

ARCHIVIO GIURIDICO DELLA CIRCOLAZIONE E DEI SINISTRI STRADALI

Rivista mensile di dottrina, giurisprudenza e legislazione

direttori Corrado Sforza Fogliani, Giorgio Gallone
direttore responsabile Massimiliano Galioni

in questo numero

- **SS.UU. pen.:** è confiscabile la vettura condotta in stato di ebbrezza dall'utilizzatore in leasing, p. 521
- **SS.UU. civ.:** immediata impugnabilità del verbale relativamente alla decurtazione dei punti, p. 526
- **Consulenza tecnica d'ufficio e preclusioni istruttorie,** p. 503
- **Conversione in L. del D.L. n. 5/12 sulle semplificazioni,** p. 589

inoltre

- **Giud. Pace Napoli:** non si applica al giudice di pace il tentativo obbligatorio di mediazione, p. 579
- **D.M. 20 aprile 2012:** esercitazioni di guida in autostrada del minore autorizzato, p. 596
- **L. n. 33/12** sulla circolazione stradale nelle aree aeroportuali, p. 596
- **CARD 2012,** p. 607

ISSN: 0518-3510

www.latribuna.it

**CELT Casa Editrice La Tribuna**

CONSULENZA TECNICA D'UFFICIO E PRECLUSIONI ISTRUTTORIE

di Annunziata Candida Fusco (*)

SOMMARIO

1. Preclusioni processuali, onere di allegazione e onere probatorio. 2. Onere probatorio e consulenza tecnica d'ufficio. 3. Poteri e limiti del Ctu - Onere probatorio - Preclusioni.

1. Preclusioni processuali, onere di allegazione e onere probatorio

Un interrogativo ricorrente nell'affrontare l'argomento "consulenza tecnica d'ufficio" è costituito dal rapporto che la ctu ha con i mezzi di prova ed in particolare con le preclusioni imposte dal legislatore in relazione agli stessi. Ossia, quali limiti incontra il consulente tecnico nel compimento del suo operato di supporto al sapere giuridico del giudice che l'ha incaricato? Se il fine della sua attività è rispondere al quesito postogli, incontra egli dei limiti nella sua ricerca? Se li supera, cosa accade?

Detto diversamente e ancora più ampiamente, in quale rapporto si pone la ctu rispetto ad alcuni principi processuali, quali il principio dell'onere della prova (art. 2679 c.c.) ed il connesso principio della disponibilità delle prove (art. 115 c.p.c.); il principio della domanda e della pronuncia secondo il richiesto (art. art. 112 c.p.c.); il principio del contraddittorio e della ragionevole durata del processo (art. 101 c.p.c.; art. 111 Cost.); il principio delle preclusioni previsto dall'art. 183 c.p.c.?

Salve eccezionali ipotesi, il giudice civile non va alla ricerca delle prove dei fatti posti a fondamento della domanda rivoltagli, ma decide in base alle prove fornite dalle parti ovvero in base a fatti non "specificatamente" contestati dalle stesse (1).

È quindi onere delle parti prima di tutto allegare i fatti posti a fondamento della domanda, poi provarli.

"Allegare" significa tecnicamente affermare, definire, descrivere, circoscrivere i fatti su cui si fonda la domanda (2). L'attività di allegazione si compendia nelle due fondamentali enunciazioni previste ai numeri 3 e 4 del terzo comma dell'art. 164 c.p.c.: determinazione dell'oggetto della domanda (definire il petitum, cosa si chiede); espo-

sizione dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda, con le relative conclusioni (definizione della causa petendi). La citazione è nulla se è omissa o risulta assolutamente incerto il requisito stabilito nel numero 3 ovvero se manca l'esposizione dei fatti di cui al numero 4.

Del pari, il convenuto deve esporre in comparsa tutte le sue difese prendendo posizione sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda. Pena la decadenza, deve proporre domanda riconvenzionale e le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio (art. 167 c.p.c.).

Né il giudice può sopperire alle manchevolezze delle parti di sua iniziativa, visto il limite impostogli di pronunciare su tutta la domanda e non oltre la stessa. Né può pronunciare d'ufficio su eccezioni che possono essere proposte soltanto dalle parti.

"Provare" i fatti che costituiscono il fondamento del diritto che si vuol far valere in giudizio implica per le parti prima di tutto l'onere di individuare e scegliere i mezzi di prova di cui ci si intende avvalere, tra quelli messi a disposizione dall'ordinamento (3). Poi, quello di farne richiesta. L'art. 163, comma 3, n. 5), c.p.c. prevede che l'attore compia in citazione l'indicazione specifica dei mezzi di prova dei quali intende avvalersi ed in particolare dei documenti che offre in comunicazione. Nessuna sanzione di nullità è prevista in caso di inosservanza del presente punto. Quanto al convenuto, egli deve indicare in comparsa i mezzi di prova di cui intende avvalersi e i documenti che offre in comunicazione (art. 167, primo comma c.p.c.).

