

PROVA TESTIMONIALE E CONSULENZA TECNICA D'UFFICIO¹

LA PROVA TESTIMONIALE

Nozione e caratteristiche generali della prova testimoniale

La testimonianza consiste nell'esposizione di fatti rilevanti per la decisione della lite resa da un terzo avanti al giudice, in contraddittorio tra le parti².

In ossequio al risalente principio *nemo testis in causa propria*, la prima caratteristica del mezzo istruttorio in esame che emerge alla luce della predetta definizione è l'incompatibilità della posizione processuale di parte con quella di testimone³.

La testimonianza, inoltre, deve essere resa in giudizio, dinanzi al giudice, nel contraddittorio tra le parti. Ciò comporta che vanno escluse dall'ambito della prova testimoniale le dichiarazioni stragiudiziali, anche se

¹ La presente relazione è stata predisposta per l'incontro di studi riservato agli Uditori Giudiziari nominati con D.M. 12/7/99, svoltosi a Roma, nei giorni 6 – 10 marzo 2000.

² La definizione è data da Itri – Sandulli, in *Codice di procedura civile commentato* a cura di Romano Vaccarella e Giovanni Verde.

³ Come evidenziato da Taruffo, *Prova testimoniale (diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia del Diritto*, trattasi di incompatibilità non assoluta, sia perché in altri ordinamenti – quelli di *Common Law* – la testimonianza della parte è fenomeno comune, sia perché il nostro ordinamento ammette l'utilizzo del sapere delle parti come fonte di prova. Per la recente Cass. n. 7028/98, il principio di inconciliabilità della veste di testimone con quella di parte, enunciato con riferimento alle persone fisiche, ha una portata minore per quel che concerne le persone giuridiche; conseguentemente, ferma restando l'incapacità a testimoniare della persona fisica che per statuto abbia la rappresentanza legale della società, l'eccezione di nullità della testimonianza resa dalla medesima deve comunque essere proposta al più tardi dopo la sua assunzione (o all'udienza successiva, in caso di mancata presenza del procuratore della parte interessata).

rese dinanzi ad un notaio⁴, ovvero nelle forme dell'atto notorio, atteso che attribuire ad esse rango di prova significherebbe consentire alla elusione delle norme che nel processo disciplinano la deduzione della prova per testimoni e la sua assunzione⁵.

Infine, la prova testimoniale deve avere ad oggetto fatti e non apprezzamenti o giudizi. La predetta regola deve essere intesa nel senso che la testimonianza non può tradursi in una interpretazione del tutto soggettiva dei fatti, ma sono consentiti quegli apprezzamenti che non sia possibile scindere dalla deposizione dei fatti, rimanendo affidato al giudice che procede all'escussione del teste, di impedire inammissibili valutazioni personali⁶, pur tenendo conto che la rappresentazione dei fatti fornita al giudice è sempre il risultato di una rielaborazione personale del testimone⁷.

Si discute in ordine all'ammissibilità del cd. testimone tecnico, ossia di colui che non può narrare adeguatamente i fatti su cui è interrogato senza utilizzare norme e principi che permettono un'organizzazione intellettuale

⁴ Per tale ultimo aspetto, vedi Andrioli, *Prova testimoniale (diritto processuale civile)*, in *Novissimo Digesto Italiano*.

⁵ Cass. n. 12383/93.

⁶ Così Cass. n. 2435/90.

⁷ Per Converso, *Le prove: interrogatorio formale, confessione, le prove per testimoni e per presunzioni, le prove documentali, i giuramenti, le prove acquisite in altri processi, il notorio, il rendimento del conto*, in *La prova nel processo civile*, Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura, 1999, n. 108, occorre usare la massima prudenza in sede di ammissione della prova, dal momento che può accadere di eliminare, sotto la specie di *valutazione*, un'informazione preziosa per la ricostruzione delle vicende essenziali alla decisione. Secondo Razete, *L'attività istruttoria. In particolare i poteri del giudice e delle parti*, sempre in *La prova nel processo civile*, Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura, 1999, n. 108, il giudice non solo ha sempre il potere di emendare singoli capitoli di prova dalle preposizioni inammissibili ed ininfluenti ai fini della decisione, ma, nell'ambito dell'esercizio delle sue funzioni di direzione del processo, può anche evidenziare alle parti eventuali profili di inammissibilità ed irrilevanza della prova dedotta negli atti introduttivi e/o nei verbali di causa per consentirne la riformulazione con le note istruttorie *ex art. 184*.

dell'esperienza che esula dalla cultura comune⁸. Va condivisa la soluzione positiva al predetto quesito qualora l'apprezzamento tecnico demandato al teste sia strettamente collegato all'indicazione di dati obiettivi e alla descrizione delle modalità specifiche della situazione concreta direttamente percepite o rilevate dallo stesso testimone; va, invece, esclusa la deposizione del *testimone tecnico* se volta soltanto all'enunciazione delle regole tecniche per la valutazione dei fatti, spettando detta individuazione soltanto al giudice, che ricorre al consulente tecnico ove esse non rientrino nella sua "scienza privata"⁹.

Le deposizioni testimoniali hanno valore di prova solo in ordine a quanto fu sottoposto alla diretta percezione fisica del teste. E' controverso, pertanto, il valore da attribuire alla deposizione *de relato*, ossia quella in cui il teste non riferisce fatti da lui direttamente conosciuti, ma accadimenti appresi da altre persone. Da condividere è, in proposito, quanto indicato di recente dalla Suprema Corte, secondo la quale occorre distinguere tra i testimoni *de relato actoris* e quelli *de relato* in genere: i primi depongono su fatti e circostanze di cui sono stati informati dal soggetto medesimo che ha proposto il giudizio, così che la rilevanza del loro assunto è sostanzialmente nulla in quanto vertente sul fatto della dichiarazione di una parte del giudizio e non sul fatto oggetto dell'accertamento, che costituisce il fondamento storico della pretesa; i secondi depongono, invece, su circostanze che hanno

⁸ In senso favorevole, Laudisa, *Prova testimoniale (diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia Giuridica Italiana*; *contra*, Andrioli, *op. cit.*, per il quale il *testimonio tecnico* è un consulente mancato, in quanto il giudice in luogo di ammettere la consulenza, quale mezzo di prova teoricamente più idoneo, ha disposto una prova testimoniale.

⁹ Così Corder, *La prova per testimoni*, in *La prova nel processo civile*, Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura, 1999, n. 108

appreso da persone estranee al giudizio, quindi sul fatto della dichiarazione di costoro, e la rilevanza delle loro deposizioni si presenta attenuata perché indiretta, ma ciò nonostante può assumere rilievo ai fini del convincimento del giudice nel concorso di altri elementi oggettivi e concordanti che ne suffragano la credibilità¹⁰. E' stato, tuttavia, osservato che quando oggetto della testimonianza *de relato* sono dichiarazioni dell'attore contrarie alla pretesa fatta valere in giudizio, il giudice, naturalmente se reputa il teste credibile, può ritenere esistente il fatto rappresentato (art. 2735 c.c.), qualora da una valutazione delle circostanze in cui la dichiarazione sfavorevole è stata resa risulti che l'autore era consapevole dell'importanza dell'atto e l'ha pertanto sufficientemente meditato; infatti, la confessione stragiudiziale di una delle parti deve essere provata in giudizio come qualsiasi altro fatto, ivi compresa con la prova testimoniale¹¹.

Limiti all'ammissibilità della prova testimoniale

Il codice civile pone una serie di limiti all'ammissibilità della prova testimoniale, limiti che trovano, in linea generale, la loro *ratio* in un'ottica di sfavore per la prova orale e di favore per la prova documentale per la maggiore certezza ed affidabilità di quest'ultima¹². Va, tuttavia, rilevato come la portata di detti limiti sia stata, come vedremo, fortemente ridotta dall'interpretazione giurisprudenziale.

¹⁰ Così Cass. n. 43/98. Da segnalare, comunque, l'orientamento meno rigoroso di Cass. nn. 9702/96, 269/96, 1328/91, secondo le quali la deposizione *de relato ex parte actoris* se riguardata di per sé sola non ha alcun valore probatorio nemmeno indiziario; può tuttavia assurgere a valido elemento di prova quando sia suffragata da circostanze oggettive e soggettive ad essa estrinseche o da altre risultanze probatorie acquisite al processo che concorrano a confortarne la credibilità.

¹¹ Vedi Laudisa, *op. cit.*

¹² cfr. in proposito Taruffo, *op. cit.*

Anzitutto giova osservare che, per costante orientamento della Suprema Corte, le limitazioni poste dagli artt. 2721 e 2722 c.c., alla ammissibilità della prova testimoniale non attengono all'ordine pubblico, ma sono dettate nell'esclusivo interesse delle parti, e, pertanto, l'inosservanza di dette limitazioni non può essere rilevata di ufficio, ma deve essere tempestivamente eccepita dalla controparte¹³, che non può far valere i divieti in esame dopo l'espletamento della prova¹⁴.

Ciò premesso, l'art. 2721 c.c. esclude l'ammissibilità della prova testimoniali dei contratti quando il valore dell'oggetto eccede la somma di 5.000 lire; tuttavia il giudice può consentire la prova oltre il limite anzidetto, tenuto conto della qualità delle parti, della natura del contratto e di ogni altra circostanza.

Occorre precisare che il predetto limite – come quelli riguardanti la prova di un contratto per cui sia richiesta la forma scritta, *ad substantiam* o

¹³ Cass. nn. 6172/82 e 866/81

¹⁴ Cass. n. 10433/93; *contra*, Cass. n. 2101/97, secondo la quale l'inammissibilità di una prova testimoniale per contrasto con le norme che la vietano (art. 2722, 2725 c.c.) non è sanata dalla mancata tempestiva opposizione della parte interessata perché la sanatoria per acquiescenza riguarda soltanto le decadenze e nullità previste per la prova testimoniale dall'art. 244 c.p.c. (modalità di deduzione e assunzione della prova, indicazione dei testimoni e loro capacità a testimoniare), e non anche la prova testimoniale erroneamente ammessa. Vale la pena, a tal riguardo, di sottolineare che Converso, *op. cit.*, pone tra i limiti della prova testimoniale anche quelli derivanti dalla forma del contratto: quando la forma sia scritta *ad substantiam* o *ad probationem*, vi è il generale divieto di prova testimoniale (e per presunzione), fatte salve le ipotesi che vedremo previste dagli artt. 2725 e 2724 n. 3 c.c.. Tuttavia, mentre per quanto concerne gli atti e i contratti per i quali la forma scritta sia richiesta soltanto *ad probationem*, l'inammissibilità della prova testimoniale non attiene all'ordine pubblico, ma alla tutela di interessi privati e quindi la relativa inosservanza non può essere rilevata d'ufficio e deve, invece, essere eccepita dalla parte interessata entro il termine dell'art. 157, 2° comma c.p.c. nella prima istanza successiva al suo verificarsi, in materia di atti e contratti per i quali sia richiesta *ad substantiam* la forma scritta, eccettuata l'ipotesi della perdita incolpevole del documento (art. 2724 c.c.) l' inammissibilità può essere dedotta in ogni stato e grado del giudizio ed essere rilevata anche d'ufficio (così Cass. n. 2988/90).

ad probationem - opera esclusivamente quando il contratto sia invocato in giudizio quale fonte di diritti ed obblighi tra le parti contraenti e non anche quando esso sia dedotto quale semplice fatto storico influente sulla decisione¹⁵, come nell'ipotesi in cui la convenzione, di cui si affermi l'esistenza, sia stata stipulata non tra le parti in causa, ma tra una soltanto di esse ed un terzo¹⁶, salvo il caso in cui il terzo, originariamente estraneo al rapporto, la faccia valere come fonte di effetti giuridici che si producono direttamente nei suoi confronti¹⁷.

Si discute, poi, se il divieto in esame si estenda anche agli atti unilaterali (ad eccezione di quelli previsti dall'art. 2726 c.c.), anche se aventi contenuto patrimoniale, e, sul punto, va ricordato come autorevole dottrina esclude recisamente ciò¹⁸, ed in tal senso vi è copiosa giurisprudenza soprattutto, come vedremo, con riferimento alle limitazioni previste dagli artt. 2722 e 2723 c.c..

Orbene, vi è da dire che la somma di lire 5.000 – evidentemente non aggiornata in relazione al mutato valore della moneta – non costituisce più un criterio di distinzione ai fini della prova testimoniale del contratto. Resta, tuttavia, valida la *ratio* del 1° comma dell'art. 2721 c.c., e perciò va esclusa in linea di massima - ossia valutate la qualità delle parti, la natura del contratto ed ogni altra circostanza - la prova orale per i contratti di maggior

¹⁵ Cass. n. 3562/95.

¹⁶ Cass. n. 5029/83.

¹⁷ In tal senso Cass. n. 4932/81. Nella specie, il pagamento dell'intero indennizzo a titolo di liquidazione del danno permanente derivante dalla procrastinata occupazione dell'immobile da parte della P.A. era stato invocato nei confronti dell'attore, terzo rispetto al pagamento, come fonte di effetti giuridici estintivi del suo diritto alla corresponsione di un indennizzo periodico per la durata del suo rapporto col fondo asservito.

¹⁸ Andrioli, *op. cit.*

valore economico, che di solito vengono documentati con atto scritto e in ordine ai quali la genuinità dei testi potrebbe essere compromessa dall'entità degli interessi in gioco¹⁹.

L'ammissione della prova testimoniale oltre i limiti di valore stabiliti dall'art. 2721 c.c. costituisce un potere discrezionale del giudice, il cui esercizio non postula la considerazione di tutte le circostanze elencate a titolo esemplificativo nella norma citata, bensì può fondarsi sull'attribuzione ad una di esse di una efficacia prevalente ed assorbente rispetto alle altre²⁰.

Il giudice è tenuto a motivare adeguatamente le ragioni per cui intende derogare al divieto di cui al 1° comma dell'art. 2721 c.c., mentre, per consolidata giurisprudenza, non è tenuto a esporre dettagliatamente le ragioni che lo convincono a non esercitare la facoltà di ammettere la prova²¹.

Quanto al divieto di cui all'art. 2722 c.c., esso esclude l'ammissione della prova testimoniale se ha per oggetto patti aggiunti o contrari al contenuto di un documento, per i quali si alleggi che la stipulazione è stata anteriore o contemporanea. La *ratio* di tale limite è stata individuata nella inverosimiglianza della circostanza che le parti, prima o contemporaneamente alla redazione del documento, stipulino oralmente patti che ne ampliano o modificano il contenuto²². Detto divieto, però, non opera laddove la prova testimoniale tende soltanto a fornire ulteriori elementi idonei al chiarimento o

¹⁹ Cass. n. 4600/84.

²⁰ Cass. n. 1257/88.

²¹ In tal senso, Cass. nn. 1899/83 e 899/82; *contra*, Andrioli, *op. cit.*; in posizione intermedia Cass. n. 1050/86, secondo la quale il giudice, pur non essendo tenuto a esporre in modo dettagliato gli argomenti sui quali fonda il suo provvedimento negativo, non può astenersi dall'accennare alle ragioni che gli consigliano di non autorizzare la prova oltre il limite ordinario.

²² Laudisa, *op. cit.*.

all'interpretazione del contenuto del documento²³

Come già accennato in precedenza, la Suprema Corte attribuisce alla nozione di documento usata negli artt. 2722 e 2723 le caratteristiche di scritto avente contenuto convenzionale, escludendo i limiti della prova fissati dalle norme anzidette per i semplici atti unilaterali (come ad es. le quietanze)²⁴, ad eccezione della prova relativa al pagamento ovvero alla remissione del debito, cui si applicano invece le norme stabilite per la prova testimoniale dei contratti ai sensi dell'art. 2726 c.c.. Tale ultima disposizione non si applica agli altri modi di estinzione delle obbligazioni²⁵.

A norma dell'art. 2723 c.c., il giudice ha facoltà di ammettere la prova per testi qualora si alleggi – fuori di ogni ipotesi legale di prova scritta – che dopo la formazione di un documento sia stata stipulata una aggiunta o modificazione verbale al contenuto del documento stesso, essendo all'uopo sufficiente che il giudice esprima un giudizio di mera probabilità (verosimiglianza) in ordine alla deduzione della parte sul patto testimoniale²⁶.

Anche in tal caso, come per l'ipotesi di deroga al limite di cui all'art. 2721 c.c., occorre far riferimento alla qualità delle parti, alla natura del contratto, e ad ogni altra circostanza che possa legittimare un comportamento delle parti diverso da quello tenuto nella normalità dei rapporti²⁷.

Le regole di esclusione della prova testimoniale contenute negli artt. 2721, 2722 e 2726 c.c. incontrano una serie nutrita di eccezioni previste

²³ Cass. n. 782/81.

²⁴ Cass. nn. 8730/97 e 2716/88.

²⁵ Andrioli, *op. cit.*.

²⁶ Cass. n. 113/88.

²⁷ Così Laudisa, *op. cit.*.

dall'art. 2724 c.c..

La prova testimoniale è, infatti, ammessa in ogni caso quando vi è un principio di prova scritta proveniente dalla persona contro la quale è diretta la domanda, e tale da far apparire verosimile il fatto allegato.

Il concetto di “principio di prova scritta” è stato inteso dalla giurisprudenza in un’accezione molto ampia, potendo trattarsi di qualsiasi documento (compresi registri, carte domestiche, missive), anche non sottoscritto, purchè provenga dalla parte contro la quale viene richiesta la prova testimoniale. Rientrano in detta nozione anche le risposte rese dalla parte nel corso dell’interrogatorio, in quanto la verbalizzazione e la successiva sottoscrizione danno l’assoluta certezza che l’ammissione proviene dalla parte stessa²⁸.

La prova testimoniale è, inoltre, ammissibile laddove la parte allegghi di essersi trovata nell’impossibilità morale e materiale di procurarsi la prova scritta.

In proposito, va anzitutto osservato che l’allegazione specifica della causa dell’impossibilità di procurarsi la prova scritta costituisce un onere della parte che intende avvalersene. Detto onere non può intendersi soddisfatto dalla semplice asserzione di poter fornire la prova soltanto con tale mezzo²⁹, né appare idonea e sufficiente ad integrare una deduzione in tal senso il generico assunto, nell’atto introduttivo del giudizio dell’impossibilità morale e materiale di procurarsi un documento, senza alcun riferimento alle istanze istruttorie, e il giudice non può rilevare di ufficio una situazione di

²⁸ Cass. nn. 4522/93 e 802/92.

²⁹ Cass n. 3904/81.

impossibilità non dedotta³⁰.

Quanto all'impossibilità morale, non è sufficiente una situazione di astratta influenza o di autorità o di prestigio della persona dalla quale lo scritto dovrebbe essere preteso, né di vincolo di amicizia, di parentela o di affinità di quest'ultima nei confronti della parte interessata all'acquisizione della prova³¹, ma va accertato caso per caso, con riferimento alle singole circostanze in cui il contratto è stato stipulato e agli aspetti concreti di una relazione personale.

L'impossibilità materiale, poi, deve essere assoluta ed indipendente dalla volontà del contraente che assume tale impossibilità. A tal proposito, sono state ricordate le determinate circostanze elencate dall'art. 1348 c.c. abrogato (rovine, tumulto, naufragio ...) ³².

Infine, è ammissibile la prova testimoniale se la parte che la chiede abbia perduto senza sua colpa il documento. Detta ipotesi viene richiamata anche dall'art. 2724 c.c., di talchè la testimonianza risulta ammissibile in tal caso anche quando la forma scritta sia specificamente richiesta, secondo legge o volontà della parti, per la validità o la prova del contratto.

Colui che richiede la prova testimoniale deve, in tale ipotesi, dimostrare: a) l'esistenza del documento ed il suo contenuto, allo scopo di stabilire la sua validità formale e sostanziale; b) la perdita verificatasi senza sua colpa³³.

In ordine al secondo dei requisiti indicati, è necessario che la condotta

³⁰ Cass. n. 7976/94.

³¹ Cass. nn. 3750/92 e 4275/84

³² Laudisa, *op. cit.*.

³³ Cass. n. 1455/96.

della parte, rapportata alle circostanze nelle quali la perdita ebbe a verificarsi, si presenti immune dai caratteri della imprudenza e della negligenza, e, qualora il documento sia stato smarrito dal contraente, deve risultare che, nella custodia dello scritto, sia stata usata la diligenza del buon padre di famiglia³⁴, mentre, se il documento sia stato smarrito da un terzo, occorre valutare se in precedenza era stato consegnato per ragioni apprezzabili a persona pienamente affidabile, poiché la mancanza della colpa richiesta dalle norme richiamate, va riferita al soggetto contraente che invoca il contenuto del documento e non al comportamento del terzo che lo abbia smarrito³⁵.

Trascurando l'esame di altre limitazioni all'assunzione della prova testimoniale presenti nel nostro ordinamento³⁶, risulta necessario soffermarsi solo sui limiti previsti dal codice civile in tema di simulazione.

In particolare, l'art. 1417 c.c. ammette senza limiti la prova per testimoni diretta a far valere la simulazione laddove la domanda sia proposta dai creditori o dai terzi. La prova testimoniale sulla simulazione è, altresì, ammissibile quando proposta da contraenti che intendono far valere l'illiceità del contratto dissimulato: *in questo caso l'interesse alla scoperta e alla repressione dell'illecito prevale sull'interesse che ha determinato i limiti di ammissibilità della prova testimoniale*³⁷.

Le modalità di deduzione della prova testimoniale

Passando in rassegna le norme sul codice di rito, l'art. 244 c.p.c. contiene le indicazioni circa le modalità di deduzione della prova

³⁴ Cass., 2017/94.

³⁵ Cass. n. 1745/93

³⁶ Per una rapida panoramica, vedi Laudisa, *op. cit.*.

³⁷ così Laudisa, *op. cit.*.

testimoniale.

Premesso che l'istanza di ammissione della prova testimoniale deve provenire da una delle parti, salvo alcune eccezioni, sulla base del principio dispositivo su cui è improntato il nostro ordinamento; essa, come prescritto dalla norma succitata, deve essere dedotta su fatti specifici, formulati in articoli separati, e ciò al duplice scopo di consentire al giudice la valutazione della concluzione della prova ed alla controparte la preparazione di adeguata difesa³⁸. La dottrina correttamente osserva che la mancata specificazione dei fatti, in quanto impedisce il giudizio di rilevanza della prova, va rilevata di ufficio, anche in assenza di eccezione di controparte³⁹. Tuttavia, va ricordato che, per costante orientamento giurisprudenziale, le formalità relative alla deduzione ed all'assunzione di prove testimoniali sono stabilite non per ragioni di ordine pubblico, bensì nell'esclusivo interesse delle parti, e, pertanto, le eventuali decadenze derivanti dall'inosservanza di tali formalità non sono rilevabili *ex officio iudicis*, ma passibili di tempestiva eccezione da parte dell'interessato, dovendosi, in mancanza, ritenere sanate per acquiescenza⁴⁰.

