99, nn. 4 e 5 e pone la questione di diritto se sussiste incapacità a testimoniare nel giudizio d'opposizione allo stato passivo dei creditori il cui credito sia già stato ammesso allo stato passivo.

Il ricorrente ascrive al Tribunale di Genova d'aver erroneamente ritenuto i testi indicati, suoi colleghi di lavoro, portatori d'interesse che li avrebbe legittimati all'intervento nel giudizio, ostantivo alla loro escussione ai sensi dell'art. 246 c.p.c. che non discende "ex se" dalla comune posizione di dipendente della fallita, ciascuno, titolare di autonoma posizione, avendo essi presentato autonoma domanda. Il loro interesse alla lite comunque avrebbe dovuto essere valutato autonomamente ed in concreto.

Il resistente deduce l'infondatezza del motivo. Secondo quanto afferma il Tribunale di Genova, i testi indicati dall'opponente versano nella condizione d'incapacità predicata dall'art. 246 c.p.c. in ragione dell'interesse personale che ne legittimerebbe l'intervento in giudizio, derivante dall'ammissione chiesta ed ottenuta del loro credito per spettanze lavorative allo stato passivo

del medesimo fallimento. La decisione, fondatamente censurata dall'opponente, fa malgoverno del precetto normativo richiamato, che prevedendo testualmente l'incapacità a testimoniare di chi è portatore di un interesse che potrebbe legittimarne la partecipazione al giudizio, fonda l'affermata antinomia sulla tradizionale incompatibilità, tipica del nostro ordinamento, tra la qualità di teste, in quanto tale estraneo ai fatti di causa, e quella di parte, secondo il brocardo *nemo testis in causa propria*. La ratio legis, secondo l'insegnamento della Corte delle leggi - Cost. n. 248/1974, n. 62/1995, n. 143/2009-, mira infatti ad impedire che il giudicato si formi col contributo del soggetto chiamato a deporre che, secondo le regole del diritto sostanziale, potrebbe invocarne l'efficacia diretta o riflessa, stante il suo diretto coinvolgimento nel rapporto sostanziale controverso (cfr. per tutte Cass. n. 11314/2010, 27 febbraio 2007 n. 4500, lo aprile 1995, n. 3846). Preclusa ogni interpretazione estensiva del divieto, siccome non è configurabile nell'ordinamento vigente un divieto generale di testimonianza (Cass. n. 2651/2005, 9015/2009, 3051/2011), la qualità soggettiva del testimone e la posizione giuridica rispetto all'oggetto del giudizio che potrebbero fondarne l'incapacità a rendere deposizione testimoniale, presuppongono che di volta in volta il giudice accerti se sussista un interesse del teste indicato che interferisce direttamente nel processo, connotato in quanto tale in senso personale, concreto ed attuale, sì che ne possa legittimare la partecipazione mediante intervento, principale o adesivo.

Rappresentando un aspetto dell'interesse ad agire richiesto dall'art. 100 c.p.c., che deve essere verificato da parte del giudice in concreto, in relazione alla situazione giuridica risultante dal thema disputandum, la relativa valutazione non può essere condotta aprioristicamente, tanto meno per categorie astratte, ma tenendo conto della condizione che comporterebbe la legittimazione principale a proporre il giudizio o quella secondaria ad intervenire, non identificabile con l'interesse di mero fatto alla definizione della questione dibattuta che, certamente non priva di rilievo, afferisce tuttavia all'attendibilità del testimone, dunque alla veridicità della sua deposizione che deve essere valutata discrezionalmente dal giudice alla stregua di elementi oggettivi e soggettivi. Il corollario esclude l'incapacità a deporre del creditore, concorrente nella medesima procedura fallimentare, fondata su giudizio aprioristico, formulato ex ante in base ad un automatismo riferito all'astratta categoria cui il teste appartiene, dal momento che tale condizione non legittima ex se detto soggetto ad interloquire in ordine all'esclusione dal concorso di altro creditore in un giudizio, qual è quello d'opposizione allo stato passivo, la cui dinamica processuale si attua tra l'opponente ed il curatore fallimentare. Al di fuori del caso in cui intenda impugnare il credito ammesso, azionando i rimedi già previsti dalla L. Fall., artt. 100 e 102, nel testo abrogato ed ora confluiti nell'art. 98, il creditore concorrente, posto nella posizione di qualunque altro interessato dal disposto della L. Fall., art. 99, comma 8, nel testo riformato, non ha a priori interesse a proporre la stessa domanda del creditore escluso, nè tanto meno a contraddirvi. A questa costruzione esegetica non si è

attenuto il Tribunale di Genova che ha affermato nel decreto impugnato l'incapacità a testimoniare del teste indicato dall'opponente in ragione della sua qualità di creditore già ammesso al passivo, pertanto concorrente, supponendo l'esistenza del suo interesse a partecipare al giudizio d'opposizione sulla base di un giudizio privo di necessario, concreto e previo riscontro condotto nei sensi indicati in premessa, perciò aprioristico e dunque non conforme al dettato dell'art. 246 c.p.c..

Il motivo merita pertanto accoglimento. Resta assorbita l'altro mezzo che propone analoga questione in chiave motivazionale.

Ne discende la cassazione dell'impugnato decreto con rinvio al Tribunale di Genova che provvederà sull'opposizione attenendosi al principio secondo cui i creditori concorrenti non versano in quanto tali nella condizione d'incapacità a testimoniare nel giudizio d'opposizione allo stato passivo della medesima procedura introdotto da creditore escluso in relazione ad analoga posizione creditoria, occorrendo valutare in concreto se sussiste il loro interesse personale, concreto ed attuale a partecipare al giudizio, e provvederà altresì alla regolamentazione delle spese della presente fase processuale.

P.Q.M.

La Corte:

accoglie il 1 motivo del ricorso e dichiara assorbito il 2; cassa il decreto impugnato e rinvia anche per le spese del presente giudizio al Tribunale di Genova in diversa composizione.

Così deciso in Roma, il 21 febbraio 2012.

Depositato in Cancelleria il 4 maggio 2012