Spetta invece al giudice assumere i mezzi di prova (art. 202 c.p.c.) e valutarli secondo il suo prudente apprezzamento (art. 116 c.p.c.). La scelta se disporre mezzi di prova o se disporre un mezzo di prova piuttosto che un altro rientra nel potere discrezionale del giudicante (4). Il quale può trarre argomenti di prova anche dal contegno delle parti (art. 116, 2° comma, c.p.c.) e porre a fondamento della sua decisione finanche la non contestazione (principio espressamente inserito nell'art. 115, primo comma, dall'art. 45, comma 14, L. 18 giugno 2009, n. 69) (5).

Allegare, provare, eccepire; modificare, precisare le proprie domande, eccezioni e conclusioni: attività da svolgere ad opera delle parti, quindi, senza possibilità per il giudicante di ovviare alle lacune delle stesse. Ma anche attività da svolgere entro termini ben stabiliti dal legislatore.

Quali sono questi termini? Di che tipo di termini si tratta? Quali sono le conseguenze in caso di inosservanza degli stessi?

Nel processo civile di ordinaria cognizione dinanzi al tribunale, ma lo stesso vale per il processo dinanzi al giudice di pace (6), attore e convenuto, che, come visto, hanno determinati oneri di allegazione ed indicazione di richieste istruttorie fin dal primo atto con cui si costituiscono, debbono poi rispettare ulteriori termini loro concessi per integrare le rispettive attività.

E così l'art. 183 c.p.c., come modificato dall'art. 2, comma 3, lett. c ter), D.L. 14 marzo 2005, n. 35 conv. in L. 14 maggio 2005 n. 80, consente all'attore di integrare le proprie allegazioni, proponendo domande ed eccezioni che sono conseguenza della domanda riconvenzionale e delle eccezioni proposte dal convenuto; gli consente altresì di essere autorizzato a chiamare in causa il terzo ... se l'esigenza è sorta dalle difese del convenuto. Le parti possono precisare e modificare le domande, le eccezioni e le conclusioni già formulate (5° comma). Primo sbarramento relativo alla sola attività assertiva delle parti: integrare, modificare, precisare nei limiti di quanto detto e non oltre la prima udienza di comparizione-trattazione. Se richiesto, il giudice concede alle parti i termini di cui al sesto comma: primo termine di ulteriori trenta giorni per deposito di memorie che ancora occorranza per le sole modificazioni ed eccezioni delle conclusioni; secondo termine di trenta giorni per replicare a quanto sopra nonché per l'indicazione di mezzi di prova e produzioni documentali; terzo termine di venti giorni per le sole indicazioni di prova contraria. Secondo sbarramento, relativo ancora all'attività assertiva delle parti (primo e secondo termine - cd. preclusioni assertive) nonché alle richieste istruttorie (cd. preclusioni probatorie). Decorsi i termini di cui sopra, le parti non potranno più né integrare né modificare; né eccepire né controeccepire; né richiedere prove né produrre documenti.

La discussione sulla rilevanza o meno d'ufficio dell'inosservanza dei termini indicati fu già risolta dalla giurisprudenza dopo la riforma del c.p.c. del 1990: i termini sono perentori e perciò non derogabili. L'inosservanza degli stessi è rilevabile d'ufficio a prescindere da qualsivoglia iniziativa o istanza delle parti ed anche in ipotesi di accettazione del contraddittorio ad opera delle parti. "Il regime delle preclusioni introdotto nel rito civile ordinario riformato deve ritenersi inteso non solo a tutela dell'interesse di parte, ma anche dell'interesse pubblico al corretto e celere andamento del processo, con la conseguenza che la tardività di domande, eccezioni, allegazioni e richieste deve essere rilevata d'ufficio dal giudice, indipendentemente dall'atteggiamento processuale della controparte al riguardo" (Cass. civ., Sez. I, 7 aprile 2000, n. 4376, cit.) (7).