In concreto, di sovente accade che le parti, invece di articolare la prova come imposto dall'art. 244 c.p.c., si limitano a chiedere di provare con testimoni "tutte le circostanze di fatto" indicate in citazione ovvero in

³⁸ Cass. n. 1938/87.

³⁹ In tal senso, Laudisa, *op. cit.*; Taruffo, *op. cit.*

⁴⁰ Cass. nn. 9952/97, 3693/95, 1864/95, 13011/93, 864/92, 2435/90; per la recente Cass. n. 2935/98, invece, il giudice di merito ha il potere dovere di rilevare i casi di inammissibilità della prova (nella specie per mancata indicazione delle persone che la parte intende escutere sui capitoli formulati), indipendentemente dall'istanza della parte interessata, fin quando la prova non abbia avuto concreto inizio; ed infatti, l'art. 184 c.p.c., nello stabilire che il giudice ammette i mezzi di prova che siano ammissibili e rilevanti, gli attribuisce un potere officioso di sindacare l'ammissibilità delle stesse.

comparsa di risposta. Orbene, poiché nella maggioranza dei casi il richiamato atto difensivo non permette di enucleare le circostanze di fatto che si intendono provare, essendovi spesso una commistione tra le stesse, le argomentazioni giuridiche svolte e le valutazioni sulla vicenda operate dalla parte, risulta evidente che in tali casi l'istanza probatoria va ritenuta inammissibile anche in assenza dell'eccezione di controparte.

La giurisprudenza, peraltro, ha più volte evidenziato come la disposizione dell'art. 244 c.p.c. sulla necessità di un'indicazione specifica dei fatti da provare non va intesa in modo rigorosamente formalistico, ma in relazione all'oggetto della prova, cosicché, qualora questa riguardi un comportamento o un'attività che si frazioni in circostanze molteplici non elencate in modo specifico, è sufficiente precisare la natura di detto comportamento o di detta attività; d'altra parte, una volta che i fatti sono indicati nei loro estremi essenziali, spetta al difensore e al giudice, durante l'esperimento del mezzo istruttorio, l'eventuale individuazione dei loro dettagli⁴¹.

Sulla base del noto brocardo *negativa non sunt probanda*, è considerata inammissibile la prova testimoniale avente ad oggetto fatti negativi, e ciò in base all'evidente presupposto che *ben difficilmente il teste sarebbe in grado di escludere in assoluto la verifica di una determinata circostanza*⁴².

Il predetto principio, però, merita ulteriori approfondimenti per non incorrere in equivoci.

⁴¹ Cass. nn. 4426/95, 4056/89, 3217/82, 4143/81, 801/81.

⁴² Così Corder, *op. cit.*.

L'art. 2697 c.c. pone, in ordine al riparto dell'onere probatorio tra le parti, un chiaro principio: "chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si e' modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda". Ciò comporta che, di regola, le parti non vengono onerate della dimostrazione di fatti negativi al fine di far valere le loro pretese in via di azione o di eccezione. Tuttavia, con riferimento a determinate situazioni può accadere che la parte deve fondare la propria domanda o eccezione mediante la dimostrazione di una circostanza di fatto negativa⁴³. In tal caso, risulta evidente che non essendo possibile fornire la prova diretta di un fatto negativo (ossia, di un fatto mai accaduto), occorre necessariamente dimostrarlo con un fatto positivo idoneo, anche mediante presunzioni⁴⁴ o testimoni⁴⁵, a far desumere il fatto negativo⁴⁶.

Pertanto, va sicuramente esclusa, l'istanza di ammissione a provare per testimoni una circostanza meramente negativa, e quindi vertente su un fatto mai avvenuto ossia un *non fatto*. Diversamente, laddove gravi su una delle parti l'onere di fornire la prova di un fatto negativo, ben potrà trovare

⁴³ Ad es., nel giudizio instaurato per l'accertamento negativo di un debito è il debitore a dover dimostrare l'inesistenza del titolo.

⁴⁴ Cfr., in proposito, Cass. nn. 5744/93 e 11313/94.

⁴⁵ Vedi Cass. n. 2423/97.

⁴⁶ Un esempio ricorrente in giurisprudenza, richiamato anche da Corder, *op. cit.*, si ha in tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo: qui, l'onere probatorio a carico del datore di lavoro sulla ricollocabilità del lavoratore, del quale sia stato soppresso il posto, può essere assolto, concernendo un fatto negativo, mediante la dimostrazione - fuori da un rigido prefissato sistema di prova - di fatti positivi corrispondenti, come il fatto che i residui posti di lavoro, riguardanti mansioni equivalenti, fossero al tempo del licenziamento stabilmente occupati da altri lavoratori o il fatto che dopo il licenziamento, e per un congruo periodo, non sia stata effettuata alcuna nuova assunzione nella stessa qualifica dei lavoratori licenziati (vedi, sul punto, Cass. nn. 9967/97, 10527/96, 5401/94, 2881/92).

ingresso l'istanza istruttoria volta a dimostrare circostanze di carattere positivo, dalle quali potrebbe desumersi la ricorrente del fatto negativo.

Per quanto concerne la cd. prova contraria, appare corretto ritenere che la cd. prova contraria diretta – ossia quella vertente sugli stessi fatti articolati da controparte allegati in negativo – non richiede la specificazione dei fatti da provare secondo le modalità di cui all'art. 244 c.p.c., risultando necessaria soltanto l'indicazione dei testimoni. Di contro, nell'ipotesi di cd. prova contraria indiretta – cioè quella relativa a fatti nuovi e diversi volti a dimostrare, in via congetturale, la insussistenza o la diversa configurazione dei fatti allegati da controparte – è necessario il rispetto delle modalità di deduzione della prova anzidette⁴⁷

L'art. 244 c.p.c. richiede, inoltre, l'indicazione specifica delle persone da interrogare, e ciò al fine di consentire: a) al giudice di eliminare dalle liste i testi sovrabbondanti ed i testi che non possono essere sentiti per legge *ex art.* 245 c.p.c.; b) ai testimoni di essere posti in grado di valersi della facoltà di astensione; c) alla controparte di poter esercitare il contraddittorio sulla deduzione e di poter controdedurre⁴⁸.

E' stato sostenuto che la sola indicazione del nome e del cognome del teste, risponda al dettato della norma⁴⁹, così come risulta ammissibile la

⁴⁷ Sul punto, cfr. Itri – Sandulli, *op. cit.*

⁴⁸ Vedi Bartolini, *Il nuovo codice di procedura civile*.

⁴⁹ Corder, *op. cit.*. L'Autore, a tal proposito, richiama l'ordinanza della Corte Costituzionale n. 75/93, con la quale è stata dichiarata manifestamente infondata, con riferimento all'art. 10 cost., in relazione all'art. 6, par. 3, lett. d) della convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950, ratificata con l. 4 agosto 1955 n. 848, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 244, 1° comma, c.p.c., nella parte in cui non prevede che, oltre al nome ed al cognome delle persone specificamente indicate sui singoli capitoli di prova sui quali ciascuna di esse deve essere interrogata, il convenuto abbia diritto alla precisazione della residenza delle persone indicate a testi, e cioè all'elemento essenziale per individuarli e reperirli, e ciò sul

prova qualora il teste venga indicato in maniera tale da consentirne comunque l'individuazione (legale rappresentante della società X, ovvero titolare della carrozzeria Y)⁵⁰.

Una volta articolati i capitoli di prova ed indicati i testimoni da escutere, non è richiesto, a pena di inammissibilità, che venga precisato in ordine a quali capitoli i singoli testimoni siano chiamati a deporre, presumendosi che, in difetto di specificazione, ognuno di essi potrà rispondere su tutte le circostanze addotte⁵¹, né occorre indicare la specifica posizione assunta dal teste rispetto ai fatti su cui è chiamato a deporre, e se di essi abbia conoscenza diretta o indiretta⁵².

Quanto al momento in cui deve intervenire l'indicazione dei testimoni, prima dell'entrata in vigore della novella al codice di rito, in presenza del termine previsto dall'art. 244, 3° comma c.p.c., si ammetteva l'indicazione tardiva delle persone da interrogarsi fino all'inizio dell'espletamento della prova, sempre che il giudice, esercitando la facoltà concessagli dalla norma succitata, avesse concesso tale possibilità alle parti, esplicitamente assegnando un termine perentorio, ovvero, implicitamente, fissando l'udienza per l'escussione dei testi⁵³.

presupposto che le norme internazionali pattizie, ancorchè generali, sono escluse dall'ambito normativo dell'art. 10 Cost.. Tuttavia, va evidenziato che qualora non sia stata menzionata anche la residenza, il domicilio o la dimora del teste, si pone il problema, nell'ipotesi in cui una delle parti sia stata ammessa alla prova contraria con lo stesso testimone, o intenda comunque escutere il teste indicato da parte avversa pur dopo la rinuncia formulata da quest'ultima *ex art. 245, 2° comma c.p.c.*, di come possa procedersi alla citazione a comparire nei confronti del teste di cui sono noti soltanto il nome ed il cognome.

⁵⁰ In tal senso, sempre Corder, *op. cit.*

⁵¹ Cass. n. 5125/84.

⁵² Cass. n. 3635/89.

⁵³ Cass. nn. 388/91 e 6603/86.

Attualmente, il rigido meccanismo previsto per il rito ordinario, in sede di articolazione di mezzi istruttori, dall'art. 184 come novellato – i cui termini sono qualificati perentori dalla stessa norma – non sembra permettere alcuna discrasia temporale tra il momento della formulazione della prova testimoniale e quello dell'indicazione delle persone da escutere⁵⁴ (appare del tutto irrituale, quindi, la prassi di permettere sia il deposito di lista testi dopo l'ordinanza ammissiva della prova, sia l'indicazione all'atto dell'assunzione delle testimonianze).

Infine, la parte non può pretendere di sostituire i testimoni deceduti prima dell'assunzione con altri che non siano stati da essa stessa indicati nei modi e termini di cui all'art. 244 c.p.c., e ciò in quanto l'assunzione di testi che non siano stati preventivamente indicati in modo specifico può essere consentita soltanto nei casi previsti dall'art. 257, la cui enunciazione deve ritenersi tassativa, dal momento che l'obbligo della rituale individuazione è inderogabile e che la preclusione *ex art. 244* ha il suo fondamento nel sistema del codice di rito e si inquadra nel principio, previsto dal successivo art. 245, secondo il quale il giudice provvede sulla ammissibilità delle prove proposte e sui testi da escutere con valutazione sincrona e complessive delle istanze che tutte le parti hanno sottoposto al suo esame⁵⁵.

L'ordinanza ammissiva della prova testimoniale

⁵⁴ Vedi, in proposito, Itri – Sandulli, *op. cit.*. In senso conforme anche Corder, *op. cit.*, che evidenzia anche la discrasia creatasi tra le norme del giudizio ordinario e quelle del processo del lavoro, ove, come affermato dalle Sezioni Unite della Suprema Corte con sentenza n. 262/97, l'omessa indicazione, nel ricorso introduttivo della causa, delle generalità delle persone da interrogare sui capitoli di prova per testimoni concreta una mera irregolarità e non comporta decadenza, con conseguente necessità che il giudice indichi alla parte detta irregolarità, concedendole un termine perentorio per provvedere a sanarla.

⁵⁵ Cass. nn. 4071/93 e 6515/92.

L'ordinanza ammissiva della prova testimoniale impone, da parte del giudice, la valutazione positiva in ordine all'ammissibilità e alla rilevanza del mezzo di prova come articolato.

Va, quindi, anzitutto valutato se non ricorrano i limiti sostanziali previsti dal codice civile e quelli di natura processuale rinvenibili negli artt. 244 e ss. c.p.c..

Successivamente, occorre accertare l'utilità della prova testimoniale richiesta ai fini della decisione della causa. Essa va esclusa qualora i fatti con essa dedotti non siano rilevanti o risultino già confermati dagli altri elementi di prova acquisiti al processo.

La rilevanza di una prova testimoniale va valutata con riguardo alla formulazione ed al contenuto dei capitoli di prova articolati dalla parte e non già nella prospettiva di eventuali domande integrative da rivolgere ai testi durante la loro escussione, atteso che tali domande devono essere dirette solo a chiarire i fatti e non possono supplire alle deficienze della prova dedotta⁵⁶.

La valutazione circa la rilevanza della prova testimoniale deve fondarsi sulla sua inidoneità astratta a dimostrare la fondatezza della domanda o della eccezione; essa, pertanto, non deve riguardare la verosimiglianza dei fatti articolati, né la probabilità di un esito positivo della prova stessa⁵⁷.

Pertanto, la prospettabile difficoltà per i testimoni di ricordare i fatti per la loro lontananza nel tempo e per le modalità della loro verifica,

⁵⁶ Cass. n. 1312/90.

⁵⁷ Cass. nn. 9117/95, 5458/93 7421/83.

non è motivo di inammissibilità della prova stessa; le ragioni relative alla suddetta difficoltà possono invece essere tenute presenti dal giudice in sede di valutazione dei risultati della prova⁵⁸.

Non è necessaria, nell'ordinanza ammissiva della prova, la ripetizione dei capitoli relativi, essendo sufficiente il richiamo a quelli contenuti nell'atto di citazione, nella comparsa di risposta o nei verbali di causa (art. 102 disp. att. c.p.c.).

A norma dell'art. 245, 1° comma c.p.c., il giudice, oltre ad eliminare i testimoni che non possono essere sentiti per legge, può ridurre le liste di testimoni ritenute sovrabbondanti.

Detta facoltà è stata oggetto di critiche da parte della dottrina, poiché difficilmente il giudice è in grado di stabilire *ab initio* se un teste è o non è superfluo⁵⁹. Tuttavia, va ricordato che il giudice, da un lato, ai sensi dell'art. 257 2° comma c.p.c., può disporre che siano sentiti i testimoni dei quali ha ritenuto l'audizione superflua; dall'altro, ha anche, nell'esercizio della funzione moderatrice assegnatagli nel campo probatorio e istruttorio della causa, il potere di valutare, a norma dell'art. 209 c.p.c., indipendentemente dalle richieste concordi o contrastanti delle parti, la convenienza di procedere all'esame di tutti o di parte dei testi ammessi, ed ha quindi la facoltà di sospenderne l'esame e dichiarare chiusa la prova quando, dai risultati raggiunti, ritenga superflua l'ulteriore assunzione degli altri testi in precedenza ammessi⁶⁰.

Il secondo comma dell'art. 245 c.p.c. sancisce che la rinuncia fatta da

⁵⁸ Cass. n. 6382/83.

⁵⁹ Così Taruffo, *op. cit.*.

⁶⁰ In proposito, vedi Cass. nn. 6048/95, 2553/81, 6396/79 e 6161/79.

una parte all'audizione dei testimoni da essa indicati non ha effetto se le altre non vi aderiscono e se il giudice non vi consente.

Detta norma è espressione di quello che viene definito il principio di acquisizione processuale: la parte che ha indicato un testimone non può più, successivamente all'ammissione della prova, "disporre" del teste, che diviene comune alle altre parti e al giudice⁶¹.

Qualora la controparte voglia avvalersi del teste indicato dal rinunciante, deve provvedere a citarlo in giudizio. Se la controparte, invece, aderisce alla rinuncia, ma il giudice non vi consenta, deve essere quest'ultimo, per mezzo del cancelliere, ad intimare al teste di comparire⁶².

Incapacità a testimoniare e facoltà di astensione

L'art. 246 c.p.c., operando una valutazione a priori sulla credibilità del teste, sancisce che non possono essere assunte come testimoni le persone aventi nella causa un interesse che potrebbe legittimare la loro partecipazione in giudizio.

Per costante giurisprudenza, l'interesse che dà luogo ad incapacità a testimoniare a norma dell'art. 246 c.p.c. è solo quello giuridico, personale, concreto ed attuale, ossia un interesse che potrebbe legittimare la partecipazione al giudizio della persona chiamata a deporre, sia in veste di parte principale, che in veste di interventore⁶³.

Conseguentemente, non sussiste l'incapacità a deporre qualora il soggetto chiamato a deporre sia portatore di un interesse di mero fatto ad

⁶¹ In tal senso, Andrioli, *op. cit.*

⁶² Sempre Andrioli, *op. cit.*

⁶³ L'orientamento prevalente tende a considerare incapaci a deporre tutti i soggetti che potrebbero spiegare in giudizio uno qualunque dei tipi di intervento previsti dall'art. 105 c.p.c.: sul punto vedi Cass. n. 1369/89 e 47/81.

una determinata soluzione della causa, rilevante soltanto ai fini della valutazione sull'attendibilità del testimone⁶⁴.

La nullità della deposizione testimoniale per incapacità del testimone escusso in giudizio non ha natura assoluta, ma è stabilita nell'interesse delle parti⁶⁵. Essa, pertanto, deve essere tempestivamente eccepita nel corso o subito dopo l'espletamento della prova ai sensi dell'art. 157, 2° comma c.p.c., salvo il caso in cui il procuratore della parte interessata non sia stato presente all'assunzione del mezzo istruttorio, nel qual caso la nullità può essere eccepita nell'udienza successiva (altrimenti la nullità dell'assunzione deve ritenersi definitivamente sanata per acquiescenza)⁶⁶, e senza che la preventiva eccezione di incapacità a testimoniare possa ritenersi comprensiva dell'eccezione di nullità delle testimonianze comunque ammesse ed assunte nonostante quella previa opposizione⁶⁷. Peraltro, proprio per la natura relativa della nullità in esame, le parti possono rinunciare, anche tacitamente, per effetto di un comportamento concludente, a proporre la relativa eccezione, e tale rinuncia possono manifestare anche successivamente alla proposizione ed al rigetto dell'eccezione stessa, facendo acquiescenza al provvedimento di rigetto⁶⁸.

Ciò posto, appare opportuno esaminare alcune ipotesi particolari

⁶⁴ Cass. nn. 5203/89, 2363/84, 5272/82.

⁶⁵ In tal senso, la consolidata giurisprudenza citata nella nota seguente; *contra*, Andrioli, *op. cit.*.

⁶⁶ Cass. nn. 8066/99, 303/96, 1425/87, 3912/84.

⁶⁷ Cass. nn. 5534/97, 11253/96, 7869/90.

⁶⁸ Così la recente Cass. n. 5925/99, che ha sancito il suddetto principio nell'ipotesi in cui la parte non abbia riproposto, in sede di precisazione delle conclusioni, l'eccezione di incapacità già in precedenza rigettata dal g.i.. In tal senso anche Cass. n. 7869/90 indicata nella nota precedente.

affrontate in dottrina e in giurisprudenza⁶⁹:

- a) l'amministratore di una società non può essere ammesso a deporre nel processo in cui abbia agito come rappresentante della società medesima, data l'inconciliabilità esistente tra la posizione di testimone e quella di parte. Tale divieto non sussiste, invece, qualora l'amministratore sia chiamato a deporre in un processo in cui non rappresenti la società (ed, a maggior ragione, se al momento in cui sia stato indotto come testimone non era più rappresentante della società). In tale ultima ipotesi, la detta incapacità può verificarsi, ai sensi dell'art. 246, solo se l'amministratore abbia nella causa un interesse attuale e concreto che potrebbe legittimare una sua partecipazione al giudizio⁷⁰;
- b) non sussiste incapacità a deporre per il socio di una società di capitali in una controversia tra un terzo e la società medesima, in quanto quest'ultima gode di una completa autonomia patrimoniale dalle cui vicende resta del tutto estraneo il patrimonio dei singoli soci⁷¹;
- c) è incapace a testimoniare, nel giudizio promosso contro una società in accomandativa semplice, il socio accomandante che ne abbia in effetti l'amministrazione, in virtù di procura generale rilasciatagli contro il divieto implicitamente posto dall'art. 2320 c.c., e che, pertanto, data la conseguente responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali, sia portatore di un interesse personale all'esito della lite⁷²;
- d) va ritenuto che possano deporre, nelle cause in cui è parte

⁶⁹ Per una rassegna esaustiva, cfr. Corder, *op. cit.*

⁷⁰ Cass. n. 9826/96.

⁷¹ Vedi, in proposito, Cass. n. 2586/56 per le società per azioni e Cass. 771/56 per le società a responsabilità limitata.

⁷² Cass. n. 1444/81

un'associazione non riconosciuta, gli appartenenti a quest'ultima, ad eccezione degli associati che, rispetto all'atto oggetto del giudizio, sono personalmente responsabili⁷³;

- e) va esclusa la capacità a testimoniare del condomino nella causa promossa dall'amministratore del condominio, sia per la tutela delle cose comuni⁷⁴, che per la riscossione dei contributi dovuti da ciascun condomino per l'utilizzazione delle cose e dei servizi comuni⁷⁵;
- f) è incapace il mediatore laddove, controvertendosi circa la conclusione del contratto per cui ha prestato la sua opera, dall'esito della lite dipenda il suo diritto alla provvigione; allorquando, invece, si controversa sulla determinazione del contenuto di un contratto o sull'esecuzione di esso o sulla sua risoluzione per inadempimento, è ammissibile la deposizione del mediatore, non potendosi riscontrare nei suoi riguardi l'esistenza di un interesse idoneo a legittimare la partecipazione al giudizio⁷⁶, ovvero quando, pur discutendo le parti in ordine alla conclusione dell'affare per il quale sono state dal mediatore poste in contatto, non venga in contestazione il diritto dello stesso alla provvigione⁷⁷. Di contro, è incapace a testimoniare è il commissario che abbia pattuito "lo star del credere" perché garante del committente per l'esecuzione del contratto⁷⁸;
- g) non ricorre l'incapacità a deporre nei confronti del mandatario di una delle parti, con riguardo al giudizio che non verta sul rapporto di

⁷³ Vedi, in proposito, Itri – Sandulli, *op. cit.*

⁷⁴ Pretura Napoli, 12/6/68, in *Temi Napoletana*, 1968, 164; Tribunale Genova, 10/10/56, in *Repertorio Giustizia Civile*, 1956, voce *Comunione*, n. 36.

⁷⁵ Cass. n. 6483/97.

⁷⁶ Cass. n. 2780/97.

⁷⁷ Cass. n. 4439/84.

⁷⁸ Tribunale Locri, in *Il Foro Italiano*, 1965, I, 2044.

mandato o sul negozio posto in essere dal mandatario⁷⁹;

- h) è stata affermato, poi, che non importa incapacità a testimoniare per i dipendenti di una banca la circostanza che questa, evocata in giudizio da un cliente, potrebbe convenirli in garanzia nello stesso giudizio per essere responsabili dell'operazione che ha dato origine alla controversia; infatti, le due cause, anche se proposte nello stesso giudizio, si fondano su rapporti diversi ed i dipendenti hanno un interesse solo riflesso ad una determinata soluzione della causa principale che non li legittima a partecipare al giudizio promosso dal cliente, in quanto l'esito di questo, di per sé non è idoneo ad arrecare ad essi pregiudizio⁸⁰;
- i) va esclusa la capacità a testimoniare del coniuge in regime di comunione legale nelle controversie aventi ad oggetto beni comuni⁸¹; il coniuge non è, però, incapace a testimoniare nella causa di risarcimento danni proposta dal proprietario del veicolo danneggiato in incidente stradale, se questo non rientra nella comunione dei beni, essendo stato acquistato prima del matrimonio⁸²;
- j) è incapace il conducente del veicolo danneggiante nel giudizio in cui si discute della responsabilità del proprietario del veicolo medesimo⁸³; mentre è stato ritenuto capace a testimoniare il conducente del veicolo danneggiato in seguito ad un sinistro stradale nel giudizio promosso dal proprietario del veicolo nei confronti del danneggiante, se quest'ultimo

⁷⁹ Cass. nn. 4436/76, 388/64 e 1273/64.

⁸⁰ Cass. nn. 2641/93 e 771/83.

⁸¹ Vedi, in proposito, Cass. n. 1594/84.

⁸² Pretura Firenze, 28/11/89, in *Giurisprudenza di Merito*, 1990, I, 726.

⁸³ Cass. nn. 2441/75 e 3140/68.

non ha proposto domanda riconvenzionale⁸⁴.

I divieti di testimonianza originaria previsti nel codice di rito agli art. 247 e 248 c.p.c., sono venuti meno a seguito delle declaratorie di illegittimità costituzionale rese dalla Consulta con sentenze, rispettivamente, n. 248/74 e n. 139/75.

Giova ricordare che, con riguardo alle deposizioni dei parenti e del coniuge di una delle parti non sussiste alcun principio di necessaria inattendibilità connessa al vincolo di parentela o coniugale, essendo un principio siffatto privo di riscontri nell'attuale ordinamento, tenuto conto che venuto meno il divieto di cui all'art. 247 c.p.c., l'attendibilità del teste non può essere esclusa aprioristicamente, in difetto di ulteriori elementi che il giudice reputi inficiarne la credibilità, per il solo fatto della esistenza di vincoli familiari con le parti⁸⁵. E' stato, però, affermato in giurisprudenza, che qualora i testi riferiscono in modo difforme ed inconciliabile in ordine alla medesima circostanza, il giudice, tenuto conto di ogni altro elemento, può legittimamente assumere quale criterio discriminante circa la loro attendibilità il vincolo di parentela che unisce alcuni testimoni alle parti, atteso che questo vincolo può indurre il teste a riferire, anche in modo inconsapevole, una visione distorta della realtà fenomenica e ad assumere posizioni non obiettive, per aprioristico atteggiamento di favore per uno dei contendenti⁸⁶.

Quanto ai minori, premesso che la minore età di un teste non incide sulla sua capacità a testimoniare, bensì sulla valutazione della testimonianza

⁸⁴ Cass. nn. 5858/93 e 71/62.

⁸⁵ Cass. nn. 11635/97 e 1496/83.

⁸⁶ Cass. n. 2250/92.

resa e quindi sull'attendibilità di essa⁸⁷, va osservato che essi sono sottratti dall'obbligo di rendere la formula di impegno, in quanto penalmente non imputabili⁸⁸.

A norma dell'art. 249 c.p.c., hanno facoltà di astenersi le persone indicate negli artt. 351 e 352 c.p.p. (sostituiti nel nuovo codice di procedura penale, dagli artt. 200, 201 e 202 c.p.p.), e, brevemente, va ricordato che risultano esentati dal testimoniare persone venute a conoscenza di determinati fatti per ragioni di ufficio o per la propria attività professionale.

A tal proposito va osservato che: 1) la facoltà di astensione va esercitata mediante dichiarazione fatta all'udienza cui questi soggetti hanno comunque l'obbligo di comparire; 2) il giudice non è tenuto ad avvertire il testimone del suo diritto di astenersi, poiché detto obbligo è previsto nel c.p.p. solo in relazione ai prossimi congiunti dell'imputato: la Suprema Corte pronunciata in proposito, ha affermato che la diversità di trattamento trova giustificazione nel fatto che i prossimi congiunti della parte, a differenza dei professionisti (nel caso di specie, il teste era un consulente del lavoro), possono ignorare l'esistenza di tale facoltà e trovarsi così in conflitto con i sentimenti di solidarietà familiare, che potrebbero indurli a dichiarazioni menzognere⁸⁹; 3) Il giudice può semplicemente prendere atto della dichiarazione oppure interrogare le persone chiamate a deporre per valutare la sussistenza o meno degli estremi dell'astensione⁹⁰; 4) il giudice, qualora ritenga non fondata la dichiarazione di astensione, deve procedere

⁸⁷ Cass. n. 5485/97.

⁸⁸ In tal senso, Laudisa, *op. cit.*.

⁸⁹ Cass. n. 2058/96.

⁹⁰ Laudisa, *op. cit.*.

all'escussione del testimone, ed è tenuto a fare rapporto all'autorità penale in caso di rifiuto del teste a deporre; 5) tra gli altri, possono astenersi gli avvocati, nonché i praticanti procuratori⁹¹, non solo per l'attività di difesa svolta in giudizio, ma anche per quella esercitata anteriormente⁹².

Intimazione ai testimoni

L'art. 250 c.p.c. descrive le formalità da seguire nell'intimazione dei testimoni a comparire.

L'intimazione va eseguita dall'ufficiale giudiziario su richiesta della parte interessata. Quest'ultima coincide, di norma, con la parte che ha indicato il testimone, anche se non può escludersi che a provvedere all'intimazione sia anche la controparte, tenuto conto del principio di acquisizione processuale già esaminato nell'analisi dell'art. 245, 2° comma c.p.c.⁹³. La richiesta di citazione dei testi deve essere corredata dai dati necessari a che l'ingiunzione raggiunga i destinatari; conseguentemente è ascrivibile alla parte la mancata intimazione derivante dall'incompletezza degli indirizzi forniti all'ufficiale giudiziario, ovvero dalla loro non corrispondenza con quelli reali⁹⁴. Le prescrizioni contenute nella norma in esame vanno integrate con quelle di cui all'art. 103 disp. att. c.p.c. sul

⁹¹ Vedi Corte Cost. 87/97.

⁹² Vedi Tribunale Pescara, 4/6/55, in *Repertorio del Foro Italiano*, 1956, voce *Prova testimoniale*, nn. 178-180.

⁹³ In tal senso, Itri – Sandulli, *op. cit.*. Per Tribunale Napoli, 9/4/60, in *Temì Napoletana*, 1960, I, 301, quando le parti hanno indicato i medesimi testimoni sugli stessi capitoli di prova uguali e contrari, il principio dell'acquisizione processuale di cui all'art. 245, attraverso cui ogni parte fa propri i mezzi di prova delle altre non opera, perché superato e assorbito dall'essere il mezzo di prova, nella sua identità, comune alle parti sin dall'origine: in tal caso, se nessuna delle parti cita i testimoni per l'udienza fissata, la decadenza non può essere evitata dalla richiesta di una delle parti di essere autorizzata, in luogo dell'altra, a citare quei testimoni che, in quanto anche propri, già aveva l'onere di far chiamare davanti al giudice.

⁹⁴ Cass. n. 5265/82.

termine da osservare per l'intimazione al testimone⁹⁵.

L'inosservanza dell'onere dell'intimazione a comparire del teste comporta senza giusto motivo, a norma dell'art. 104 disp. att. c.p.c., la decadenza della prova, prevista peraltro, *ex art.* 208 c.p.c., anche a seguito della mancata comparizione della parte all'udienza fissata per il raccoglimento del mezzo istruttorio⁹⁶.

A tal proposito, va osservato che la mancata intimazione ai testi non comporta la decadenza ove l'omissione di tale adempimento sia stata priva di rilievo per essersi i testimoni indicati presentati spontaneamente al giudice, nell'udienza fissata per rendere la loro deposizione⁹⁷.

Ciò premesso, il quesito di maggior rilievo attiene alla rilevanza di ufficio o meno della decadenza. Sul punto, va detto che, con riferimento alla disciplina previgente, dopo un primo rigoroso orientamento, secondo il quale la decadenza rientrava nei poteri officiosi del giudice, che, in caso di inerzia della parti, poteva provvedervi d'ufficio⁹⁸, si è imposto un contrapposto indirizzo, in base al quale la decadenza dalla prova testimoniale, tanto nell'ipotesi prevista dall'art. 208, quanto nell'ipotesi di cui all'art. 104 disp. att., doveva intendersi predisposta non già per ragioni di ordine pubblico, ma per la tutela degli interessi delle parti, sicchè con riguardo alla seconda

⁹⁵ Non incorre in alcuna decadenza la parte che intima un teste a comparire in un termine inferiore ai tre giorni previsti dall'art. 103 disp. att. (Cass. n. 7477/97).

⁹⁶ Cfr. in proposito, Tribunale Napoli, ord. 22/7/93, in *Giurisprudenza Italiana*, I, 2, 198, per la quale non è sufficiente che la parte sia presente all'inizio dell'udienza e chieda di sentire i testi, dopo aver dimostrato di averli ritualmente citati, ma occorre indefettibilmente la sua presenza anche nel momento specifico dell'udienza in cui l'assunzione inizia e prosegue, non potendo il giudice di ufficio sentire i testi della parte assente, salvo che la parte comparsa li faccia propri, chiedendone l'escussione.

⁹⁷ Cass. n. 3759/93.

⁹⁸ Cass. n. 1819/61.

fattispecie (poiché per la prima vi era già il dato testuale dell'art. 208 previgente, che subordinava la declaratoria di decadenza all'eccezione della controparte comparsa), la stessa doveva essere eccepita dalla parte interessata nella stessa udienza alla quale si riferiva l'inattività che ne costituiva il presupposto di fatto, e ciò quando non vi fosse stato motivo alcuno che avesse potuto importare la necessità di rinviare all'udienza successiva la proposizione della eccezione⁹⁹.

Orbene, la modifica apportata all'art. 208 c.p.c. dalla novella al codice di rito ha inciso senza dubbio alcuno sulla disciplina in esame¹⁰⁰.

Il suindicato articolo, prima della riforma, accanto all'ipotesi di mancata comparizione di tutte le parti in causa (cui veniva riconnessa di ufficio la decadenza dalla prova), prevedeva, nel caso della mancata comparizione della parte sulla cui istanza doveva iniziarsi o proseguirsi la prova, la necessaria eccezione della parte comparsa per l'adozione del provvedimento in esame.

Attualmente, invece, l'art. 208 non prevede più il caso della decadenza per mancata comparizione di entrambe le parti, e stabilisce che qualora non si presenti la parte su istanza della quale deve darsi luogo all'assunzione del mezzo di prova, il g.i. la dichiara decaduta, salvo che l'altra parte presente non ne chieda l'assunzione.

La predetta modifica del testo legislativo non importa il rilievo di ufficio della decadenza dalla prova, ma determina, anzi si *“riduce al capovolgimento” dell’iniziativa della controparte: prima della novella, era*

⁹⁹ Cass. n. 5264/89.

¹⁰⁰ Cfr., in proposito, De Stefano, *L'istruzione della causa nel nuovo processo civile*.

*necessaria una sua condotta positiva per fare dichiarare la decadenza; dopo la novella, è necessaria una sua condotta per evitare di fare dichiarare la decadenza*¹⁰¹.

Va da sé che in mancanza di una manifestazione della controparte di fare assumere la prova anche in assenza della parte che l'aveva richiesta, il giudice è *tenuto* a pronunciare la decadenza¹⁰².

Più controversa è la soluzione del quesito in esame per l'ipotesi di decadenza dalla prova contemplata nell'art. 104 disp. att.. Da un lato, infatti, la mancata modificazione di detta norma in sede di riforma, potrebbe indurre a ritenere ancora operativo l'orientamento prevalente in giurisprudenza circa la necessità dell'eccezione di parte per la declaratoria di decadenza dalla prova in caso di omessa intimazione dei testimoni. Tuttavia, poiché il nuovo processo civile ha stabilito una serie di rigide preclusioni, predisposte per evitare il ricorso a quelle tecniche dilatorie frequenti prima della novella, si sta ormai affermando una diversa interpretazione della norma in esame, nel senso che la decadenza dalla prova ai sensi dell'art. 104 disp. att. sia rilevabile di ufficio¹⁰³.

Tuttavia, può indicarsi anche una *terza via*. Partendo dal presupposto che, secondo autorevole dottrina, l'ipotesi di decadenza dalla prova prevista dall'art. 104 disp. att. va inquadrata nell'ambito della fattispecie generale di cui all'art. 208 c.p.c.¹⁰⁴, il meccanismo processuale dettato in ordine a tale

¹⁰¹ Così De Stefano, *op. cit.*

¹⁰² Ancora De Stefano, *op. cit.*

¹⁰³ Vedi, in proposito, Tribunale di Roma, sentenza 18/11/97, in *Il Foro Italiano*, 1998, I, 2006; Tribunale di Napoli, sentenza 24/6/99, commentata in *Giurisprudenza Napoletana*, 10/99, 224.

¹⁰⁴ Andrioli, *op. cit.*

ultima norma dalla riforma del nuovo processo civile potrebbe applicarsi, con i dovuti adattamenti, anche alla decadenza per mancata intimazione ai testimoni. Ossia, dinanzi alla mancata comparizione del teste non intimato ed in assenza di una specifica eccezione di parte, la declaratoria di decadenza dalla prova di una parte andrebbe subordinata al comportamento tenuto dalla controparte: se quest'ultima si associa alla richiesta di rinvio "in prosieguo prova" avanzata dall'avversario, il giudice, dinanzi a detta manifestazione di volontà evidentemente contraria alla pronuncia di decadenza (e, quindi, dal tenore analogo alla richiesta di assunzione della prova prevista dall'art. 208 c.p.c.), non potrà dichiarare la parte decaduta dalla prova, ma dovrà accordare il rinvio.

In ogni caso, entrambe le ipotesi di decadenza sopra descritte prevedono una possibilità di revoca qualora la mancata comparizione sia stata cagionata da causa non imputabile alla parte stessa (ed evidente appare il coordinamento testuale con l'istituto della rimessione in termini *ex art. 184 bis c.p.c.*), ovvero se l'omessa intimazione risulti giustificata, ossia non dovuta a colpa o a negligenza¹⁰⁵.

Assunzione della prova testimoniale

E' noto che, a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 149/95, il giuramento del testimone previsto dall'art. 251 c.p.c., è stato sostituito con la dichiarazione di impegno a dire la verità. La mancata prestazione di detta dichiarazione non comporta la nullità della prova testimoniale, in difetto di una espressa comminatoria di legge, in quanto la dichiarazione di impegno non costituisce un requisito indispensabile affinché

¹⁰⁵ Vedi, sul punto, Laudisa, *op. cit.*.

l'atto raggiunga lo scopo cui è destinato¹⁰⁶

Vale la pena, poi, di ricordare che pur imponendo la norma in esame l'audizione separata dei testimoni, l'escussione di un teste che abbia assistito alle deposizioni dei testimoni precedentemente sentiti, non comporta la nullità della prova, atteso che l'inosservanza di tale disposizione rileva solo ai fini della valutazione dell'attendibilità del teste e non attiene alla sussistenza dei requisiti formali indispensabili per il raggiungimento dello scopo dell'atto, ai sensi dell'art. 156 c.p.c.¹⁰⁷.

A norma dell'art. 252 c.p.c., il giudice deve richiedere al testimone non solo le sue generalità, ma anche notizie circa rapporti di parentela, affinità, affiliazione o dipendenza con alcuna delle parti, oppure interesse in causa. Come osservato da autorevole dottrina, le dichiarazioni rese in proposito dal teste rispondono all'esigenza sia di consentire l'esclusione dei testimoni incapaci *ex art. 246 c.p.c.*, sia di individuare possibili ragioni di parzialità del teste, destinate a condizionare la valutazione delle sue dichiarazioni¹⁰⁸.

Gli artt. 253, 254 e 257, 2° comma c.p.c., dando concreta attuazione alla funzione di direzione del processo attribuiti programmaticamente dall'art. 175 al giudice, conferisce a quest'ultimo una serie di poteri nell'ambito dell'assunzione della prova testimoniale.

In particolare, il giudice può: interrogare direttamente il testimone sui fatti indicati nei capitoli di prova ammessi, rivolgendogli, altresì, d'ufficio o su istanza delle parti, tutte le domande che ritiene utili a chiarire i fatti

¹⁰⁶ Cass. n. 11617/90 dettata con riferimento alla formula del giuramento.

¹⁰⁷ Cass. n. 7800/93.

¹⁰⁸ Taruffo, *op. cit.*.

medesimi (mentre alle parti e al pubblico ministero è vietato interrogare direttamente i testimoni); disporre, sempre d'ufficio o su istanza delle parti, nell'ipotesi di divergenze tra le deposizioni di due o più testimoni, che questi ultimi siano messi a confronto; disporre che siano sentiti i testimoni dei quali ha ritenuto superflua l'audizione a norma dell'art. 245, ovvero dei quali ha consentito la rinuncia, nonché esaminare i testimoni già interrogati, al fine di chiarire la loro deposizione o di correggere irregolarità avveratesi nel precedente esame.

A tal proposito, va detto che censurabile appare la prassi diffusa negli uffici giudiziari di far assumere la prova dai difensori, e ciò non solo perché in evidente contrasto con il disposto di cui all'art. 253, ma anche perché non permette il controllo del giudice sulla regolarità dell'assunzione, e perché fa venir meno quel contatto immediato dell'organo giudiziario con il teste, da cui dipende gran parte del valore probatorio della testimonianza¹⁰⁹

Quanto ai poteri conferiti al giudice nell'ambito dell'esame del teste, va ricordato il contrasto giurisprudenziale tra l'orientamento in base al quale non si può interrogare il testimone su fatti diversi da quelli dedotti, poiché il giudice è tenuto, di norma, a giudicare sulla base delle prove proposte dalle parti, e, conseguentemente, non può arbitrarsi a ricercare nuovi elementi di giudizio per ovviare all'eventuale inconcludenza o insufficienza del mezzo istruttorio offertogli¹¹⁰; e l'altro, più recente, secondo cui è consentito al giudice di estendere l'indagine anche a circostanze non specificamente dedotte, purchè attinenti ai fatti articolati, e sempre che non vi sia

¹⁰⁹ Così Laudisa, *op. cit.*.

¹¹⁰ Cass. nn. 761/76, 301/69, 1988/62.

opposizione della parte interessata, in quanto le formalità di deduzione della prova per testi sono poste nell'esclusivo interesse del privato¹¹¹.

Si discute, poi, se il testimone possa limitarsi a confermare il capitolato di prova. Pur se il prevalente orientamento tende ad ammettere tale modalità di assunzione della prova¹¹², pare opportuno evitare ciò ai fini della valutazione in ordine all'attendibilità della deposizione, che, se limitata ad una generica asserzione, non consente al giudice di comprendere se il testimone abbia o meno inteso la domanda rivoltagli.

Va ricordata, infine, la possibilità di disporre d'ufficio la chiamata a deporre di altre persone alle quali i testimoni escussi abbiano fatto riferimento (art. 257, 1° comma c.p.c.), facoltà questa che va esercitata dal giudice qualora ritenga che, dall'escussione di altre persone, non indicate dalle parti, ma presumibilmente a conoscenza dei fatti, possa trarre elementi per la formazione del proprio convincimento¹¹³.

Se il testimone regolarmente intimato, non si presenta senza giustificato motivo, il giudice può sanzionarlo con l'irrogazione di una sanzione pecuniaria e disporre l'accompagnamento coattivo (art. 255 c.p.c.).

Qualora, invece, il testimone rifiuti di giurare o di deporre senza giustificato motivo, ovvero vi sia il fondato sospetto che non abbia detto la verità o sia stato reticente, va disposta la trasmissione degli atti all'ufficio del P.M. per l'esercizio dell'azione penale.

Va, poi, ricordato che le parti possono assistere personalmente all'assunzione dei mezzi di prova (art. 206 c.p.c.), e devono stare in silenzio,

¹¹¹ Cass. nn. 4948/78, 2401/76, 414/76.

¹¹² Cass. nn. 3186/59 e 138/51; *contra*, Cass. n. 2961/52.

¹¹³ Cass. nn. 3946/80 e 3624/79.

salvo che ottengano dal giudice, a mezzo del proprio difensore, l'autorizzazione ad interloquire (art. 84 disp. att. c.p.c.). E' stato, a tal proposito, osservato che la presenza delle parti di persona, oltre a costituire una fondamentale estrinsecazione del principio del contraddittorio, *risponde essenzialmente all'esigenza di facilitare il compito del difensore nella messa in relazione delle risultanze delle prove, durante il loro raccoglimento, con gli altri fatti storici conosciuti dalle parti di persona, onde consentire una più agevole ed immediata reazione all'andamento della stessa assunzione*¹¹⁴.

La valutazione della prova testimoniale

Occorre, infine, rilevare che, per costante giurisprudenza, la valutazione delle risultanze della prova testimoniale e il giudizio sull'attendibilità dei testi e sulla credibilità di alcuni invece che di altri involgono apprezzamenti di fatto riservati al giudice di merito, il quale, nel porre a fondamento della decisione una fonte di prova ad esclusione delle altre non incontra altro limite che quello di indicare le ragioni del proprio convincimento, con una motivazione congrua ed immune da vizi logici¹¹⁵, senza esser peraltro tenuto a discutere ogni singolo elemento o a confutare tutte le deduzioni difensive¹¹⁶.

Peraltro, in giurisprudenza, l'esame della valutazione della prova testimoniale ha condotto ai principi esposti nelle seguenti massime:

- a) la semplice inverosimiglianza o scarsa credibilità di un fatto in quanto si discosti dall'*id quod prelurmque accidit*, come non può essere ostativa

¹¹⁴ Così De Stefano, *op. cit.*

¹¹⁵ Cass. nn. 2834/88, 4759/87, 8/83, 181/81.

¹¹⁶ Cass. nn. 2008/96, 3498/94, 4346/86, 1496/83

all'ammissione della prova testimoniale, così non può di per sé costituire ragione per disattendere la testimonianza che abbia evidenziato la ricorrenza del fatto medesimo, ove non concorrano altri motivi per escludere l'attendibilità del teste¹¹⁷;

- b) il giudice di merito, nel sovrano apprezzamento delle prove, è libero di fondare il proprio convincimento sugli elementi istruttori che ritenga più attendibili ed idonei alla risoluzione della controversia e non è obbligato ad accettare integralmente la deposizione di un teste, potendo scinderla ed accettarla soltanto per quella parte che, secondo il suo prudente apprezzamento, meglio si armonizzi con altre risultanze di causa¹¹⁸;
- c) in ipotesi di testimonianze contrastanti, il giudice ben può ritenere inattendibili entrambe le versioni, con la conseguente impossibilità di trarre da esse convincenti elementi di prova¹¹⁹.