In sintesi, tutto quanto viene fatto fuori dai termini prescritti è "tamquam non esset" ed il giudice non può prenderlo in considerazione. Quindi, una domanda riconven-

zionale formulata in comparsa di costituzione e risposta depositata fuori dai termini è tardiva e non potrà essere esaminata; ugualmente non potrà essere presa in considerazione se formulata per la prima volta nelle memorie ex art. 183, VI comma, c.p.c.. La stessa cosa dicasi per la precisazione delle domande, per le eccezioni non rilevabili d'ufficio. Il giudice, che deve pronunciarsi su quanto richiesto e non oltre i limiti di quanto richiesto, non potrà né dovrà esaminare domande, eccezioni, integrazioni, precisazioni formulate fuori termine (8). "Ne consegue che, fatti salvi casi particolari, è vietato al giudice porre alla base della propria decisione fatti che non rispondano ad una tempestiva allegazione delle parti, ovvero il giudice non può basare la propria decisione su un fatto, ritenuto estintivo, modificativo o impeditivo, che non sia mai stato dedotto o allegato dalla parte o comunque non sia risultante dagli atti di causa e che tale allegazione non solo è necessaria ma deve essere tempestiva, ovvero deve avvenire al massimo entro il termine ultimo entro il quale nel processo di primo grado si determina definitivamente il "thema decidendum" ed il "thema probandum", ovvero entro il termine perentorio eventualmente fissato dal giudice ex art. 183, quinto comma, c.p.c." (Cass. 14581/2007 cit.). Volendo concludere con un cenno sulle produzioni documentali in appello: Cass. civ., sez. III, 20 ottobre 2003, n. 15646 "Il divieto di ammissione di nuove prove in grado di appello, stabilito, nel testo modificato dall'art. 52, L. 26 novembre 1990, n. 353, si riferisce esclusivamente alle prove costituenti, e quindi non riguarda i documenti che, in quanto prove precostituite, possono essere prodotti anche in secondo grado; né è di ostacolo l'eventuale decadenza in cui sia incorsa la parte per il mancato rispetto del termine perentorio di deposito fissato ai sensi dell'art. 184 c.p.c., poiché tale preclusione ha effetto limitatamente al giudizio di primo grado, mirando la norma solo a tutelare la sola concentrazione endoprocessuale, quindi interna a ciascun grado di giudizio.

2. Onere probatorio e consulenza tecnica d'ufficio

La consulenza tecnica d'ufficio non è mezzo di prova, ma soltanto mezzo istruttorio (9). Ausilio tecnico per il giudice chiamato a decidere su questioni che richiedono un sapere extragiuridico che non ha, essa è "mezzo di valutazione, sotto il profilo tecnico-scientifico, di dati già acquisiti (Cass. civ. 6 ottobre 1984, n. 4991; Cass. civ. 31 marzo 1990, n. 2629); "strumento per la valutazione della prova già acquisita" (Cass. civ., sez. lav., 12 dicembre 2000, n. 15630) ovvero di "fatti già probatoriamente acquisiti al processo" (Cass. civ., sez. lav., 14 gennaio 1999, n. 321; Cass. civ., sez. lav., 17 agosto 2000, n. 10916; Cass. civ., sez. III, 10 marzo 2000, n. 2802; Cass. civ., sez. II, 15 aprile 2002, n. 5422; Cass. civ., sez. II, 30 gennaio 2003, n. 1512) - [cd. consulenza deducibile].

Pertanto, essa non soggiace ai limiti ed alle preclusioni di cui si è detto. È disposta discrezionalmente dal giudice anche a prescindere dall'istanza delle parti. Le parti a loro

volta possono richiederla al di là dei termini imposti per le richieste istruttorie, quindi in qualunque momento del giudizio (10).

La giurisprudenza ha però, a mano a mano, precisato che, in alcuni casi, la consulenza tecnica civile può assurgere al rango di prova vera e propria, ferma restando sempre la discrezionalità del giudice nel disporla (11) (12). E fermi restando, sempre, gli oneri probatori a carico delle parti, che subiscono però qualche ridimensionamento, come subito si vedrà.

Quanto al primo punto (ctu-prova), la Cassazione è intervenuta innumerevoli volte a chiarire il senso ed i limiti della natura probatoria della ctu: "la consulenza tecnica, se generalmente è disposta per fornire al giudice un ausilio per la valutazione di fatti già acquisiti, può tuttavia costituire essa stessa fonte oggettiva di prova, quando si risolva in uno strumento, oltre che di valutazione tecnica anche di accertamento di situazioni di fatto rilevabili solo con il ricorso a determinate cognizioni tecniche..." (Cass. civ., sez. lav., 31 marzo 1990, n. 2629 (13); si veda nello stesso senso Cass. civ., sez. III, 4 marzo 1995, n. 2514; Cass. civ., sez. II, 23 febbraio 1995, n. 2083; Cass. civ., sez. II, 14 gennaio 1999, n. 321) - [cd. consulenza percipiente].