LA CONSULENZA TECNICA D'UFFICIO

La natura giuridica e la funzione della consulenza tecnica d'ufficio

A differenza del codice di procedura civile del 1865 - che poneva in risalto soprattutto l'opera dei periti, facendo rientrare la "perizia" tra i mezzi di prova - l'attuale codice di rito esalta il profilo soggettivo della figura del consulente tecnico, inserendolo nella categoria degli ausiliari del giudice (Libro I, Titolo I, Capo III, artt. 61 - 64). Tuttavia, stante l'importanza che

¹¹⁷ Cass. nn. 3952/82 e 2948/62.

¹¹⁸ Cass. n. 985/62

¹¹⁹ Cass. n. 2273/67.

assume nel corso dell'attività istruttoria di un giudizio, l'istituto in esame viene disciplinato anche nel contesto dell'istruzione probatoria (Libro II, Capo II, Sezione III, § 1, artt. 191 – 201), sia pure in maniera distinta e separata dalle norme sull'assunzione dei mezzi di prova in generale e sui singoli mezzi probatori (contemplate nei due successivi §§ della Sezione dedicata all'istruzione probatoria della causa).

Ciò rispecchia in pieno l'ambiguità della figura della consulenza tecnica sotto il profilo dell'inquadramento giuridico¹²⁰. Essa, infatti, pur non potendosi configurare a stretto rigore un mezzo di prova¹²¹, rappresenta un *procedimento istruttorio di integrazione*¹²², in quanto se normalmente costituisce un mezzo di valutazione, sotto il profilo tecnico-scientifico, di dati già acquisiti, può in alcuni casi assurgere a fonte oggettiva di prova come strumento di accertamento e di descrizione di fatti, senza che ciò comporti il venir meno dell'onere della prova¹²³.

Invero, se la formulazione del primo comma dell'art. 61 c.p.c.¹²⁴, in armonia con la denominazione di *consulente tecnico*, sembrerebbe limitare la funzione del predetto ausiliare a quella di un soggetto, fornito di particolari cognizioni tecniche, chiamato a consigliare il giudice con relazioni e pareri non vincolanti, in quelle discipline che il giudice non è tenuto a conoscere, la facoltà concessa al consulente tecnico di compiere le indagini che gli sono

¹²⁰ In proposito, vedi Villani, *Alcuni profili problematici della consulenza tecnica d'ufficio nel processo civile*, in *La prova nel processo civile*, Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura, 1999, n. 108.

¹²¹ Come costantemente affermato dalla giurisprudenza: tra le tante, vedi Cass. nn. 4720/96, 132/96, 11133/95.

¹²² La predetta definizione è riportata in De Stefano, op. cit.,

¹²³ In tal senso, la succitata Cass. n. 132/96.

¹²⁴ *Quando è necessario, il giudice può farsi assistere, per il compimento di singoli atti o per tutto il processo, da uno o più consulenti di particolare competenza tecnica.*

commesse dal giudice (art. 62 c.p.c.), amplia la sfera dei compiti e dei poteri dell'ausiliare anche ad un'attività di accertamento dei fatti, e ciò o quando lo stesso accertamento di un fatto richiede cognizioni tecniche che il giudice non possiede, o quando tali cognizioni occorrono per la valutazione del fatto (ed in tal caso può essere affidato al consulente pure il mero accertamento del fatto) o quando, pur trattandosi di accertare un fatto che non richiede particolari cognizioni tecniche vi siano motivi che giustifichino la nomina di un consulente¹²⁵.

In definitiva, la consulenza tecnica va annoverata tra *i mezzi di istruzione probatoria in senso lato*¹²⁶, in quanto non può essere disposta per la ricerca delle prove che le parti hanno l'onere di fornire o per ovviare alle carenze probatorie imputabili alle parti stesse¹²⁷, non perseguendo, almeno in modo diretto, lo scopo di *provare* (e, perciò, di *accertare*) i fatti *controversi*¹²⁸. Essa, tuttavia, può costituire *fonte oggettiva di prova* se è un mezzo di accertamento necessario di situazioni rilevabili esclusivamente con ricorso a determinate cognizioni tecniche o particolari strumentazioni¹²⁹.

¹²⁵ Così Vellani, *Consulenza tecnica nel diritto processuale civile*, in *Novissimo Digesto Italiano*, il quale, tra le attività che, pur non richiedendo particolari cognizioni tecniche, è opportuno demandare al consulente, pone l'esempio dell'ispezione corporale di cui agli artt. 259 e 260 c.p.c..

¹²⁶ Vedi, in proposito, Comoglio, *Le prove civili*.

¹²⁷ Cfr. Cass. nn. 2205/96, 11133/95, 5645/88, 5990/86 e 7186/86.

¹²⁸ Così Comoglio, *op. cit.*

¹²⁹ In tal senso, tra le tante, Cass. nn. 342/97, 6166/96, 2514/95, 2083/95, 7880/94. Sulla scia di tale orientamento giurisprudenziale, vedi le interessanti considerazioni svolte in Comoglio, *op. cit.*, nel § *La consulenza tecnica come vero e proprio mezzo di prova, o come fonte oggettiva di prova, in rapporto alla cd. prova scientifica*. L'autore, in particolare, ritiene che quando al consulente sia affidato l'incarico di *accertare* i fatti ancora incerti e non provati (né altrimenti dimostrabili), la consulenza opera quale *fonte oggettiva di prova*, e le sue risultanze sono pienamente utilizzabili dal giudice, nel momento decisivo, alla stessa stregua di ogni altra prova *libera*, condividendone i medesimi requisiti di autonomia e autosufficienza.

Ammissione della consulenza tecnica e conferimento dell'incarico

A norma dell'art. 61, 1° comma c.p.c., “quando è necessario, il giudice *può* farsi assistere ... da uno o più consulenti di particolare competenza tecnica”.

Il chiaro disposto normativo e la considerazione dianzi esposta circa l'esclusione dell'istituto in esame dall'ambito dei mezzi di prova, rimettono alla piena discrezionalità del giudice la decisione in ordine all'ammissione della consulenza tecnica, ricorrendone la necessità o la opportunità ai fini della soluzione della lite¹³⁰.

Tuttavia, il principio secondo cui il provvedimento che dispone la consulenza tecnica rientra nel potere discrezionale del giudice del merito, incensurabile in sede di legittimità, va contemperato con l'altro principio in base al quale il giudice deve sempre motivare adeguatamente la decisione adottata in merito ad una questione tecnica rilevante per la definizione della causa, con la conseguenza che quando il giudice disponga di elementi istruttori e di cognizioni proprie, integrati da presunzioni e da nozioni di comune esperienza, sufficienti a dar conto della decisione adottata, non può essere censurato il mancato esercizio di quel potere, mentre se la soluzione scelta non risulti adeguatamente motivata, è sindacabile in sede di legittimità sotto l'anzidetto profilo¹³¹.

¹³⁰ Soltanto in alcuni casi la nomina del consulente tecnico è obbligatoria: nelle cause per sinistri marittimi, in deroga alla disciplina generale, la nomina del c.t.u. è obbligatoria qualora la causa presenti questioni tecniche (artt. 599 e 600 cod. nav.); nei processi di primo grado relativi a domande di prestazioni previdenziali o assistenziali che richiedano accertamenti tecnici la c.t.u. è obbligatoria *ex art.* 445 c.p.c., essendo invece facoltativa in appello (Cass. nn. 12354/98, 2187/86, 4428/82).

¹³¹ Così Cass. n. 7964/95. Il principio secondo il quale la mancata ammissione della consulenza va adeguatamente motivato dal giudice è costantemente affermato dalla giurisprudenza: cfr. Cass. nn. 13209/91, 4472/84, 2013/82. Tuttavia, per Cass. n. 2497/86,

Va, inoltre, evidenziato che - una volta accordata alla consulenza tecnica la veste di strumento necessario all'accertamento ed alla descrizione dei fatti, laddove i fatti da accertare siano riscontrabili solo attraverso specifiche cognizioni od esperienze tecniche - quando la decisione della controversia dipende dalla risoluzione di una questione tecnica e si tratta, quindi, di accertare elementi rispetto ai quali la consulenza si presenti come lo strumento più funzionale ed efficiente d'indagine, il giudice non può, da un lato, respingere, sia pure implicitamente, l'istanza di ammissione della consulenza tecnica d'ufficio e, dall'altro, ritenere non accertati i fatti che la consulenza avrebbe potuto accertare¹³².

Ciò premesso, prima di passare all'esame del contenuto dell'ordinanza di nomina del consulente tecnico d'ufficio, risulta necessario valutare se, alla luce delle scansioni processuali imposte dal nuovo codice di rito, ricorrono delle preclusioni di natura temporale in relazione al provvedimento in questione. In particolare, dinanzi alla scelta del legislatore tendente a distinguere in maniera netta le fasi della delimitazione del cd. *thema decidendum* della lite da quella di deduzione dei mezzi istruttori, ci si è chiesto se la consulenza tecnica possa essere disposta fin dalla prima delle due fasi indicate, e già all'udienza di prima comparizione della causa¹³³.

Sul punto, va detto che, secondo parte della dottrina, la soluzione positiva del quesito da ultimo indicato cozza sia con le disposizioni introdotte dal codice di procedura come novellato in sede di ammissione e

la parte, nell'istanza di ammissione della consulenza, deve avere indicato le ragioni dell'indispensabilità delle indagini tecniche.

¹³² Vedi, sul punto, Cass. n. 3232/84.

¹³³ In proposito, vedi l'accurata disanima del quesito svolta da Villani, *op. cit.*

disposizione di ufficio dei mezzi istruttori (art. 184 c.p.c.), sia con la previsione dell'accertamento tecnico preventivo in corso di causa, che verrebbe a perdere di qualsivoglia utilità (fatte salve le ipotesi del processo sospeso o interrotto), potendo la parte più agevolmente chiedere al giudice di disporre la consulenza tecnica, piuttosto che ricorrere all'istruzione preventiva¹³⁴. Inoltre, sempre per i fautori della tesi restrittiva, la consulenza tecnica disposta successivamente all'espletamento dei mezzi istruttori ammessi consente, da un lato, di evitare un'attività superflua ai fini della decisione (come accadrebbe, ad esempio, se si effettuasse una consulenza medico legale per accertare i danni alla persona conseguenti ad un sinistro prima dell'espletamento delle prove sulla responsabilità dell'incidente, per mezzo delle quali venisse poi provato che, in realtà il conducente danneggiato è l'unico responsabile del sinistro); dall'altro, di delimitare con precisione l'oggetto della valutazione rimessa all'ausiliare, riducendo così la probabilità di richiedere successivamente chiarimenti o integrazioni dell'elaborato, nonchè di indicare al consulente gli atti ed i fatti in essi rappresentati da prendere in considerazione ai fini dell'indagine, senza timore di eludere il principio dell'onere della prova¹³⁵.

Il primo degli argomenti dianzi esposti non sembra decisivo ai fini della soluzione del problema in esame. Infatti, come si è visto, la consulenza tecnica non rientra tra i mezzi di prova, di talchè non sembrerebbero trovare applicazione con riferimento ad essa il rigido meccanismo delle scansioni di natura temporale previsto dal nuovo processo civile. D'altronde, ai sensi

¹³⁴ In tal senso, Cataldi – Scarafoni, *Il consulente tecnico nel processo civile*.

¹³⁵ Sempre Secondo Cataldi – Scarafoni, *op. cit.*.

dell'art. 61 c.p.c., il giudice può farsi assistere, ... *per tutto il processo*, dal consulente tecnico, e, quindi, anche per le udienze di preparazione del giudizio di cui agli artt. 180 e 183 c.p.c.¹³⁶. Tra l'altro, è ormai diffusa la tesi della non tassatività delle attività elencate nell'art. 180 c.p.c.¹³⁷, e ciò comporta la possibile nomina di un consulente tecnico già all'udienza di prima comparizione, soprattutto laddove l'espletamento della consulenza possa consentire un adeguato e consapevole interrogatorio libero delle parti ed un efficace tentativo di conciliazione¹³⁸.

Tuttavia, se le predette ragioni escludono la ricorrenza di qualsivoglia preclusione di natura temporale nella nomina di un consulente tecnico, va detto che motivi di opportunità – primo tra tutti quello di evitare un'attività che possa risultare superflua, dopo l'espletamento dell'attività istruttoria in senso stretto, ai fini della decisione – consigliano di limitare il ricorso all'ausilio di un collaboratore fin dalla prima fase del giudizio soltanto quando ciò appare realmente necessario.

¹³⁶ Sul punto, vedi Villani, *op. cit.*. L'Autore, ponendo in evidenza le finalità che hanno mosso il legislatore del 1940 ad individuare nel consulente tecnico un ausiliare del giudice che lo possa assistere lungo tutto l'*iter* procedimentale, non esclude la possibile nomina del consulente tecnico già all'udienza di prima comparizione.

¹³⁷ Cfr., in proposito, sempre Villani, *op. cit.*, ove sono riportati anche i risultati sulle risposte date da colleghi ad un questionario elaborato dall'A.N.M., con particolare riferimento alla possibile adozione di particolari provvedimenti fin dalla udienza di prima comparizione (provvedimenti cautelari, ordinanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo opposto, ordinanze *ex artt. 186 bis e ter c.p.c.*, ammissione della consulenza tecnica), nonostante la mancata previsione di detti provvedimento nell'elenco delle attività previste dall'art. 180 c.p.c.. Da notare, per quello che interessa in questa sede, che, contrariamente a tutti gli altri tipi di provvedimenti, i magistrati che hanno risposto al questionario si sono pronunciati in larga parte (oltre il 67%), a sfavore della nomina del consulente tecnico all'udienza di prima comparizione.

¹³⁸ Così, in giurisprudenza, Tribunale di Lecce, ordinanza 22/11/96, in *Il Foro Italiano*, 1996, I, 1627. In senso critico, Cataldi – Scarafoni, *op. cit.*, ove si evidenzia che potendo il giudice rinnovare in qualunque momento il tentativo di conciliazione, esso può essere esperito non solo nel corso della prima udienza di trattazione *ex art. 183 c.p.c.*, ma anche successivamente, dopo il deposito dell'elaborato peritale.

Ai sensi degli artt. 191, 1° comma e 22 disp. att. c.p.c. il giudice istruttore (ma anche il collegio, a norma dell'art. 281 c.p.c.¹³⁹, per le cause in cui la decisione sia di spettanza dell'organo collegiale) effettua la nomina di un consulente tecnico scegliendo, di norma, tra quelli iscritti nell'albo del tribunale di appartenenza del giudice. L'art. 22 succitato consente, poi, la nomina di un consulente iscritto in albi di altro tribunale o non iscritto in alcun albo, con l'unico limite che il giudice deve sentire il Presidente del tribunale ed indicare i motivi della sua scelta. Il mancato rispetto di dette formalità – rispondenti alla duplice finalità di evitare facili abusi da parte del giudice nella nomina del consulente e di privilegiare la nomina degli iscritti all'albo, dei quali si è verificata la competenza tecnica all'atto dell'esame della domanda di iscrizione¹⁴⁰ - non determina alcuna forma di nullità (peraltro non espressamente comminata), considerato che le norme che disciplinano la scelta del consulente tecnico hanno natura e finalità semplicemente direttive; pertanto, la scelta del consulente, anche con riferimento alla categoria professionale di appartenenza ed alla sua competenza qualificata, è riservata all'apprezzamento discrezionale del giudice del merito¹⁴¹.

A norma dell'art. 191, 2° comma c.p.c., possono essere nominati più

¹³⁹ Cfr., in proposito, Cataldi – Scarafoni, *op. cit.*.

¹⁴⁰ Così Cataldi – Scarafoni, *op. cit.*.

¹⁴¹ Vedi Cass. nn. 481/86, 1025/83 e 4884/84. In senso conforme anche Cass. n. 2834/83, secondo la quale, inoltre, la nomina di un consulente tecnico di ufficio iscritto nell'albo di un tribunale diverso da quello in cui ha sede il giudice investito della causa non integra alcuna ipotesi di nullità e non determina violazione del diritto di difesa garantito dal 2° comma dell'art. 24 cost., salvo che la nomina stessa si risolva in un'oggettiva difficoltà di entità tale da pregiudicare in modo assoluto l'esercizio di questo diritto. Per Cataldi – Scarafoni, *op. cit.*, il mancato rispetto della disposizione dell'art. 22 disp. att. c.p.c., per il caso di nomina di un consulente al di fuori dell'albo od in violazione del procedimento descritto in detta norma, può dar luogo a responsabilità disciplinare del giudice istruttore.

consulenti soltanto in caso di grave necessità o quando la legge espressamente lo disponga. La grave necessità ricorre quando siano necessarie conoscenze che un solo consulente non può possedere o anche quando la mole di lavoro da affidare al consulente sia tale che uno solo di essi non potrebbe svolgerla in un termine ragionevole¹⁴². In ogni caso, qualora siano nominati più consulenti tecnici non è richiesto il numero dispari in quanto, non avendo il consulente il compito di emettere una pronuncia, non si presenta il problema di una decisione a maggioranza¹⁴³.

Con l'ordinanza di nomina (da motivare succintamente ai sensi dell'art. 134 c.p.c.¹⁴⁴), il giudice fissa l'udienza nella quale il consulente tecnico deve comparire per il giuramento ed il conferimento dell'incarico.

Anche se il giudice può indicare i quesiti da porre al consulente tecnico direttamente all'udienza di comparizione dell'ausiliare, è opportuno formulare l'incarico all'atto della nomina, momento in cui il giudice, avendo valutato la rilevanza della consulenza ai fini della decisione della causa, ha ben chiare le ragioni per le quali ha disposto in tal senso, ed è quindi in grado di indicare in maniera più precisa le specifiche attribuzioni del consulente¹⁴⁵.

Sia ben chiaro che la consulenza tecnica d'ufficio non può essere strumento di eterointegrazione delle cognizioni giuridiche del magistrato¹⁴⁶,

¹⁴² Così Vellani, *op. cit.*. Secondo l'Autore non vi sono ragioni ostative per nominare più consulenti laddove le parti siano d'accordo nell'accollarsi il relativo onere.

¹⁴³ Sempre Vellani, *op. cit.*

¹⁴⁴ Per Cataldi – Scarafoni, *op. cit.*, soprattutto quando non c'è stata contestazione tra le parti, la motivazione della scelta di ricorrere alla consulenza ed all'opera di quel singolo ausiliare è implicita nella stessa adozione del provvedimento.

¹⁴⁵ Secondo Cataldi – Scarafoni, *op. cit.*, è importante che nella formulazione del quesito il giudice abbia ben presente i termini della contesa processuale, in quanto le parti hanno la tendenza a dare ingresso, nella consulenza, ad altre questioni connesse ma estranee a quella oggetto del giudizio.

¹⁴⁶ Così Villani, *op. cit.*

stante la propria natura di strumento volto alla risoluzione di questioni di fatto presupponenti cognizioni di ordine meramente tecnico.

Ciò comporta che non può essere delegato al consulente il giudizio sulla qualificazione giuridica dei fatti e atti dal medesimo acquisiti, costituendo tale giudizio l'indeclinabile essenza della giurisdizione¹⁴⁷. Né l'incarico può essere esteso fino all'interpretazione e valutazione di prove documentali, allo scopo di esprimere un giudizio che è riservato al giudice, circa l'esistenza di obbligazioni a carico di una delle parti in causa, e la colpevolezza o meno dell'inadempimento di una di esse¹⁴⁸.

Del pari non possono essere oggetto di consulenza le norme scritte, primarie e non, dell'ordinamento italiano e di quello comunitario, che il giudice è tenuto a conoscere¹⁴⁹, mentre potrebbe esserlo la ricerca di norme consuetudinarie¹⁵⁰ ovvero l'accertamento della legge straniera¹⁵¹.

Con il provvedimento di nomina, da comunicarsi al consulente a

¹⁴⁷ Cass. n. 2470/85. Vedi anche Cass. n. 7936/87, secondo la quale irritualmente il giudice pone al consulente tecnico d'ufficio il quesito volto alla qualificazione giuridica dei fatti dedotti in giudizio, senza, però, che la irritualità di tale quesito comporti di per sé la nullità della consulenza e della sentenza che la segue, sia perché il consulente potrebbe non invadere il campo riservato al giudice, sia perché la sentenza potrebbe fondarsi solo su altro materiale probatorio, senza utilizzare quello raccolto dal consulente

¹⁴⁸ Cass. n. 8206/93. Vedi, in dottrina, Giudiceandrea, *Consulente tecnico (diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia del Diritto*: secondo l'Autore non possono essere proposti al consulenti quesiti giuridici, attuando così una delega della giurisdizione, priva, *de iure*, di ogni effetti; ciò non esclude che il consulente possa far riferimento, nella sua relazione, a norme giuridiche inerenti all'indagine tecnica a lui demandata.

¹⁴⁹ In questi termini, Villani, *op. cit.*.

¹⁵⁰ In senso favorevole Cataldi – Scarafoni, *op. cit.*; per Villani, *op. cit.*, ciò è possibile laddove il giudice non possa ricostruire l'uso attraverso il mezzo documentale costituito dalle raccolte nazionali e provinciali o quando l'uso è contestato.

¹⁵¹ Secondo Cataldi – Scarafoni, *op. cit.*, il giudice può ricorrere in tal caso all'ausilio di un consulente in base al disposto dell'art. 14 della L. n. 218 del 31/5/95, di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato che sancisce: *l'accertamento della legge è compiuto d'ufficio dal giudice. A tal fine questi può avvalersi, oltre che degli strumenti indicati dalle convenzioni internazionali, di informazioni acquisite per il tramite del ministero di Grazia e Giustizia; può altresì interpellare esperti o istituzioni specializzate.*

norma dell'art. 192, 1° comma c.p.c., il giudice deve assegnare alle parti un termine entro il quale le stesse possono nominare, con dichiarazione ricevuta dal cancelliere, un loro consulente tecnico di parte (art. 201, 1° comma c.p.c.). Si sostiene che l'omessa indicazione di tale termine non vizia la consulenza, perché la parte interessata potrà chiedere al giudice l'integrazione del provvedimento a norma dell'art. 289 c.p.c., ovvero potrà ugualmente procedere alla nomina del proprio consulente¹⁵². Tuttavia, è affermato in giurisprudenza che la natura ordinatoria del termine assegnato alle parti dal giudice non comporta che la sua inosservanza sia priva di effetti giuridici, atteso che il rimedio per ovviare alla scadenza del termine è quello della proroga prima del verificarsi di essa, ai sensi dell'art. 154 c.p.c.; pertanto, il decorso del termine ordinatorio senza la previa presentazione di un'istanza di proroga ha gli stessi effetti preclusivi della scadenza del termine perentorio ed impedisce la concessione di un nuovo termine per svolgere la medesima attività¹⁵³.

L'ordinanza di nomina va, poi, comunicata alle parti, se adottata fuori udienza ai sensi del 2° comma dell'art. 176 c.p.c.. Le parti vanno avvisate anche nell'eventualità di uno slittamento del conferimento dell'incarico al consulente, nell'ipotesi di un rinvio d'ufficio ad un'udienza non immediatamente successiva rispetto a quella stabilita. Ciò, tuttavia, a pena di invalidità relativa, da eccepirsi nella prima istanza o difesa successiva al

¹⁵² Così Vellani, *op. cit.*. Sul punto Cataldi – Scarafoni, *op. cit.*, richiama due lontane pronunce giurisprudenziali secondo le quali, se il giudice ha ommesso di concedere un termine per la nomina dei consulenti tecnici di parte, questi ultimi possono essere nominati sino all'inizio delle operazioni peritali (Cass. n. 2337/64) o addirittura sino a che queste non siano concluse (Cass. n. 4198/84).

¹⁵³ Cass. n. 8976/92.

deposito della relazione; ed anzi la relativa eccezione deve essere dedotta nelle conclusioni definitive, intendendosi altrimenti rinunciata¹⁵⁴.

L'ordinanza di ammissione della consulenza tecnica d'ufficio non è impugnabile. Invero, venuto meno con la L. n. 353/90 l'istituto del reclamo al collegio avverso l'ordinanza sulle prove (secondo alcuni utilizzabile anche nei confronti dell'ordinanza in esame¹⁵⁵), ed escluso il ricorso per cassazione *ex art. 111 Cost.* (trattandosi di provvedimento privo di contenuto decisorio della lite), l'ordinanza di ammissione o di diniego della consulenza tecnica d'ufficio può soltanto essere revocata dallo stesso giudice che l'ha emessa, *ex art. 177 c.p.c.*¹⁵⁶.

Ai sensi dell'art. 63, 1° comma c.p.c., è obbligato a prestare il suo ufficio il consulente tecnico scelto tra gli iscritti in un albo, tranne che il giudice riconosca la ricorrenza di un giusto motivo di astensione. L'inosservanza di detto obbligo comporta responsabilità di natura penale, incorrendo il consulente nel reato di cui all'art. 366, 2° comma c.p.

L'astensione dall'incarico è, quindi, contemplata soltanto per il consulente tecnico inserito in un albo di tribunale, mentre colui che, pur nominato, non è iscritto in nessun albo, è libero di accettare o meno l'incarico, senza dover addurre particolari giustificazioni (art. 192, 2° comma c.p.c.)¹⁵⁷.

L'ordinamento non indica specifici motivi di astensione, né impone al

¹⁵⁴ Così E. Protetti – M.T. Protetti, *La consulenza tecnica nel processo civile*.

¹⁵⁵ A favore di detta ipotesi, Giudiceandrea, *op. cit.*

¹⁵⁶ In senso conforme, E. Protetti – M.T. Protetti, *op. cit.*; Cataldi – Scarafoni, *op. cit.*

¹⁵⁷ Per Vellani, *op. cit.*, il consulente tecnico scelto tra le persone non iscritte negli albi può insindacabilmente rifiutare l'incarico, e, in seguito al suo rifiuto, anche se non motivato, il giudice non può fare altro che sostituirlo.

consulente iscritto all'albo l'obbligo di astenersi¹⁵⁸. In ogni caso, si può tranquillamente affermare che il *giusto motivo di astensione* ricorra nei casi elencati dall'art. 51 c.p.c., oltre che in altre ipotesi *atipiche*, ove in concreto sia ravvisabile l'inopportunità che il consulente tecnico designato assuma l'incarico¹⁵⁹.

Qualora, poi, ricorre una delle ipotesi indicate nel sopracitato art. 51 c.p.c., il consulente può essere ricusato dalle parti (art. 63, 2° comma c.p.c.).

A norma dell'art. 192, 2° comma c.p.c., il consulente tecnico che non ritiene di accettare l'incarico (ossia quello non iscritto all'albo) o quello che, obbligato a prestare il suo ufficio (quello iscritto), intende astenersi, deve farne denuncia o istanza al giudice che l'ha nominato almeno tre giorni prima dell'udienza di comparizione; nello stesso termine le parti debbono proporre le loro istanze di ricusazione, depositando nella cancelleria ricorso al giudice istruttore. Su dette istanze, quest'ultimo provvede con ordinanza non impugnabile (art. 192, 3° comma c.p.c.), scritta in calce al ricorso del consulente o della parte (art. 89 disp. att. c.p.c.), provvedendo, se

¹⁵⁸ Vellani, *op. cit.*, evidenzia che l'art. 192, 2° comma c.p.c., parla del *consulente che ... intende astenersi*. Tuttavia, la giurisprudenza più volte ha enunciato l'obbligo di astensione del consulente tecnico quando ricorre uno dei casi che legittimerebbe le parti a proporre istanza di ricusazione: Cass. nn. 3835/94 e 5005/88. Per detta ultima pronuncia, nel caso in cui il consulente tecnico d'ufficio nominato dal giudice di secondo grado non abbia osservato l'obbligo di astensione, derivantegli, ai sensi del combinato disposto degli art. 63 e 51, n. 4 c.p.c., dall'avvenuto svolgimento del medesimo ufficio nel giudizio di primo grado, la parte interessata deve proporre istanza di ricusazione nei modi e nei termini previsti dall'art. 192 c.p.c., restandole, in difetto, preclusa la possibilità di far valere successivamente la detta situazione di incompatibilità.

¹⁵⁹ In proposito, vedi Cataldi – Scarafoni, *op. cit.*. Gli Autori richiamano, tra i giusti motivi di astensione, anche la perdita sopravvenuta dei requisiti necessari per ottenere l'iscrizione nell'albo dei consulenti tecnici, come quando l'ausiliare nominato, condannato per un reato commesso in danno di un terzo, non è più considerabile "di condotta morale specchiata", come presuppone invece l'art. 15 disp. att. c.p.c.. Detta fattispecie è stata affrontata da Cass. n. 1054/77, che peraltro ha ritenuto in questo caso obbligatoria l'astensione da parte del consulente.

necessario, alla nomina di un nuovo consulente tecnico.

Secondo la dottrina prevalente, il termine per la presentazione delle predette istanze non è perentorio, non essendo prescritto dalla legge a pena di decadenza¹⁶⁰. Per la giurisprudenza, invece, quantomeno con riferimento all'istanza di ricusazione, il termine in questione è perentorio, per cui l'eventuale situazione d'incompatibilità, nella quale venga a trovarsi il consulente tecnico d'ufficio, deve essere fatta valere dalla parte con istanza di ricusazione, ai sensi e nei modi di cui all'art. 192 c.p.c., restando in difetto preclusa ogni possibilità di dedurla successivamente¹⁶¹.

Come previsto dall'art. 193 c.p.c., all'udienza di comparizione, il giudice ricorda al consulente l'importanza delle funzioni che è chiamato ad adempiere, e ne riceve il giuramento *di bene e fedelmente adempiere le funzione affidategli al solo scopo di fare conoscere ai giudici la verità*. Anche il rifiuto di prestare il giuramento integra gli estremi dell'ipotesi di reato di cui all'art. 366, 2° comma c.p..

Il giuramento non ha carattere essenziale, potendo essere eseguito

¹⁶⁰ Per Vellani, *op. cit.*, l'astensione potrà essere presentata o formulata verbalmente anche all'udienza fissata per la comparizione del consulente tecnico. Vellani e Giudiceandrea, *opere citate*, ritengono che, in ogni caso, la ricusazione non può essere proposta dopo l'udienza di comparizione, quando il consulente ha prestato il giuramento e cominciato ad adempiere le funzioni affidategli. Per Cass. n. 2125/85 i motivi di ricusazione del consulente tecnico conosciuti dalla parte dopo la scadenza del termine per proporre l'istanza di ricusazione prevista dall'art. 192 c.p.c., o sopravvenuti al suindicato termine, non possono di per se stessi giustificare una pronuncia di nullità della relazione o di sostituzione del consulente, ma possono soltanto essere prospettati al giudice al fine di una valutazione, a norma dell'art. 196 c.p.c., dell'esistenza di gravi ragioni che giustifichino un provvedimento di sostituzione

¹⁶¹ Cass. nn. 5121/85 e la sopracitata 5005/88. Vedi anche Cass. n. 1215/93, secondo la quale la parte che non ha presentato istanza di ricusazione del consulente tecnico nominato dal giudice nei termini indicati dall'art. 192 c.p.c., non può successivamente far valere la condizione di ricusabilità del consulente per contestare l'efficacia della consulenza, che rimane, pertanto, ritualmente acquisita al processo.

anche dopo l'espletamento dell'incarico¹⁶², contestualmente al deposito della relazione¹⁶³. Peraltro, poiché la legge non commina la nullità della consulenza tecnica d'ufficio in caso di mancata prestazione del giuramento da parte del consulente, ben può il giudice utilizzarne i risultati, pur in presenza di siffatta omissione, ai fini del suo convincimento¹⁶⁴.

Il consulente, poi, prestato il giuramento, di regola sottoscrive il verbale d'udienza per manifestare le attività compiute. La mancata apposizione, da parte del consulente tecnico d'ufficio, della propria firma nel verbale dell'udienza nella quale lo stesso presta giuramento costituisce una mera irregolarità, non suscettibile di incidere sulla validità dell'attività processuale cui il detto verbale si riferisce e che ha la funzione di documentare, né, tantomeno, su quella degli atti successivi¹⁶⁵.

Infine, una volta prestato il giuramento non deve essere più rinnovato nello stesso procedimento, salvo che l'atto nel quale fu prestato sia stato annullato. Non vi è necessità, quindi, di un ulteriore giuramento qualora il giudice provveda a richiamare il consulente tecnico per chiarimenti, ovvero per conferirgli un supplemento di incarico¹⁶⁶.

All'udienza di conferimento dell'incarico, il giudice provvede anche a stabilire un anticipo sul compenso. Vale la pena di sottolineare che il consulente tecnico non può rifiutarsi di accettare l'incarico o di adempiere l'incarico ricevuto qualora il giudice non stabilisca l'anticipo, ovvero quando

¹⁶² In tal senso, Barone, *op. cit.*

¹⁶³ Cass. n. 3907/74.

¹⁶⁴ Cass. nn. 5737/86, 2460/67. *Contra*, Vellani, *op. cit.*, secondo il quale se il giuramento non venisse mai prestato, l'omissione dovrebbe portare alla nullità della consulenza, da far valere però nei termini e nei limiti dell'art. 157.

¹⁶⁵ Cass. n. 10386/96.

¹⁶⁶ Così E. Protetti e M.T. Protetti, *op. cit.*; e Cataldi – Scarafoni, *op. cit.*.

quest'ultimo non gli venga versato dalla parte onerata¹⁶⁷.

L'attività del consulente tecnico d'ufficio

Gli artt. 61, 62, 194, 195 e 197 c.p.c. indicano le modalità dello svolgimento dell'incarico da parte del consulente tecnico d'ufficio.

Invero, l'attività del consulente tecnico sembra, secondo l'impostazione datale da codice di rito, improntata al principio dell'oralità¹⁶⁸.

L'ausiliare, infatti, collaborando con il giudice per il compimento di singoli atti o per tutto il processo (art. 61 c.p.c.), assiste alle udienze alle quali è invitato dal magistrato (art. 194, 1° comma c.p.c.), e rende i chiarimenti che il giudice gli richiede, anche in camera di consiglio (art. 62 e 197 c.p.c.), potendo essere invitato anche ad assistere alla discussione davanti al collegio.

Egli compie, anche fuori dalla circoscrizione giudiziaria¹⁶⁹, le indagini richieste dal giudice a norma dell'art. 62 c.p.c., e, a seconda delle istruzioni impartite dal magistrato, effettua le operazioni peritali insieme col giudice o da solo (art. 194, 1° comma c.p.c.), e, in tale ultimo caso, può essere disposto che il consulente rediga una relazione scritta (art. 195 c.p.c.).

¹⁶⁷ In tali termini E. Protetti e M.T. Protetti, *op. cit.*

¹⁶⁸ Cfr., sul punto, Vellani, *op. cit.*

¹⁶⁹ Per Villani, *op. cit.*, la possibilità che il consulente svolga alcune indagini fuori dalla circoscrizione giudiziaria, come previsto dall'art. 194 c.p.c., non esclude a priori l'applicabilità alla consulenza tecnica d'ufficio degli artt. 203 c.p.c. (assunzione fuori della circoscrizione del tribunale) e 204 c.p.c. (rogatorie alle autorità estere e ai consoli italiani), allorché si presenti la necessità di espletare l'intero procedimento della consulenza in circoscrizione giudiziaria diversa da quella in cui opera il giudice del processo nel quale è opportuna la presenza dell'ausiliare, ovvero all'estero; per il predetto Autore, comunque, non rientrano tra le attività delegabili la formulazione dei quesiti, sulla base del rilievo che si tratta di attività strettamente connessa alla valutazione circa la necessità di disporre la stessa consulenza e che *naturaliter* appartiene al giudice che del processo deve conoscere, e che l'art. 203 c.p.c. ha riguardo all'assunzione del mezzo istruttorio e non all'attività valutativa precedente; mentre, sarebbe delegabile l'individuazione del consulente (in tal caso, il consulente dovrebbe prestare il giuramento dinanzi al giudice delegato).

Orbene, nonostante la scelta del legislatore volta, quantomeno in via programmatica, a privilegiare il suesposto principio di oralità nello svolgimento e nel resoconto delle attività compiute dal consulente tecnico, nella prassi le indagini vengono condotte senza l'intervento del giudice, con la redazione della relazione scritta.

Ciò posto, prima di esaminare le modalità di svolgimento delle indagini peritali e le facoltà ed i poteri attribuiti al consulente tecnico, va osservato che anche in detta fase dell'istruzione probatoria il legislatore ha inteso assicurare il pieno rispetto del principio del contraddittorio¹⁷⁰.

Quest'ultimo, infatti, viene garantito mediante: 1) la possibilità data alle parti di partecipare alle operazioni e di nominare propri consulenti; 2) l'obbligo del consulente tecnico d'ufficio di dare avviso dell'inizio delle operazioni peritali; 3) la facoltà riconosciuta alle parti ed ai loro consulenti tecnici di presenziare alle operazioni, fare richieste, domande ed osservazione al consulente tecnico d'ufficio, delle quali questi dovrà tenere conto; 4) la possibilità, per i consulenti tecnici di parte, di redigere consulenze di parte ed allegarle agli atti quali scritti difensivi; 5) la necessità che il giudicante, nell'assumere e motivare la decisione, prenda in considerazione le contestazioni ed osservazione mosse dai tecnici di parte al consulente tecnico d'ufficio; 6) la possibilità che i consulenti tecnici di parte siano presenti qualora il giudice – anche collegiale – ritenga di sentire a chiarimenti il

¹⁷⁰ La necessità che il diritto di difesa enunciato dall'art. 24 Cost. venga garantito anche nel corso delle operazioni del consulente tecnico, ha condotto la Consulta, con sentenza n. 149/83, ha dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 11 r.d. 30 dicembre 1923, n. 3282, nella parte in cui non prevede che il beneficio del gratuito patrocinio si estenda alla facoltà per la parte di farsi assistere da consulenti tecnici.

consulente tecnico d'ufficio in camera di consiglio¹⁷¹.

Quanto al diritto delle parti di presenziare, anche di persona, oltre che a mezzo dei difensori e tecnici di fiducia, alle operazioni del consulente tecnico, esso è dettato dall'art. 194, 2° comma c.p.c.. Ciò comporta la necessità che le parti siano avvisate dell'inizio delle operazioni peritali, e, a tal proposito, sovengono le disposizioni di cui agli artt. 90, 1° comma e 91, 2° comma disp. att. c.p.c.. Il primo comma dell'art. 90 impone al consulente tecnico d'ufficio, qualora venga autorizzato a compiere le indagini in assenza del giudice, di dare comunicazione alle parti del giorno, dell'ora e del luogo di inizio delle operazioni, con dichiarazione inserita nel verbale di udienza o con biglietto a mezzo del cancelliere. Nell'ipotesi in cui vi sia stata la nomina del consulente tecnico di parte ai sensi dell'art. 201, 1° comma c.p.c., il cancelliere deve comunicare al consulente di parte delle indagini predisposte dal consulente tecnico d'ufficio, affinché il tecnico di parte possa assistervi.

Le norme in questione, nella prassi, sono di frequente derogate, in quanto, laddove l'inizio delle operazioni peritali non venga già stabilito nel corso dell'udienza di comparizione del consulente tecnico d'ufficio (e quindi nel contraddittorio delle parti), è lo stesso c.t.u. a dare avviso alle parti ed ai consulenti di parte ad effettuare gli avvisi imposti dagli artt. 90, 1° comma e 91, 2° comma disp. att. c.p.c., a mezzo di lettera raccomandata con avviso di ricevimento¹⁷².

¹⁷¹ La predetta elencazione è tratta da Morabito, *La consulenza tecnica d'ufficio*, in *La prova nel processo civile*, Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura, 1999, n. 108.

¹⁷² Detta modalità di avviso costituisce secondo Morabito, *op. cit.*, unico equipollente efficace alla comunicazione del cancelliere perché in grado di dare prova della ricezione dell'avviso ai destinatari, anche se non è infrequente che vengano adottati altri sistemi – quali, ad es. il telegramma collazionato - ove vi siano ragioni di urgenza. Per Cass. n.

Poiché, ai sensi degli artt. 194, 2° comma c.p.c. e 90, 1° comma disp. att. c.p.c., alle parti va data comunicazione del giorno, ora e luogo di inizio delle operazioni peritali, va rilevato che l'obbligo di comunicazione non riguarda le indagini successive, incombendo alle parti l'onere di informarsi sul prosieguo di queste al fine di parteciparvi. Tuttavia, ove il consulente di ufficio rinvi le operazioni a data da destinare e successivamente le riprenda, egli ha l'obbligo di avvertire nuovamente le parti e l'inosservanza di tale obbligo può dar luogo a nullità della consulenza (peraltro, come si vedrà in seguito, relativa e quindi sanabile se non dedotta nella prima difesa o udienza successiva), ma solo se quella inosservanza abbia effettivamente comportato, con riguardo alle circostanze del caso concreto, un pregiudizio del diritto di difesa¹⁷³.

In ogni caso, la comunicazione *de qua*, nonostante il diverso orientamento espresso da una non recente pronuncia della Suprema Corte¹⁷⁴, non va eseguita nei confronti della parte contumace. Invero, l'ammissione di consulenza tecnica e la fissazione dell'inizio delle operazioni peritali non devono essere notificate alla parte contumace, trattandosi di atti non inclusi fra quelli per i quali tale notificazione è espressamente e tassativamente prevista dall'art. 292 c.p.c. (anche nel testo risultante dalla declaratoria di parziale illegittimità di cui alla sentenza della corte costituzionale n. 317 del

978/86, l'omissione della comunicazione secondo le forme di cui all'art. 90 disp. att. c.p.c., per la cui inosservanza non è prevista specifica sanzione, non induce nullità, ai sensi dell'art. 156 c.p.c., qualora risulti che le parti, con avviso anche verbale o in qualsiasi altro modo, siano state poste in grado di assistere alle indagini e di svolgere attività difensiva. In senso conforme alla massima citata, vedi Cass. n. 4758/88.

¹⁷³ In tal senso, Cass. n. 986/96.

¹⁷⁴ Cass. n. 5248/82.

1989)¹⁷⁵. E' necessario, invece, notiziare dell'inizio delle operazioni peritali il contumace, laddove la sua collaborazione sia indispensabile per l'espletamento del mandato¹⁷⁶.

La mancata comunicazione alle parti delle date di inizio o di proseguimento delle indagini (nella sopra esposta ipotesi di rinvio delle operazioni da parte del consulente tecnico d'ufficio a data da destinarsi) comporta la nullità della consulenza, e la sua inutilizzabilità sia nel giudizio nel quale è stata esperita che in un giudizio diverso (avente ad oggetto un analogo accertamento), restando priva di qualsiasi effetto probatorio, anche solo indiziario¹⁷⁷.

Trattasi, come si è già accennato, di un'ipotesi di nullità relativa, suscettibile di sanatoria a norma dell'art. 157 c.p.c.¹⁷⁸. Essa, pertanto, come costantemente affermato dalla giurisprudenza, deve essere eccepita e dedotta dalla parte interessata, a pena di decadenza, nella prima udienza, o nella prima difesa, successiva al deposito della relazione¹⁷⁹.

Per quanto concerne, poi, la violazione dell'obbligo di comunicazione, al consulente tecnico di parte, delle indagini predisposte dal consulente d'ufficio (art. 91, 2° comma, disp. att. c.p.c.), essa non produce nullità della consulenza di quest'ultimo, ove il consulente della parte interessata avrebbe potuto essere informato di tali operazioni dal difensore della medesima (tempestivamente notiziato dell'inizio delle operazioni peritali), e va,

¹⁷⁵ Così Cass. n. 11442/90, e sempre in senso favorevole alla tesi esposta, vedi Cass. n. 12578/91.

¹⁷⁶ In tal senso Morabito, *op. cit.*, che pone l'esempio dell'incarico consistente nell'ispezione sulla persona del contumace o su beni nella sua disponibilità.

¹⁷⁷ Così, sulle conseguenze della nullità della consulenza, Cass. n. 343/94.

¹⁷⁸ In tal senso, Vellani, *op. cit.*.

¹⁷⁹ Tra le tante, vedi Cass. nn. 3340/97, 10971/94, 7088/92, 2598/87 e 7379/86.

comunque, dedotta tempestivamente ai sensi dell'art. 157, 2° comma, c.p.c.¹⁸⁰.

Altra fondamentale garanzia del diritto di difesa è costituita dalla facoltà, per le parti costituite, di affiancare al proprio difensore, un consulente di parte (di cui si è già parlato in precedenza), il quale interverrà, chiaramente, in tutte quelle che sono le questioni tecniche emerse in corso di lite¹⁸¹. E' stata, in proposito, evidenziata la funzione del consulente di parte quale strumento di *controllo tecnico* sull'operato del consulente tecnico d'ufficio, *controllo tecnico* difficilmente operabile dal giurista, comunque inesperto della materia scientifica¹⁸².