Cassazione a sezioni unite 4 novembre 1996, n. 9522, formalizza per la prima volta la distinzione già elaborata, cui si è fatto cenno per inciso, tra consulenza deducente (strumento di valutazione/mero mezzo istruttorio) e consulenza percipiente (strumento di accertamento di fatti/mezzo di prova) (14), chiarendo esattamente il rapporto tra ctu ed onere della prova (secondo punto del nostro interrogativo).

"Nel primo caso la consulenza presuppone l'avvenuto espletamento dei mezzi di prova e ha per oggetto la valutazione di fatti i cui elementi sono già stati completamente provati dalle parti; nel secondo caso la consulenza può costituire essa stessa fonte oggettiva di prova, senza che questo significhi che le parti possano sottrarsi all'onere e rimettere l'accertamento dei propri diritti all'attività del consulente..."

C'è da dire, in verità, che anche prima del 1996 e comunque, a prescindere dalla distinzione sulla differente natura della ctu, la giurisprudenza ha sempre precisato che la ctu non è mai strumento attraverso il quale sopprimere a carenze probatorie delle parti.

Cass. 5990/86 cit., senza nemmeno sfiorare l'importante distinzione, chiariva questo principio con riferimento alla ctu in generale: "essa non può, pertanto, essere chiesta e disposta come mezzo per esonerare la parte dal fornire la prova di quanto assume, gravandone il relativo onere solo su di essa". Secondo Cass. civ., sez. lav., 4 dicembre 1986, n. 7186: "non può essere disposta per l'acquisizione di fatti e circostanze la cui dimostrazione possa o debba essere fornita secondo i principi che regolano la prova che li allega" (15). Quindi, in ogni caso, le parti dovranno allegare dettagliatamente e provare diligentemente, nel rispetto

dei termini perentori, quanto posto a fondamento delle loro domande. Non si potrà chiedere al giudice di disporre una ctu con la sola ragione, più o meno dissimulata nella formulazione del quesito, di conseguire la dimostrazione di fatti che si è mancato di dimostrare o la introduzione nel processo di documenti che si è ommesso di produrre (perché le istanze non sono state formulate o - il che è lo stesso - perché non sono state formulate nei termini); ovvero con l'intento di ampliare o modificare la domanda che si è ommesso di precisare/modificare nei termini concessi dalla legge (16).

Così la Cassazione ha ritenuto corretta la valutazione del giudice di merito di non ammettere la ctu "se è richiesta per compiere un'indagine esplorativa sull'esistenza di regolamenti edilizi integrativi delle disposizioni del codice civile sulle distanze tra fabbricati, il cui onere di allegazione è invece a carico delle parti" (Cass. civ., sez. II, 15 gennaio 1997, n. 342). Ugualmente legittima è stata reputata la decisione di un giudice di pace di non concedere la ctu in un caso di incidente stradale, avendo l'attore chiesto il risarcimento dei danni al suo veicolo, in quanto, avendo lo stesso ammesso "il danneggiamento dell'auto pochi mesi prima senza specificare se fosse stata riparata, era impossibile demandare al consulente di accertare le condizioni del veicolo prima del sinistro" (Cass. civ., sez. III, 4 giugno 2007, n. 12930). L'interessantissima Cass. civ., sez. III, 13 maggio 1999 n. 4755 affronta dettagliatamente il rapporto ctu ed onere probatorio confermando la decisione della Corte d'Appello circa la legittimità della scelta del giudice di non ammettere una ctu meramente esplorativa volta ad aggirare preclusioni ormai maturate. La società ricorrente, lamentando un mancato guadagno a causa di inadempimento contrattuale, chiedeva ctu grazie alla quale il consulente avrebbe potuto ricercare quanto non emerso dall'istruttoria. «La Corte d'Appello ha così motivato il rigetto dell'istanza di ammissione di consulenza tecnica d'ufficio: "L'ausiliario del giudice sarebbe chiamato a svolgere un'indagine di carattere sostanzialmente esplorativo, in quanto dovrebbe compiere attività cognitiva e ricostruttiva, a lui demandata, al di fuori di qualsiasi traccia precostituita per la mancanza di specifiche allegazioni e dimostrazioni della parte tenuta a fornirle, avendo l'onere di ricercare e di acquisire direttamente gli elementi ed i fatti utili alla formulazione del parere (...)"». Dovendo il ctu farsi carico di queste ricerche ed acquisizioni, risulta di tutta evidenza l'inammissibilità del mezzo richiesto, il cui ingresso secondo il quesito formulato e nel silenzio di atti e documenti, comporterebbe la trasformazione di una indagine critica in una indagine storica" (17).