Per quanto interessa in ordine alla fase di svolgimento delle indagini peritali, va ricordato che il consulente di parte, oltre ad intervenire alle operazioni del consulente tecnico di ufficio, può presentare a quest'ultimo osservazioni ed istanze, che, pur non dovendo essere necessariamente trascritte nella relazione - poichè nessuna nullità è comminata dalla legge in proposito – devono essere tenute presenti dall'ausiliare del giudice¹⁸³.

Le predette osservazioni, anche sotto forma di consulenza di parte, possono essere avanzate anche per iscritto, e ciò sia prima che dopo il

¹⁸⁰ Cfr., sul punto, Cass. n. 2834/83.

¹⁸¹ In ordine all'importanza assunta dall'assistenza anche di un consulente tecnico di parte per dare concreta attuazione al diritto di difesa, vedi la sentenza della Corte Costituzionale n. 149/83, richiamata in una precedente nota. Tra l'altro, per Tribunale di Napoli, 23/10/94, in *Giurisprudenza Italiana*, 1996, I, 2, 325, la parte che sia professionalmente competente in merito alla materia oggetto di consulenza tecnica, o perché dotata di una specifica abilitazione oppure perché ritenuta competente dal giudice, può svolgere la funzione di consulente tecnico di parte nel proprio interesse.

¹⁸² Rivaluta, in detti termini, la figura del consulente tecnico di parte Morabito, *op. cit.*, che, peraltro, osserva come, nella esperienza quotidiana, siano proprio le osservazione e rilievi del tecnico di parte ad indurre il giudice a chiedere chiarimenti al tecnico d'ufficio.

¹⁸³ Vedi Cass. n. 1459/94.

deposito della relazione del consulente d'ufficio, costituendo, peraltro, mere allegazioni difensive a contenuto tecnico, prive di autonomo valore probatorio¹⁸⁴.

Se detti scritti difensivi contengono specifici rilievi all'operato del consulente tecnico d'ufficio, il giudice del merito, se ritiene di doversi uniformare al parere peritale, ha l'obbligo di prendere in esame tali contrarie argomentazioni, che non hanno potuto, ovviamente, ricevere risposta dal consulente, e di esporre le ragioni per le quali le giudica infondate¹⁸⁵.

Occorre, da ultimo, precisare che, ai sensi dell'art. 201 c.p.c., il consulente tecnico di parte può essere nominato soltanto se sia stato nominato un consulente tecnico d'ufficio¹⁸⁶. Ciò è stato ribadito anche dalla Corte Costituzionale, che, con ordinanza n. 124/95, ha dichiarato manifestamente infondata, in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., la questione di legittimità costituzionale del citato art. 201, nella parte in cui, allorchè non sia stata disposta la consulenza tecnica d'ufficio, non consente alle parti di nominare un loro consulente, tenuto presente che le consulenze di parte, pur inerendo all'istruzione probatoria, non costituiscono mezzi di prova, ma semplici allegazioni difensive a contenuto tecnico, prive di autonomo valore probatorio, sicchè, coerentemente, la norma impugnata autorizza la nomina dei consulenti tecnici di parte solo nel caso di nomina del consulente tecnico d'ufficio, le cui funzioni parimenti sono preordinate non ad accertare fatti

¹⁸⁴ In proposito, vedi Cass. 3505/88 e 2900/87.

¹⁸⁵ Così la succitata Cass. n. 2900/87. Anche per Cass. n. 245/95, quando i rilievi contenuti nella consulenza di parte siano precisi e circostanziati, tali da portare a conclusioni diverse da quelle contenute nella consulenza tecnica d'ufficio ed adottate in sentenza, ove il giudice trascuri di esaminarli analiticamente, ricorre il vizio di insufficiente motivazione su un punto decisivo della controversia.

¹⁸⁶ Vedi E. Protetti – M.T. Protetti, *op. cit.*.

rilevanti ai fini della decisione, bensì ad acquisire elementi di valutazione, ovvero a ricostruire circostanze attraverso una specifica preparazione, allo scopo di controllo sugli elementi di prova forniti dalle parti ed in funzione ausiliaria del giudice, rimanendo – peraltro – sempre salva la possibilità di produrre in causa perizie stragiudiziali, integranti anch'esse semplici mezzi di difesa, come le deduzioni e argomentazioni dell'avvocato, soggette al libero apprezzamento del giudice.

La predetta pronuncia della Consulta, quindi, oltre ad escludere, in conformità del disposto di cui all'art. 201 c.p.c., la nomina del consulente di parte nell'ipotesi in cui non sia disposta la consulenza tecnica d'ufficio, ha delineato anche la funzione delle cd. perizie stragiudiziali, spesso prodotte in giudizio dalle parti, previa asseverazione della stesse con giuramento del consulente di parte.

Esse, proprio perché soggette al libero apprezzamento del giudice, possono essere poste a fondamento delle decisioni del giudicante, purchè questi fornisca adeguata motivazione di tale sua valutazione discrezionale¹⁸⁷; inoltre, proprio perché trattasi di mere allegazioni difensive, di carattere tecnico, il giudice di merito può disattendere le conclusioni in esse contenute senza obbligo di analizzarle e confutarle, e senza perciò incorrere in vizio di motivazione, non trattandosi di circostanze acquisite alla causa attraverso prove orali e documentali¹⁸⁸.

¹⁸⁷ Cass. nn. 2574/92 e 1416/87.

¹⁸⁸ Cass. n. 8240/97. In proposito, va ricordato anche quanto affermato da Cass. n. 4437/97, secondo la quale la perizia giurata depositata da una parte non è dotata di efficacia probatoria nemmeno rispetto ai fatti che il consulente asserisce di aver accertato; non essendo prevista dall'ordinamento la precostituzione fuori del giudizio di un siffatto mezzo di prova, ad essa si può solo riconoscere valore di indizio, al pari di ogni documento proveniente da un terzo, il cui apprezzamento è affidato alla valutazione

Ciò posto, passando alla descrizione delle modalità di svolgimento delle indagini peritali, va osservato che, a norma dell'art. 194, 1° comma c.p.c., solo previa autorizzazione del giudice, il consulente d'ufficio può domandare chiarimenti alle parti, assumere informazioni da terzi ed eseguire piante, calchi e rilievi. Inoltre, in base all'art. 90, 2° comma disp. att. c.p.c., il consulente non può ricevere altri *scritti defensionali* oltre quelli contenenti le osservazioni e le istanze di parte consentite, come si è visto, ai sensi dell'art. 194.

Il tenore restrittivo delle predette norme - che evidentemente risente del pacifico assunto in base al quale la consulenza tecnica non può essere un mezzo di prova, né di ricerca dei fatti che debbono essere invece provati dalla parte, ma deve essere soltanto uno strumento di valutazione dei fatti già dimostrati - è stato forzato dalla interpretazione fornita dalla giurisprudenza, che ha ampliato notevolmente l'ambito applicativo dell'art. 194, facendo rientrare nel potere del consulente tecnico d'ufficio attingere *aliunde*, senza bisogno di un'autorizzazione preventiva del giudice, notizie non rilevabili dagli atti processuali e concernenti fatti e situazioni che formano oggetto dei suoi accertamenti, quando ciò sia necessario per espletare convenientemente il compito affidatogli¹⁸⁹.

Tuttavia, proprio perché la consulenza tecnica d'ufficio non deve supplire all'onere probatorio delle parti, appare condivisibile l'orientamento

discrezionale del giudice di merito ma della quale non è obbligato in nessun caso a tenere conto; alla parte che ha prodotto la perizia giurata, è peraltro riconosciuta la facoltà di dedurre prova testimoniale avente ad oggetto le circostanze di fatto accertate dal consulente, che, se confermate dal medesimo in veste di testimone, possono acquisire dignità e valore di prova, sulla quale allora il giudice di merito dovrà, esplicitamente o implicitamente, esprimere la propria valutazione ai fini della decisione.

¹⁸⁹ Cass. n. 4644/89.

manifestato anche di recente dalla Suprema Corte in base al quale il potere del consulente tecnico di assumere informazioni da terzi e di accertare ogni circostanza necessaria per rispondere ai quesiti del giudice è circoscritto agli *elementi accessori* rientranti nell'ambito strettamente tecnico della consulenza, ma non si estende ai fatti e alle situazioni che, in quanto posti a fondamento delle domande o delle eccezioni delle parti, devono essere da queste dedotti e provati¹⁹⁰. Il tutto, poi, è comunque sottoposto al prudente apprezzamento del giudice, al quale spetta di valutare, come *peritus peritorum*, se l'iniziativa del consulente tecnico d'ufficio sia stata utilmente condotta¹⁹¹.

In particolare, quanto all'efficacia probatoria dei chiarimenti resi dalle parti al consulente e delle informazioni assunte da parte di quest'ultimo da terzi, va detto che in ordine ai primi, essi comunque non hanno valore confessorio¹⁹², ovvero valore negoziale¹⁹³; per quanto concerne le seconde, invece, non potrebbero in nessun caso assurgere o essere di fatto considerate alla stregua di prove testimoniali¹⁹⁴. In effetti, trattasi, per entrambe le ipotesi sopra esposte, di elementi aventi valore meramente indiziario¹⁹⁵, da farsi rientrare tra le cd. *prove atipiche*, che possono avere ingresso nel processo

¹⁹⁰ Così Cass. n. 5345/98, secondo la quale le indagini compiute con sconfinamento dagli esposti limiti intrinseci al mandato sono nulle per violazione del principio del contraddittorio e restano prive di qualsiasi effetto probatorio anche solo indiziario. Con maggiore severità, in Cass. n. 11133/95 si afferma che ove il consulente tecnico violi la disposizione dell'art. 194 c.p.c. che fa divieto di chiedere chiarimenti alle parti, di assumere informazioni dai terzi e di esaminare documenti e registri non prodotti in causa senza l'autorizzazione del giudice, gli eventuali errori ed incongruenze ravvisabili nel parere del consulente tecnico si trasmettono alla sentenza a loro volta viziandola.

¹⁹¹ Vedi Cass. n. 8526/87.

¹⁹² Cass. n. 39/57.

¹⁹³ Cass. n. 625/52.

¹⁹⁴ Così Mora bito, *op. cit.*

¹⁹⁵ Cfr. sul punto Giudiceandrea, *op. cit.*

ed essere utilizzate in virtù del principio del libero convincimento del giudice¹⁹⁶.

Maggiori problemi sorgono in relazione alla questione concernente la facoltà del consulente di esaminare ed acquisire documenti non prodotti in giudizio.

Giova, preliminarmente, rilevare che il nuovo processo civile pone alle parti una precisa preclusione alla produzione di documenti, decorso il termine perentorio fissato dall'art. 184 c.p.c., fatta salva l'eventuale rimes-sione in termini di cui all'art. 184 *bis* c.p.c..

Ciò dovrebbe comportare - soprattutto laddove, come di regola avviene, la consulenza tecnica d'ufficio sia stata disposta all'esito dell'espletamento dei mezzi istruttori ammessi - che il consulente non può esaminare, nello svolgimento del suo incarico, documentazione diversa da quella già presente in atti, al fine di evitare qualsivoglia elusione al principio dell'onere della prova¹⁹⁷.

In concreto, tuttavia, l'elaborato peritale spesso si fonda su documenti consegnati al consulente dalle parti o acquisiti dal primo nel corso delle indagini peritali, e detta prassi ha trovato positivo riscontro in

¹⁹⁶ In tal senso, Morabito, *op. cit.*.

¹⁹⁷ Cfr., in proposito, Cataldi - Scarafoni, *op. cit.*, nonché Morabito, *op. cit.*; da rilevare che tale ultimo Autore distingue, con riferimento alla facoltà del consulente di prendere visione e acquisire documenti depositati presso pubblici uffici, fra documenti o prove che ricadono nel *thema probandum* del singolo processo (ovvero riguardino aspetti effettivamente controversi e contestati) e documenti o prove che ricadono in quella parte dell'oggetto della causa attinenti a fatti non contestati, sicchè dovrebbero essere considerati esistenti dal giudice pur senza necessità di prova; mentre nella prima ipotesi resta precluso l'ingresso ad una nuova documentazione acquisita dal consulente tecnico d'ufficio perché non può ammettersi che alla negligenza dell'interessato possa sopperire l'iniziativa del consulente, che così apporterebbe elementi di prova sostituendosi alla parte onerata *ex art. 2697 c.c.*, nella seconda non ricorrerebbero motivi ostativi all'acquisizione del documento, operando il cd. *principio di non contestazione*.

giurisprudenza, che consente al consulente di acquisire, anche di sua iniziativa, ogni elemento necessario per rispondere ai quesiti, ancorchè risultante da documenti non prodotti in causa, sempre che si tratti di fatti accessori, rientranti nell'ambito strettamente tecnico della consulenza, e non di fatti o situazioni che, in quanto posti direttamente a fondamento delle domande e delle eccezioni delle parti, debbono essere provati da queste¹⁹⁸.

Inoltre, l'eventuale vizio della consulenza tecnica - qualificato dalla Suprema Corte come ipotesi di nullità relativa, che deve essere eccepita nella prima istanza o difesa successiva al deposito della relazione¹⁹⁹ - non si trasmette alla sentenza laddove il giudice non abbia valutato ai fini della decisione la documentazione irrivalentemente assunta²⁰⁰.

La possibilità che, all'esito della disposta consulenza tecnica d'ufficio, trovino ingresso in giudizio *nuovi* elementi di prova (e ciò accade laddove l'istituto in esame non assolva soltanto la funzione di strumento di valutazione dei fatti e delle prove, ma divenga fonte oggettiva di prova²⁰¹), pone il quesito dell'ammissibilità di una prova contraria alla C.T.U..

Dinanzi all'eventualità che nel processo siano già intervenute le preclusioni istruttorie previste dall'art. 184 c.p.c., da più parti è stata prospettata la possibile applicazione del 3° comma della norma citata, in base al quale *nel caso in cui vengano disposti di ufficio mezzi di prova, ciascuna parte può dedurre, entro un termine perentorio assegnato dal giudice, i*

¹⁹⁸ Vedi Cass. n. 2543/88.

¹⁹⁹ Sul punto vedi Cass. n. 5408/83.

²⁰⁰ Cfr., in proposito, Cataldi – Scarafoni, *op. cit.*.

²⁰¹ La consulenza tecnica d'ufficio, come si è visto, può assumere il ruolo di strumento necessario all'accertamento ed alla descrizione dei fatti, laddove i fatti da accertare siano riscontrabili soltanto per il tramite di particolari strumentazioni e/o cognizioni tecniche.

mezzi di prova che si rendono necessari in relazione ai primi.

Dinanzi alle tesi di coloro che ammettono senza particolari distinzioni il ricorso al disposto di cui all'ultimo comma dell'art. 183 c.p.c. nell'ipotesi in cui la consulenza tecnica d'ufficio assume il ruolo di mezzo di prova²⁰², si pone il condivisibile atteggiamento critico di altri, secondo i quali *non è affatto pacifico che l'espletamento o l'esito di una C.T.U. disposta dopo il formarsi delle preclusioni istruttorie consenta alle parti di dare ingresso a prove nuove, e ciò anche quando tale strumento d'indagine comprenda non solo mere valutazioni, ma anche accertamenti ed ispezioni su fatti e circostanze*²⁰³.

Se la consulenza tecnica d'ufficio non introduce nuovi temi d'indagine rispetto a quelli già oggetto del giudizio, sui quali le parti avrebbero potuto già articolare i necessari mezzi istruttori non vi è ragione di mettere nuovamente in discussione il *thema probandum* della lite, con l'assegnazione del termine di cui all'art. 184, ultimo comma c.p.c..

Quest'ultimo, invece, va concesso laddove, tramite la consulenza tecnica, siano emersi argomenti diversi che non avevano formato oggetto del contraddittorio in precedenza.

Detta interpretazione, è stato osservato, è maggiormente *aderente al*

²⁰² In tal senso vedi Cataldi – Scarafoni, *op. cit.*, secondo i quali sembra *opportuno* che, quando il ricorso al consulente ha la funzione e la sostanza di un vero e proprio mezzo di prova, sia pur utilizzabile solo d'ufficio, il giudice lo consideri tale e nel nominare il consulente applichi anche l'art. 184 ultimo comma c.p.c., che appunto riguarda esclusivamente i mezzi di prova disposti d'ufficio, assegnando alle parti un termine perentorio per dedurre, nonostante la preclusione generale eventualmente già maturata, i mezzi istruttori che si rendono necessari in conseguenza della consulenza e dei suoi possibili esiti. Propugna la piena operatività della norma in esame nell'ipotesi in cui il consulente sia chiamato a svolgere una funzione non solo *deducente*, ma anche *percipiente* Villani, *op. cit.*.

²⁰³ Così Morabito, *op. cit.*.

*dettato dell'ultimo comma dell'art. 184 c.p.c. che non pare legittimare un automatico ingresso di mezzi di prova nuovi ogni qual volta che il giudice eserciti i propri poteri officiosi, sibbene solo quando a seguito delle prove ammesse d'ufficio quelle nuove "si rendano necessarie"*²⁰⁴.

La legge non esclude il ricorso, da parte del consulente tecnico, all'opera di terzi nell'espletamento dell'incarico peritale, anche senza l'autorizzazione del giudice.

Si ammette comunemente che il consulente tecnico d'ufficio faccia ricorso alla collaborazione di terze persone per incombenze di carattere materiale²⁰⁵.

E' consentito, poi, che il consulente tecnico di ufficio, anche in mancanza di una espressa autorizzazione del giudice, si avvalga della collaborazione di esperti per il compimento di particolari indagini e per l'acquisizione di elementi da vagliare e trasfondere nella propria relazione, assumendo al riguardo ogni responsabilità morale e scientifica²⁰⁶, e purchè l'attività del collaboratore non sia mai integralmente sostitutiva di quella del consulente²⁰⁷.

Deve, invece, negarsi al consulente tecnico la facoltà di delegare di propria iniziativa ad altre persone le operazioni peritali, ancorché limitatamente ad un determinato settore dell'indagine, qualora la scelta del consulente tecnico d'ufficio sia strettamente collegata alla particolare

²⁰⁴ Morabito, *op. cit.*. In tal senso, vedi anche Sabato, *Deduzioni istruttorie delle parti e mezzi di prova disposti di ufficio, riflessioni sul nuovo testo dell'art. 184 c.p.c.*, in *Foro Napoletano*, 1996, 145 ss.

²⁰⁵ Per tutti, vedi E. Protetti – M.T. Protetti, *op. cit.*.

²⁰⁶ Cass. n. 2859/95. In senso conforme anche Cass. n. 1605/84.

²⁰⁷ Come si evince da Cass. 4435/81.

specializzazione e qualificazione professionale del medesimo²⁰⁸.

A norma dell'art. 92 disp. att. c.p.c., se, durante le indagini che il consulente tecnico compie da solo, sorgono questioni sui suoi poteri o sui limiti dell'incarico conferitogli, il consulente deve informarne il giudice, salvo che la parte interessata vi provveda con ricorso; il ricorso della parte interessata non sospende le indagini del consulente; il giudice, sentite le parti, dà i provvedimenti opportuni.

Detta norma è chiaramente significativa dell'esigenza che il giudice continui ad esercitare un costante controllo anche nel caso in cui la consulenza si svolga in sua assenza²⁰⁹, essendo, peraltro, l'unico soggetto in grado di decidere e risolvere i problemi sorti circa i poteri e i limiti dell'incarico da lui stesso conferito al consulente tecnico²¹⁰.

Dinanzi al chiaro tenore della norma, occorre soltanto aggiungere che non è legittimato a proporre il ricorso *ex art. 94* il consulente di parte, che al più può sollecitare il procuratore della stessa parte a sollevare la questione²¹¹; né può proporre il ricorso il consulente d'ufficio, che, in dubbio circa il contenuto dell'incarico, può rivolgersi autonomamente al giudice. In tale ultimo caso, il consulente tecnico non deve necessariamente sospendere le indagini peritali²¹². Tuttavia, è stato osservato che ciò sembra opportuno qualora le indagini riguardino proprio quella parte di operazioni che, se proseguite in contrasto con norme di rito o ai limiti dell'incarico, potrebbero

²⁰⁸ Cass. n. 412/89. Nella specie, trattavasi di indagini sui rapporti fra genitori e figli minori al fine di provvedere sul loro affidamento in causa di separazione.

²⁰⁹ Così Morabito, *op. cit.*

²¹⁰ In tal senso, E. Protetti – M.T. Protetti, *op. cit.*

²¹¹ Vedi Cataldi – Scarafoni, *op. cit.*, e E. Protetti – M.T. Protetti, *op. cit.*

²¹² Quando sono le parti a rivolgersi al giudice per la risoluzione delle questioni, è lo stesso art. 94 che esclude la sospensione dell'attività del consulente.

dar luogo ad un'attività superflua in quanto nulla o irrilevante²¹³.

Come previsto dall'art. 195 c.p.c., le indagini del consulente tecnico d'ufficio, se compiute con l'intervento del giudice istruttore, vengono documentate con processo verbale, che, in quanto atto proveniente dal cancelliere, fa fede fino a querela di falso. In tal caso, inoltre, qualora le questioni trattate siano complesse e non possano esaurirsi con una risposta orale del consulente tecnico, il giudice può disporre che il consulente rediga una relazione scritta, che, in linea di massima, dovrà contenere la narrazione delle attività di indagini svolte, le istanze ed osservazioni avanzate dalle parti²¹⁴, il parere tecnico richiesto dal giudice²¹⁵.

Il consulente deve, poi, necessariamente redigere la relazione scritta, se le indagini sono compiute senza l'intervento del giudice (art. 195, 2° comma c.p.c.). In tal caso, inoltre, pur non essendo richiesto dalla legge, è opportuno che il consulente tecnico stenda un verbale delle operazioni espletate, documentando così in concreto l'attività svolta nelle singole fasi di indagine²¹⁶.

La relazione scritta va depositata nel termine fissato dal giudice (art. 195, 3° comma c.p.c.)²¹⁷. Per consolidata giurisprudenza, trattandosi di un

²¹³ In tal senso Cataldi – Scarafoni, *op. cit.*, e E. Protetti – M.T. Protetti, *op. cit.*.

²¹⁴ Per Cass. n. 1459/94, nessuna nullità deve ritenersi comminata dalla legge per il fatto che il consulente tecnico ometta di trascrivere le osservazioni formulate dalle parti o dai loro consulenti, occorrendo solo che tali osservazioni siano state tenute presenti

²¹⁵ Vedi Cataldi – Scarafoni, *op. cit.*.

²¹⁶ Per Cataldi – Scarafoni, il verbale delle operazioni potrà essere utile in caso di contestazioni sulla partecipazione alle operazioni o sullo svolgimento e la portata delle attività di indagine compiute.

²¹⁷ Per Cataldi – Scarafoni, *op. cit.*, il termine va fissato anteriormente alla data dell'udienza successiva, e con un intervallo di tempo tale da consentire alle parti, visionato il fascicolo d'ufficio dopo la decorrenza del termine, di esaminare l'elaborato e di predisporre tempestivamente le difese, le eccezioni sulla validità formale dell'operato dell'ausiliario e le critiche tecniche al contenuto della relazione

termine che la legge non definisce perentorio, il mancato rispetto di esso non determina la nullità della consulenza tecnica²¹⁸.

Va, tuttavia, osservato vige un diverso orientamento nell'ambito dei giudizi retti dal rito del lavoro. Infatti, l'art. 424, 3° comma c.p.c., prevede che il termine fissato dal giudice non deve essere superiore a venti giorni e non è prorogabile²¹⁹; inoltre, per le controversie di lavoro in grado di appello, l'art. 445 c.p.c. impone al consulente di depositare l'elaborato almeno dieci giorni prima della nuova udienza di rinvio. Orbene, secondo la Suprema Corte, il termine previsto dai predetti articoli non ha natura perentoria, ma ha uno scopo meramente acceleratorio dell'adempimento dell'incombente da parte dell'ausiliare del giudice, sicchè l'inosservanza di esso comporta nullità relativa della consulenza, sanata se non opposta all'atto della scadenza²²⁰, o nella prima difesa o istanza successiva alla scadenza del termine²²¹, o al deposito, sia pure tardivo della relazione²²².

Nel rito ordinario, il termine in questione – che, qualora non venga fissato, può essere oggetto di integrazione dell'ordinanza istruttoria *ex art.* 289 c.p.c.²²³ - può essere prorogato di ufficio o su istanza del consulente tecnico, e ciò per una durata non superiore al termine originario e per motivi particolarmente gravi e con provvedimento motivato²²⁴.

²¹⁸ Vedi Cass. nn. 853/79, 1035/76, 2395/75, 3907/74.

²¹⁹ Tuttavia, nelle cause in materia di assistenza e previdenza obbligatorie, in caso di particolare complessità, l'art. 445 c.p.c. consente di prorogare il termine di cui all'art. 424 fino a sessanta giorni.

²²⁰ Cass. n. 5037/81.

²²¹ Cass. n. 3488/99.

²²² Cass. n. 2337/85.

²²³ Sul punto, vedi Cataldi – Scarafoni, *op. cit.*

²²⁴ Così, Cataldi – Scarafoni, *op. cit.*, i quali precisano che la proroga deve essere concessa se il mancato completamento dell'incarico nei termini dipende da fatti sopravvenuti al provvedimento che ha fissato la scadenza (presumendosi che il giudice, nel fissare il

Di sovente capita che il consulente tecnico non rispetti il termine iniziale o prorogato, e ometta di depositare la relazione anche all'udienza di rinvio fissata dal giudice²²⁵. In tal caso, appare condivisibile l'adozione di un mero provvedimento di sollecito, tramite la cancelleria, al deposito dell'elaborato peritale, atteso che un immediato provvedimento di sostituzione del consulente inottemperante provocherebbe sicuramente un notevole appesantimento dell'attività processuale, dovendo il nuovo consulente compiere *ex novo* tutte le operazioni peritali²²⁶. E' evidente, però, che qualora il consulente tecnico, nonostante la notifica dei solleciti, non depositi la relazione, vi è una vera e propria omissione nell'espletamento dell'incarico, penalmente equiparabile al rifiuto ingiustificato di adempiere, punibile *ex art.* 366 c.p.; inoltre, il consulente può soggiacere a sanzioni disciplinari e citato in giudizio sia per i danni cagionati alle parti per la sua condotta illecita, sia per la ripetizione dell'acconto ricevuto su provvedimento del giudice²²⁷.

Il comportamento inottemperante del consulente tecnico può comportare anche la sostituzione del medesimo, ai sensi dell'art. 196 c.p.c., integrando la fattispecie in esame gli estremi dei *gravi motivi* previsti dalla norma suindicata.

Invero, il succitato art. 196 oltre a consentire la sostituzione del

termine, abbia considerato adeguatamente le circostanze all'epoca sussistenti) e non dovuti a negligenza o all'imperizia dell'ausiliare.

²²⁵ Il mancato rispetto del termine per il deposito della relazione comporta in tema di compenso, a discapito del consulente, che la determinazione delle vacanze (di cui si parlerà a proposito degli onorari spettanti al c.t.u.) va fatta senza tener conto del periodo successivo alla scadenza del termine e la riduzione degli onorari nella misura di un quarto (art. 8 L. 319/80).

²²⁶ In senso conforme Cataldi – Scarafoni, *op. cit.*.

²²⁷ Su tali aspetti, cfr. Cataldi – Scarafoni, *op. cit.*, e E. Protetti – M.T. Protetti, *op. cit.*.

consulente tecnico - ed evidentemente ciò presuppone che le indagini siano ancora *in itinere* - attribuisce al giudice la facoltà di disporre la rinnovazione delle indagini già completate.

La rinnovazione delle indagini peritali - fatta salva l'ipotesi in cui viene disposta perché l'attività del consulente è inficiata da vizi di forma (come nell'ipotesi di omessa comunicazione dell'inizio delle operazioni peritali tempestivamente eccepita dalla parte interessata)²²⁸ - costituisce l'esercizio di una facoltà discrezionale del giudice, essendo sottesa ad essa una valutazione di insufficienza dei risultati raggiunti dalla consulenza già espletata²²⁹.

Vi è da dire che il giudice, anche su sollecitazione motivata delle parti, può limitarsi a chiedere soltanto dei chiarimenti al consulente tecnico, valutando all'esito degli stessi se rinnovare o meno, anche solo in parte, le indagini peritali, con lo stesso consulente ovvero con altro da nominarsi.

Per la sostituzione del consulente, come si è visto, devono ricorrere i cd. gravi motivi, che, oltre ad individuarsi con specifiche inadempienze dello stesso (come nell'ipotesi di mancato deposito nei termini della relazione), possono anche concretizzarsi nella grave negligenza o grave imperizia dell'ausiliare²³⁰. In ogni caso, il provvedimento di sostituzione, pur

²²⁸ In tal caso, è stato osservato in giurisprudenza che la consulenza tecnica rinnovata non è affetta da nullità per il fatto che abbia un contenuto identico perché l'identità di contenuto attiene al merito dell'indagine e non all'esecuzione procedimentale delle operazioni di consulenza; sia perché, con il rinnovo di quelle operazioni, le parti, rimesse nella situazione qua ante, potevano rappresentare tutti gli opportuni chiarimenti del caso: vedi Cass. 1470/83.

²²⁹ Vedi, in proposito, Cass. nn. 8611/95, 10972/94 e 4057/90.

²³⁰ Così Cataldi - Scarafoni, *op. cit.*, che a mero titolo esemplificativo, annoverano quali altre ipotesi legittimanti la sostituzione del consulente la ricorrenza delle circostanze che avrebbero potuto consentire la ricusazione, anche quando si siano verificate, o siano state

rientrando tra i poteri discrezionali del giudice, deve essere adeguatamente motivato²³¹. Parte della dottrina richiede, infine, che il giudice, prima di emanare il provvedimento di sostituzione, debba sentire il consulente²³²; è stato però notato che di detto obbligo non vi è menzione nella norma, per cui risulta necessario soltanto dare tempestivo avviso al consulente tecnico dell'avvenuta sostituzione, per evitare che continui indagini che non ha più il potere di compiere²³³.

Valutazione della consulenza nell'ambito della motivazione della sentenza

Com'è noto, il giudice, in quanto *peritus peritorum*, è libero di apprezzare in piena autonomia le valutazioni compiute dal consulente tecnico d'ufficio²³⁴.

Orbene, ad un rigido orientamento dottrinale secondo il quale il giudice è tenuto a riesaminare e valutare le nozioni tecniche o scientifiche introdotte nel processo, e a motivare, con la stessa ampiezza di argomentazioni, sia le ragioni di consenso che quelle di dissenso all'operato del consulente tecnico²³⁵, si contrappone l'indirizzo giurisprudenziale che

conosciute dalle parti soltanto dopo la scadenza del termine di cui all'art. 192 c.p.c., nonché l'impossibilità sopravvenuta di eseguire l'incarico.

²³¹ In proposito, cfr. Cass. nn. 537/82 e 4527/81.

²³² Così Vellani, *op. cit.*.

²³³ In tal senso, E. Protetti – M.T. Protetti, *op. cit.*; d'altronde, come evidenziato da Cataldi – Scarafoni, *op. cit.*, la sostituzione del consulente, di per sé sola, non ha funzione sanzionatoria, essendo finalizzata soltanto a garantire il buon esito della consulenza d'ufficio come mezzo istruttorio, e quindi a rimuovere, attraverso il subentro di un nuovo ausiliare, le cause che hanno di fatto impedito al consulente sostituito un sollecito, valido ed efficace adempimento dell'incarico.

²³⁴ Per quanto concerne gli accertamenti di fatto compiuti dall'ausiliare, nei limiti in cui la consulenza può assurgere a fonte oggettiva di prova, essi devono essere valutati dal giudice secondo il suo prudente apprezzamento *ex art.* 116, 1° comma c.p.c..

²³⁵ Barone, *op. cit.*.

tende ad operare alcune distinzioni.

Infatti, qualora il giudice riconosca convincenti le conclusioni del consulente tecnico, non è tenuto ad esporre in modo specifico le ragioni del suo convincimento, poiché l'obbligo della motivazione è assolto già con l'indicazione delle fonti dell'apprezzamento espresso, dalle quali possa desumersi che le contrarie deduzioni delle parti siano state implicitamente rigettate²³⁶. Tuttavia, il giudice è tenuto a motivare la propria adesione alle conclusioni della consulenza tecnica d'ufficio, quando le critiche mosse a quest'ultima siano precise e puntuali²³⁷, ovvero siano effettivamente particolareggiate e circostanziate²³⁸.

Invece, in caso di dissenso dalle conclusioni del consulente tecnico, il giudice deve motivare in maniera adeguata ed esauriente le ragioni che lo inducono a discostarsi dalle valutazioni formulate dall'ausiliare²³⁹.

Il giudice, poi, non può sottrarsi all'obbligo di motivare il suo convincimento, in relazione sia alla pluralità delle soluzioni prospettate dal consulente, sia alle critiche svolte dai consulenti di parte con riguardo specifico alle soluzioni tecniche che siano state escluse²⁴⁰.

Il compenso del consulente tecnico

I criteri per la determinazione del compenso al consulente tecnico (unitamente a periti, interpreti e traduttori) sono dettati dalla L. 8 luglio 1980

²³⁶ In tal senso, Cass. nn. 2114/95 e 6698/86. Per Cass. n. 442/82, il giudice non è tenuto ad esporre le ragioni in base alle quali ritiene di doversi uniformare al parere del consulente tecnico d'ufficio, né a confutare i contrari rilievi critici delle parti quando questi siano generici, non provati ed inconsistenti.

²³⁷ Cass. n. 1153/95.

²³⁸ Cass. n. 305/82.

²³⁹ Cass. nn. 991/86, 1479/85 e 2976/85.

²⁴⁰ Cass. n. 2396/83.

n. 319.

L'art. 1 della legge citata distingue il compenso in onorari ed indennità. Ad essi, tuttavia, ai fini della liquidazione, vanno affiancate anche le spese, disciplinate dal successivo art. 7.

Gli onorari si distinguono in *fissi, variabili e commisurati a tempo (o per vacanza)*.

La misura dei primi due tipi di onorari è determinata - come previsto dall'art. 2, comma 1 della L. n. 319/80 - con tabelle approvate con decreto del Presidente della Repubblica su proposta del Ministro di giustizia di concerto con il Ministro del tesoro, ed attualmente quelle in vigore sono state adottate con il D.P.R. 27 luglio 1988 n. 352. Dette tabelle vanno redatte con riferimento alle tariffe professionali, eventualmente concernenti materie analoghe, temperate dalla natura pubblicistica dell'incarico, e giova sottolineare che è stata *ritenuta manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale delle norme contenute nel D.P.R. 14 novembre 1983 n. 820 (riguardante la tabella degli onorari precedente a quella attualmente in vigore) e nella L. 8 luglio 1980 n. 319, sotto il profilo della mancanza di uniformità dei criteri adottati per la liquidazione dei compensi per le prestazioni del consulente tecnico d'ufficio, dell'inadeguatezza dei compensi stessi, dal loro divario con i compensi previsti per analoghe prestazioni dalle tariffe professionali, in quanto l'espletamento dell'incarico peritale costituisce munus publicum non assimilabile all'esercizio della libera professione, onde il diverso criterio di liquidazione trova giustificazione nella diversa natura dei possibili incarichi, mentre la eventuale inadeguatezza dei compensi trova rimedio con il ricorso al loro*

*raddoppio, espressamente previsto*²⁴¹.

Gli onorari *fissi* sono quelli a misura predeterminata, indipendentemente da ogni riferimento al tempo, all'entità, e alla complessità delle indagini, proprio perché si tratta di onorari riferiti a prestazioni tipiche, per le quali è possibile stabilire presuntivamente onorari non variabili²⁴².

Gli onorari *variabili* sono quelli a misura da determinarsi in base a tariffe contenenti minimi e massimi, ed in tal caso, nella quantificazione, il giudice deve tenere conto delle difficoltà dell'indagine e della completezza e del pregio della prestazione fornita (art. 2, comma 2 della L. n. 319/80).

Gli onorari *fissi* e quelli *variabili*, poi, possono essere aumentati fino al 20% qualora il giudice dichiari, con provvedimento motivato, l'urgenza dell'adempimento, fissando un termine inferiore a quello ordinariamente ritenuto necessario (art. 2, comma 3 della L. n. 319/80).

I maggiori problemi sorti in relazione all'applicazione pratica delle tabelle riguardano, soprattutto, la determinazione degli onorari *variabili a percentuale*, ossia a quelli calcolati in relazione a scaglioni di valori.

In proposito, va anzitutto osservato che ai fini della liquidazione degli onorari a percentuale per il consulente tecnico di ufficio si ha riguardo, a norma dell'art. 1 delle tabelle approvate con il D.P.R. n. 352/88, al valore

²⁴¹ Cass., n. 7905/90. Secondo Cataldi – Scarafoni, *op. cit.*, mediante i criteri dettati dall'art. 2, comma 1 della L. n. 319/80 per la redazione delle tabelle degli onorari *fissi* e *variabili*, il legislatore ha fatto riferimento, da un lato, alle corrispondenti tariffe professionali, in modo da non creare un'eccessiva sperequazione fra retribuzioni professionali e giudiziali che abbiano ad oggetto attività analoghe, per evitare una caduta di qualità nella categoria degli ausiliari del giudice), dall'altro, alla natura pubblicistica dell'incarico che richiede che la prestazione del consulente non renda eccessivamente gravose per le parti (nel processo civile ed in quello penale nel caso di condanna dell'imputato) e per lo Stato (nel processo penale, qualora l'imputato sia assolto).

²⁴² In tal senso, E. Protetti – M.T. Protetti, *op. cit.*.

della controversia, che si determina dalla domanda, ai sensi dell'art. 10, 1° comma, c.p.c., il quale è espressione di principio valevole anche al di fuori della questione specifica della competenza²⁴³.

Poiché la determinazione degli onorari *variabili a percentuale* prevede aliquote differenziate per scaglioni di valore, non vanno applicate le sole aliquote corrispondenti al valore massimo della controversia, ma *occorre procedere alla scomposizione del valore oggetto dell'accertamento, in modo che la percentuale del primo scaglione va applicata al primo importo risultante dalla scomposizione, la percentuale del secondo scaglione va applicata sulla parte eccedente l'importo del primo scaglione, la percentuale del terzo scaglione va applicata sulla parte eccedente l'importo del secondo scaglione e così via all'ultimo importo risultante dalla scomposizione*²⁴⁴.

Altra questione interessante si pone in relazione all'ipotesi in cui il valore della controversia superi lo scaglione più alto tra quelli previsti in tabella. Sul punto, nonostante le tesi prospettate in dottrina per garantire comunque al consulente tecnico la liquidazione di un compenso per il suo operato anche per la parte eccedente il limite massimo contemplato in tabella²⁴⁵, la Suprema Corte ha più volte affermato che lo scaglione massimo di valore configura un limite non superabile, che non contrasta né con gli artt.

²⁴³ Vedi Cass. n. 2338/95.

²⁴⁴ Così la circolare n. 4061 del 14/4/84 del Presidente del Tribunale di Roma (riportata in E. Protetti – M.T. Protetti, *op. cit.*), contenente, per l'appunto, direttive interpretative con riguardo al sistema della determinazione degli onorari a percentuale.

²⁴⁵ Per Cataldi – Scarafoni, *op. cit.*, si può applicare alla parte di valore eccedente lo scaglione massimo l'aliquota percentuale prevista per quest'ultimo, oppure ritenere applicabile l'art. 5 della L. n. 319/80, per effetto del quale "per le prestazioni di eccezionale importanza, complessità e difficoltà gli onorari possono essere aumentati fino al doppio".

35 e 36 Cost, né con l'art. 2233 c.c.; infatti, la razionalità della scelta legislativa è suffragata dalla posizione stessa dei consulenti tecnici di ufficio, i quali, nella loro qualità di ausiliari del giudice, non possono essere considerati, ai fini della valutazione delle loro prestazioni, come semplici lavoratori autonomi²⁴⁶.

Va, infine, ricordato che, ai sensi dell'art. 29 del D.P.R. n. 352/88, gli onorari previsti nelle tabelle ivi indicate, ove non diversamente stabilito, sono comprensivi della relazione sui risultati dell'incarico espletato, dell'esame degli atti processuali, della partecipazione alle udienze e di ogni altra attività concernente i quesiti.

Qualora non sia possibile ricorrere, neanche analogicamente²⁴⁷, alle tabelle concernenti gli onorari *fissi* e gli onorari *variabili*, il compenso del consulente tecnico va commisurato al tempo impiegato per l'espletamento dell'incarico, e determinato in base alle *vacazioni* (art. 4 L. n. 319/80).

Ogni vacanza è pari a due ore di lavoro, e mentre l'onorario per la prima vacanza è di £. 24.732, per ciascuna delle successive è di £. 13.740²⁴⁸. Va sottolineato che per “prima vacanza” deve intendersi solo quella che segna l'inizio dell'attività del consulente e non quella che segna l'inizio di ogni singola giornata lavorativa del consulente medesimo²⁴⁹.

²⁴⁶ Così la recente Cass. n. 7852/97; in senso conforme, Cass. nn. 4791/94 e 9193/91, secondo le quali il principio in esame non contrasta con il disposto di cui all'art. 2233 cpv. c.c., secondo cui la misura del compenso deve essere adeguata all'importanza dell'opera e al decoro della professione, in quanto l'art. 2 della L. n. 319/80 impone di contemperare la misura degli onorari con la natura pubblicistica dell'incarico.

²⁴⁷ L'art. 3 della L. n. 319/80 prevede, infatti, che gli onorari fissi e quelli variabili si applicano anche per le prestazioni analoghe a quelle espressamente previste nelle tabelle.

²⁴⁸ Così come da ultimo aggiornato con decreto del Ministro di grazia e giustizia del 5/12/97, pubblicato sulla G.U. n. 37 del 14/2/98.

²⁴⁹ In tal senso Cass. n. 847/68. *Contra*, in dottrina, Caccia Cavallari, *Commentario alla legge 8 luglio 1980 n. 319*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1981, 302.

L'onorario per la vacanza non si divide che per metà, e trascorsa un'ora e un quarto è dovuta interamente (art. 4, comma 4 L. n. 319/80). Il giudice, inoltre, non può liquidare più di quattro vacanze al giorno per ciascun incarico, tranne il caso in cui lo stesso venga espletato in sua presenza, per cui deve farsi risultare dagli atti e dal verbale di udienza il numero delle vacanze (art. 4, commi 5 e 6 L. n. 319/80).

Il calcolo del numero delle vacanze va operato con rigoroso riferimento al numero delle ore che siano state necessarie per l'espletamento dell'incarico, indipendentemente dal termine assegnato per il deposito della relazione, mentre la possibilità di aumento del compenso, per la difficoltà dell'indagine o la durata della ricerca, è dalla legge affidata alla discrezionalità valutativa del giudice di merito²⁵⁰. Infatti, a norma dell'art. 5 della L. n. 319/80, il giudice può aumentare gli onorari (con riferimento ad ogni forma di liquidazione) fino alla metà, laddove la prestazione del consulente sia di eccezionale importanza, complessita e difficoltà. Poiché alla liquidazione si provvede con decreto motivato, è necessario che il giudice, seppure succintamente, indichi gli elementi per cui ha ritenuto di disporre l'aumento²⁵¹.

Per gli incarichi collegiali, di regola va liquidato un compenso globale, determinato sulla base di quello spettante ad un solo consulente, aumentato del 40% per ciascuno degli altri ausiliari. Tuttavia, se il giudice ha disposto che ciascuno dei consulenti dovesse svolgere l'incarico personalmente e per l'intero (circostanza che si verifica quando il giudice

²⁵⁰ Così Cass. n. 2055/89.

²⁵¹ In tal senso, Cataldi – Scarafoni, *op. cit.*...

conferisce incarichi singoli a diversi consulenti), la liquidazione va fatta per ciascuno dei consulenti nominati (art. 6 L. n. 319/80).

Le indennità sono disciplinate dall'art. 9 della L. n. 319/80. Esse riguardano le trasferte e i viaggi sostenuti dal consulente che, per l'esecuzione dell'incarico, si sia dovuto trasferire fuori dalla propria residenza, e trova applicazione la Legge 26 luglio 1978 relativa ai dipendenti pubblici, equiparando il consulente tecnico fornito di titolo universitario o equipollente al dirigente superiore, e tutti gli altri al primo dirigente, fatta salva la maggiore indennità spettante al consulente che sia anche dipendente pubblico.

Le spese di viaggio, anche se non documentate, sono liquidate in base alle tariffe di prima classe dei mezzi di trasporto pubblico, mentre le spese di viaggio con mezzi aerei o con mezzi di trasporto straordinario (ivi compresa l'autovettura²⁵²) sono rimborsate solo se preventivamente autorizzate dal giudice e se documentate.

Nel caso in cui il giudice si avvalga del potere di scegliere il consulente tecnico fra quelli iscritti negli albi di un altro tribunale (della stessa o di altra corte di appello), al medesimo deve riconoscersi, con l'indennità di trasferta, anche il rimborso delle spese per i necessari trasferimenti fuori dalla circoscrizione del tribunale presso il quale è iscritto, da liquidarsi secondo parametri analoghi a quelli fissati per le trasferte dei

²⁵² Per Cataldi – Scarafoni, *op. cit.*, in caso di utilizzo autorizzato dell'autovettura non è necessario che il consulente presenti la documentazione giustificativa, poiché la liquidazione della relativa spesa è effettuata in base ad un'indennità chilometrica ragguagliata ad un quinto del prezzo della benzina super vigente al tempo in cui è stata effettuata la prestazione *ex art. 8 L. n. 417/78.*

funzionari dello Stato dalla L. n. 417/78²⁵³.

Quanto alle **spese**, l'art. 7 della L. n. 319/80 dispone che il consulente deve presentare una nota specifica²⁵⁴ delle spese sostenute per l'adempimento dell'incarico ed allegare la corrispondente documentazione²⁵⁵. Il giudice accerta le spese sostenute ed esclude dal rimborso quelle non necessarie²⁵⁶.

Quindi, le spese sostenute dal consulente tecnico – purchè necessarie e documentate – devono essere rimborsate a prescindere da una preventiva autorizzazione del giudice. Tale regola di carattere generale trova, tuttavia, una eccezione in tema di rimborso delle spese sostenute per i terzi ausiliari del consulente. I commi 3 e 4 dell'art. 7 succitato prevedono che: *ove i periti e i consulenti tecnici siano stati autorizzati dal giudice ad avvalersi dell'ausilio di prestatori d'opera per attività strumentale rispetto ai quesiti*

²⁵³ Cass. n. 2743/85.

²⁵⁴ In E. Protetti – M.T. Protetti, *op. cit.*, viene opportunamente evidenziato come, alla stregua della norma in esame, la nota spese sembrerebbe riguardare soltanto le spese e non anche gli onorari e le indennità, che devono essere liquidati autonomamente dal giudice. Tuttavia, essendo prassi corrente che il consulente tecnico, anche come indicazione per il giudice, includa nella nota spese non solo gli esborsi ma anche gli onorari e le indennità che egli ritenga gli siano dovuti, gli Autori affermano che l'indicazione del consulente non è vincolante per il giudice, neppure quando questi indichi per onorari e indennità un importo minore di quello spettantegli, per cui può essere liquidata anche una somma maggiore di quella richiesta per onorari e indennità, purchè nei limiti dei criteri previsti dalla legge.

²⁵⁵ Per Cataldi – Scarafoni, *op. cit.*, nonostante il dato letterale della norma, esistono spese di carattere generale corrente che non sono documentabili dal consulente, come le spese telefoniche o quelle di utilizzo delle attrezzature di studio, ma che comunque devono essere oggetto di liquidazione forfettaria. Si pone in senso critico rispetto a tale possibilità di liquidazione, E. Protetti – M.T. Protetti, *op. cit.*.

²⁵⁶ Per Cass. n. 2743/85, le spese sostenute dal consulente tecnico d'ufficio per l'acquisto di macchinari necessari all'espletamento dell'incarico non devono essere sottoposte alla preventiva autorizzazione del giudice; tuttavia, le stesse possono essere addebitate alle parti in causa soltanto previo motivato accertamento della indispensabilità dell'acquisto, sotto il profilo della impossibilità di valersi di impianti altrui ovvero di una ulteriore consueta utilizzazione o di una agevole rivendita da parte del consulente tecnico.

posti con l'incarico, la relativa spesa è determinata gradatamente secondo i criteri stabiliti nella presente legge alla stregua delle tariffe vigenti o degli usi locali; quando le prestazioni di carattere intellettuale o tecnico dell'ausiliare hanno propria autonomia rispetto all'incarico affidato al perito o consulente tecnico, il giudice conferisce allo stesso specifico incarico.

Tale norma, quindi, sembra imporre la necessità che le spese per prestazioni rese dai collaboratori del consulente devono essere autorizzate dal giudice.

La norma, inoltre, prevede due distinte figure²⁵⁷: una prima, caratterizzata dalla prestazione, da parte del collaboratore, di un'attività "strumentale" rispetto ai quesiti posti con l'incarico, con conseguente assorbimento della stessa attività nell'ambito dell'incarico conferito al consulente tecnico; una seconda, caratterizzata, invece, da una prestazione avente una sua "autonomia" rispetto all'incarico già affidato al consulente tecnico.

Mentre per ciò che concerne la prima delle ipotesi descritte, il giudice provvederà a liquidare le spese affrontate dal consulente per la prestazione di carattere *strumentale* rispetto alle attività peritali compiute dal terzo collaboratore, secondo quanto stabilito dal 3° comma dell'art. 7²⁵⁸, conferirà

²⁵⁷ Come evidenzia Martino in *Codice di procedura civile commentato* a cura di Romano Vaccarella e Giovanni Verde.

²⁵⁸ In proposito, E. Protetti – M.T. Protetti, *op. cit.*, critica la formulazione della norma con riferimento alle modalità di liquidazione della spesa. Gli Autori opportunamente evidenziano che nella stesura dell'art. 7 vi è stata l'omissione di una disgiuntiva, per cui la norma deve intendersi scritta "secondo i criteri dettati nella presente legge o alla stregua delle tariffe vigenti o degli usi locali" soprattutto considerando che subito prima si afferma che "la relativa spesa è determinata gradatamente". Analoga la soluzione interpretativa adottata dal Tribunale di Catania, 4/2/89, in *Il Foro Italiano*, 1990, I, 2753, secondo il

un specifico incarico al terzo, proprio in ragione dell'*autonomia* della sua prestazione.

Il compenso del consulente tecnico per il servizio espletato nell'esercizio abituale di lavoro autonomo è assoggettato all'IVA, ai sensi dell'art. 5 del D.P.R. n. 633/72, e successive modificazioni. Non ricorre l'obbligo di versamento della predetta imposta laddove il consulente sia stato scelto tra coloro che non esercitano per professione abituale altra attività di lavoro autonomo (come, ad esempio, nel caso in cui l'ausiliare svolga attività di lavoro dipendente). Inoltre, poiché per il consulente iscritto negli albi professionali vige l'obbligo del versamento dei contributi alla cassa previdenziale sul compenso liquidatogli, l'ausiliare ha diritto di rivalsa parziale (di solito pari al 2% del compenso), nei confronti del soggetto cui il giudice ha posto a carico l'onere di anticipazione²⁵⁹

Come osservato dalla dottrina, il cd. supplemento di perizia richiede la liquidazione di un ulteriore compenso se esso non sia giustificato da lacune o inesattezza, ma da una spiegazione del precedente giudizio tecnico, con illustrazione delle fasi e modalità dell'opera, con ulteriore dispendio di attività utile nell'economia generale della causa²⁶⁰.

Il decreto di liquidazione del compenso

La liquidazione del compenso al consulente tecnico è fatta con

quale la norma prevede due diversi metodi di determinazione: uno preminente, che richiama i criteri legali, e l'altro meramente sussidiario, che individua nelle tariffe e negli usi locali il dato di riferimento residuale per la misura del compenso (nella specie, il compenso al terzo ausiliare viene liquidato alla stregua dei criteri contemplati nella legge, in difetto di una specifica voce di riferimento tabellare, sulla base delle vacanze).

²⁵⁹ Sugli aspetti *de quibus*, cfr. E. Protetti – M.T. Protetti, *op. cit.*, e Cataldi – Scarafoni, *op. cit.*.

²⁶⁰ E. Protetti – M.T. Protetti, *op. cit.*

decreto motivato²⁶¹ del giudice che lo ha nominato²⁶² (art. 11 L. n. 319/80).

Detto decreto va comunicato al consulente tecnico ed alle parti, e costituisce titolo provvisoriamente esecutivo nei confronti della parte a carico della quale è posto il pagamento.

Quanto alla natura giuridica del provvedimento in esame, la necessità della motivazione e la possibilità di impugnazione del decreto (come previsto dall'art. 11 L. n. 319/80), depongono per la natura giurisdizionale dello stesso²⁶³.

Esso, inoltre, ha carattere anticipatorio, poiché il compenso spettante al consulente costituisce una spesa resa necessaria da un atto del processo, il cui obbligo di anticipazione, a carico delle parti, scaturisce dal disposto dell'art. 90 c.p.c.²⁶⁴.

²⁶¹ Martino, *op. cit.*, evidenzia che dalla natura monitoria del decreto si ricavano anche le conseguenze del difetto di motivazione: è sufficiente che la motivazione risulti per *relationem*; e dove essa manchi in assoluto, si tratterà di un vizio inducente nullità processuale da dedurre esclusivamente, con lo specifico mezzo dell'opposizione, conseguendone in mancanza la sanatoria per effetto di giudicato del decreto, ai sensi degli artt. 156 e 161 c.p.c..

²⁶² Per Martino, *op. cit.*, ove il compenso non sia stato liquidato con il decreto in questione, la liquidazione viene fatta nella sentenza che decide il merito, ovvero, se la liquidazione non avviene nemmeno con la sentenza, il consulente può avvalersi del procedimento ingiuntivo *ex art. 633, 1° comma, n. 2* o dell'azione ordinaria. In senso conforme Vellani, *op. cit.*, con la precisazione, però, che il consulente può avvalersi del procedimento ingiuntivo (o dell'azione ordinaria) soltanto dopo la pubblicazione della sentenza che decide la causa nella quale ha svolto la sua attività, e sempreché il compenso non gli sia stato liquidato né nella sentenza stessa, né ancora prima con decreto.

²⁶³ In tal senso, Franchi, *Del consulente tecnico, del custode e degli altri ausiliari del giudice*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da Allorio, secondo il quale il decreto di liquidazione ha natura giurisdizionale, perché atto di soggetto estraneo agli interessi in conflitto, che non modifica la sfera giuridica del suo autore; e E. Protetti – M.T. Protetti, *op. cit.*, per i quali è decisivo, tra l'altro, anche il richiamo contenuto nel comma 6° dell'art. 11 all'art. 29 della L. n. 794/42, che disciplinava la liquidazione degli onorari di avvocato e procuratore per le prestazioni giudiziali in materia civile.

²⁶⁴ Cfr., in proposito, Cass. n. 245/63. Come puntualizzato in Cass. n. 1753/84, La liquidazione delle spese di consulenza tecnica d'ufficio, effettuata dal giudice istruttore nel corso del giudizio ai sensi dell'art. 90 c.p.c., non ha il valore ed il contenuto di una condanna al pagamento, ma solo di un ordine di anticipazione provvisorio, e destinato ad essere superato dalla statuizione della sentenza circa il relativo onere, tenendo conto che tale anticipazione è regolata sulla base dell'interesse processuale a chiedere l'atto al quale

Si discute se il provvedimento di liquidazione possa essere emesso soltanto ad istanza del consulente o di altra parte interessata²⁶⁵, ovvero anche d'ufficio, in quanto in tal modo il giudice pone fine all'incarico giudiziale che aveva conferito²⁶⁶. La seconda tesi appare preferibile, anche se risulta opportuno invitare il consulente al deposito della nota spese.

Innovando la disciplina preesistente, l'art. 11, comma 5 della L. n. 319/80 prevede che avverso il decreto di liquidazione il consulente tecnico, il P.M. e le parti private interessate²⁶⁷ possono proporre ricorso entro venti giorni dall'avvenuta comunicazione davanti al Tribunale o alla Corte d'Appello alla quale appartiene il giudice che ha emesso il decreto (nel senso che se il provvedimento è emesso da un giudice del Tribunale - monocratico o collegiale - o della Corte d'Appello, il ricorso deve essere presentato, rispettivamente, al Tribunale od alla Corte d'Appello alla quale appartiene il giudice che ha proceduto alla liquidazione²⁶⁸).

Il termine di venti giorni per la proposizione del ricorso avverso il

si riferiscono le spese, laddove la decisione definitiva sul loro onere è regolata dal principio della soccombenza nell'intera controversia, salva la compensazione di cui all'art. 92 c.p.c..

²⁶⁵ Come affermato da Franchi, *op. cit.*

²⁶⁶ Così Vellani, *op. cit.*

²⁶⁷ Come opportunamente evidenziato in Cataldi – Scarafoni, *op. cit.*, l'interesse a ricorrere non può essere limitato unicamente alla parte cui il giudice abbia provvisoriamente posto a carico il pagamento della consulenza con il decreto di liquidazione perché rientrando tali spese nel novero di quelle della lite che debbono ricevere definitiva regolamentazione con la sentenza, anche la parte che non sia stata provvisoriamente gravata della spesa ha interesse a far accertare l'erronea liquidazione, in quanto, con la pronuncia definitiva, si potrebbe vedere condannata al relativo rimborso alla controparte.

²⁶⁸ Così Cataldi – Scarafoni, *op. cit.*. Per Cass. n. 601/91, La circostanza che il giudice che ha liquidato il compenso al consulente tecnico faccia parte del collegio chiamato a pronunciarsi sull'opposizione non costituisce motivo di nullità della sentenza, configurando invece un'ipotesi di astensione o ricusazione, da farsi valere nelle forme e nei termini di cui all'art. 53 c.p.c

decreto del giudice che liquida il compenso al consulente tecnico d'ufficio, decorrente dalla comunicazione del decreto stesso, è perentorio ancorché la legge non lo dichiara espressamente tale, trattandosi di un termine di impugnazione che assolve anche alla funzione di eliminare ogni situazione di incertezza²⁶⁹. Il predetto termine decorre soltanto dalla data della comunicazione del decreto medesimo avvenuta ai sensi dell'art. 136 c.p.c., non essendo configurabili equipollenti di tale formalità²⁷⁰.

Il procedimento di opposizione è regolato dal combinato disposto dell'art. 11, commi 5, 6 e 7 e dell'art. 29 della L. n. 794/42, concernente la liquidazione dei diritti e degli onorari degli avvocati.

La norma da ultimo indicata prevede che: il Presidente del Tribunale o della Corte d'Appello ordina, con decreto in calce al ricorso²⁷¹, la

²⁶⁹ In tal senso, Cass. nn. 3812/94 e 4777/88.

²⁷⁰ Vedi Cass. n. 9053/91, che ha affermato il principio in questione escludendo che, in mancanza della comunicazione ex art. 136 c.p.c., il termine potesse decorrere dalla data di ricevimento della raccomandata con cui il ctu sollecitava il pagamento del compenso liquidato, ovvero dalla data di comunicazione della sentenza conclusiva del giudizio in cui era stata disposta la consulenza, che faceva espresso riferimento alla liquidazione del compenso.

²⁷¹ La Corte Costituzionale, con recente sentenza n. 197/98, in *Il Foro Italiano*, 1998, I, 3480, ha rigettato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 29 della L. n. 794/42, come richiamato dall'art. 11, comma 6 della L. n. 319/80, nella parte in cui non prevede la comunicazione al ricorrente del decreto del Presidente del Tribunale in calce al ricorso, con cui viene fissata la comparizione della parti davanti al collegio in camera di consiglio ed è determinato il termine per la notificazione del decreto e del ricorso stesso alla controparte interessata, in quanto è da escludere che l'inutile decorso del termine di notifica indicato nel decreto di fissazione dell'udienza comporti, pur in difetto della comunicazione del decreto stesso, la decadenza dell'impugnazione già tempestivamente proposta. Afferma, infatti, la Consulta che il ricorso proposto avverso la liquidazione operata dal giudice al consulente costituisce espressione di un diritto attribuito dalla norma col solo onere di osservare il termine di venti giorni "dall'avvenuta comunicazione"; osservato tale termine, una decadenza dalla già proposta impugnazione potrebbe ricollegarsi alla mera inattività relativamente ad adempimenti successivi, solo in quanto il ricorrente sia stato posto in condizione di conoscere il momento iniziale del termine entro cui provvedere agli adempimenti successivi: il che non può ragionevolmente ritenersi verificato a seguito del semplice deposito del decreto previsto nell'art. 29, 1° comma della L. n. 794/42.

comparizione degli interessati²⁷² davanti al collegio in camera di consiglio, nei termini ridotti a norma dell'art. 645, ultima parte c.p.c.²⁷³; il decreto è notificato a cura della parte istante; non è obbligatorio il ministero di difensore; il collegio, sentite le parti, procura di conciliarle²⁷⁴, e se il tentativo riesce il processo verbale di conciliazione costituisce titolo esecutivo anche per le spese del procedimento, ed in tal caso trova applicazione l'art. 92 ultimo comma c.p.c., secondo il quale, se le parti si sono conciliate, le spese si intendono compensate, salvo che le parti stesse abbiano diversamente convenuto; se una delle parti non compare o se la conciliazione non riesce, il collegio provvede alla liquidazione con ordinanza non impugnabile²⁷⁵, la quale costituisce titolo esecutivo anche per le spese del procedimento. Giova, poi, ricordare che, ai sensi del 6° comma dell'art. 11 della L. n. 319/80, il Tribunale o la Corte d'Appello, su istanza dell'opponente, quando ricorrano gravi motivi, può con ordinanza non impugnabile, sospendere l'esecuzione

²⁷² Per Cass. nn. 4176/98, 4175/98 e 4819/97, nel giudizio di opposizione al decreto di liquidazione del compenso sono contraddittori necessari l'ufficio giudiziario che ha disposto la liquidazione contestata e le parti private sulle quali, all'esito del giudizio, potrebbe riversarsi il costo della consulenza.

²⁷³ In sostanza, tra la notificazione del decreto e l'udienza fissata per la comparizione in camera di consiglio debbono intercorrere termini liberi pari alla metà di quelli fissati dall'art. 163 *bis* c.p.c., ed i resistente possono costituirsi nel termine ridotto previsto dall'art. 166 c.p.c..

²⁷⁴ Per Cass. n. 12561/92, il mancato esperimento da parte del giudice del tentativo di conciliazione non costituisce motivo di nullità dell'ordinanza pronunciata all'esito del giudizio di opposizione.

²⁷⁵ Nonostante la legge qualifichi espressamente l'ordinanza che decide sull'opposizione come non impugnabile, per costante orientamento giurisprudenziale si afferma che detto provvedimento è soggetto a ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost. (tra le tante, vedi Cass. nn. 9767/95, 12561/92, 9438/87, 6857/83). Per Cass. n. 1952/96, il termine breve per la proposizione del ricorso per cassazione decorre, a norma dell'art. 739 c.p.c., dalla notificazione dell'ordinanza e non dalla comunicazione della stessa eseguita a cura della cancelleria. Inoltre, come precisato da Cass. nn. 6987/97 e 1331/96, in caso di mancata notificazione dell'ordinanza, il ricorso per cassazione può proporsi nel termine di un anno dalla pubblicazione, ai sensi dell'art. 327 c.p.c., senza che rilevi la sottoscrizione "per presa visione" apposta dal difensore a margine dell'ordinanza.

del decreto opposto²⁷⁶. Infine, va rilevato che, a norma del 7° comma dell'art. 11 della L. n. 319/80, il Tribunale e la Corte d'Appello possono chiedere, al giudice o al P.M. che ha provveduto alla liquidazione o all'ufficio giudiziario ove si trovino gli atti, i documenti e le informazioni necessari ai fini della decisione, eccettuati quelli coperti dal segreto istruttorio.

Nel giudizio di opposizione avverso il decreto di liquidazione del compenso al consulente tecnico, il giudice deve limitare il suo esame al controllo della sola liquidazione e stabilire se questa sia avvenuta con criteri adeguati all'entità dell'opera svolta, con esclusione di ogni valutazione sull'influenza e l'utilità della consulenza tecnica, che è riservata all'accertamento in sede di cognizione del merito della causa in cui la consulenza fu disposta²⁷⁷. Tuttavia, il giudice dell'opposizione non deve limitarsi a verificare la legittimità della liquidazione fatta dal giudice che ha nominato il consulente, disponendo egli del potere di effettuare una valutazione del merito, ai fini della quale può acquisire tutti gli elementi necessari, ai sensi del 7° comma dell'art. 11, della L. 319/80 in precedenza menzionato²⁷⁸.

²⁷⁶ Per Cataldi – Scarafoni, *op. cit.*, sebbene la disposizione di legge nulla dica in merito al procedimento per la sospensione dell'esecuzione provvisoria, si deve ritenere che, dovendo essere pronunciata con ordinanza, sia necessario provocare il previo contraddittorio fra le parti; inoltre, affermano gli Autori, poiché la legge dichiara espressamente non impugnabile l'ordinanza con cui il giudice sospende la provvisoria esecuzione del decreto di liquidazione, ai sensi dell'art. 177 c.p.c. la medesima non è neppure revocabile dal giudice che l'ha pronunciata.

²⁷⁷ Cfr. in termini Cass. n. 1014/96. In senso analogo, Cass. nn. 6684/953342/92, 3300/88, 9438/97, 1753/84. Va, peraltro, sottolineato che per Cass. n. 4166/95, pur non competendo al giudice la valutazione dell'influenza e dell'utilità della consulenza tecnica (il cui apprezzamento, come si è visto, è riservato al giudice della controversia in sede di cognizione del merito), spetta allo stesso decidere in ordine alla rispondenza dell'opera svolta dall'ausiliario ai quesiti postigli; per cui, nel caso in cui tutto l'elaborato deve ritenersi fuori d'opera rispetto al quesito, al consulente non spetta alcun compenso.

²⁷⁸ Così Cass. n. 4126/90.

L'addebito finale delle spese di consulenza viene stabilito con la sentenza che definisce il giudizio. Il compenso del consulente tecnico può essere posto pertanto a carico della parte soccombente (con conseguente condanna di quest'ultima al rimborso se ad anticipare la spesa in esame sia stata la parte vittoriosa), ovvero, in caso di ricorrenza dei giusti motivi, può rientrare nell'ambito della compensazione integrale o parziale tra le parti²⁷⁹.

dott. Mario Suriano

giudice del Tribunale di Napoli

²⁷⁹ A tal proposito va detto che, per Cass. n. 6228/92, disposta la compensazione, per giusti motivi, delle spese giudiziali, il giudice del merito non può disporre la ripartizione per quote uguali, tra la parte totalmente vittoriosa e quella soccombente, delle spese liquidate in favore del consulente tecnico d'ufficio, perché tale statuizione viola il principio dell'art. 91 c.p.c., che esclude la possibilità di condanna della parte totalmente vittoriosa al pagamento, anche parziale, delle spese di causa. *Contra*, Cass. n. 270/81, secondo cui disposta la compensazione delle spese giudiziali tra le parti in causa, il correlativo provvedimento del giudice del merito circa la distribuzione tra le parti in quote uguali delle spese relative alla consulenza tecnica d'ufficio non viola il principio, secondo cui la parte interamente vittoriosa non può essere condannata nemmeno parzialmente alle spese del giudizio, in quanto tale provvedimento riguardando spese per atti di un ausiliare del giudice, rappresenta la proiezione e l'estensione della compensazione delle spese giudiziali ai sensi dell'art. 92 c.p.c., ammissibile anche in presenza di una parte totalmente vittoriosa.