Nel caso di ctu percipiente, ossia, quando non c'è altro modo per dimostrare determinati fatti se non con il ricorso alla ctu, la Cassazione ha delimitato l'onere probatorio delle parti descrivendo cosa è indispensabile che esse facciano per ritenerlo assolto. Per quanto in questo secondo caso i poteri/doveri delle parti siano più limitati, nemmeno qui la

ctu può sopperire all'inerzia delle stesse (18). Ma è la già ricordata Cass. sez. un. 9522/96 che scandisce il principio secondo cui, in caso di ctu percipiente, "è necessario che la parte quanto meno deduca il fatto che pone a fondamento del proprio diritto e che il giudice ritenga che il suo accertamento richieda cognizioni tecniche che egli non possiede o che vi siano motivi che impediscano o consiglino di procedere direttamente all'accertamento" (19).

In tale ipotesi, l'onere di motivazione del giudice che rifiuta l'ammissione della ctu è più intenso, non potendo egli giustificarlo semplicemente invocando il principio di cui all'art. 2697 c.c.. "Viola la legge processuale il giudice del merito che ne rifiuta l'ammissione senza verificare se in concreto la prova dei fatti poteva essere acquisita solo con l'impiego di particolari cognizioni tecniche ed, in caso affermativo, se la parte gravata dell'onere di provarli, ne avesse allegato l'esistenza" (Cass. 13401/2005, cit.). "Quando la decisione della controversia dipende unicamente dalla risoluzione di una questione tecnica, poiché i fatti da porre a base del giudizio non possono essere altrimenti provati ed accertati, non può il giudice da un lato non utilizzare le nozioni tecniche di comune conoscenza e neppure disporre (anche d'ufficio) indagini tecniche, e dall'altro respingere la domanda perché non risultano provati i fatti che avrebbero potuto accertarsi soltanto con l'impiego di conoscenze tecniche, senza incorrere nel vizio di insufficienza e contraddittorietà della motivazione" (Cass. civ., sez. I, 1 marzo 2007, n. 4853) (20).

Quindi, fermo l'onere probatorio ex art. 2967 c.c. anche in caso di ctu percipiente, riducendosi però lo stesso ad un allegare piuttosto che provare nel senso stretto del termine, la parte che denunci la mancata ammissione della ctu deve puntualmente "specificare sotto il profilo del nesso causale come l'espletamento del detto mezzo avrebbe potuto influire sulla decisione impugnata" (Cass. 2629/1990, cit.) (21).

3. Poteri e limiti del Ctù - Onere probatorio - Preclusioni

Tutto quanto detto fin qui osservando la problematica dal punto di vista delle parti alle quali incombe l'onere probatorio ai sensi dell'art. 2967 c.c. nonché quello di rispettare le preclusioni processuali.

Fermi restando tutti i principi regolatori del processo civile, di cui si è detto in apertura, passando ora ad osservare l'attività demandata al consulente tecnico d'ufficio designato, cercheremo di esaminare più da vicino i limiti che questi incontra nell'espletamento dell'incarico ricevuto, tenuto conto che l'oggetto della sua indagine tecnico-scientifica è delimitato dal quesito formulato dal giudicante.

Il ctu "assiste alle udienze alle quali è invitato dal giudice istruttore"; "compie, anche fuori della circoscrizione giudiziaria, le indagini di cui all'art. 62 c.p.c., da sé solo o insieme col giudice. Può essere autorizzato a domandare chiarimenti alle parti, ad assumere informazioni da terzi e a eseguire piante calchi e rilievi" (art. 194, 1° comma,

c.p.c.). "Se le indagini sono compiute senza l'intervento del giudice, il consulente deve farne relazione, nella quale inserisce anche le osservazioni e le istanze delle parti" (art. 195, 2° comma, c.p.c.). "Anche quando il giudice dispone che il consulente compia le indagini da sé solo, le parti possono intervenire alle operazioni in persona e a mezzo dei propri consulenti tecnici e dei difensori, e possono presentare al consulente, per iscritto o a voce, osservazioni e istanze" (art. 194, 2° comma c.p.c.). "Art. 92 att. c.p.c.: "Se durante le indagini che il consulente tecnico compie da sé solo sorgono questioni sui suoi poteri o sui limiti dell'incarico conferitogli, il consulente deve informare il giudice, salvo che la parte interessata vi provveda con ricorso (1° comma)".

Chiarimenti alle parti - Informazioni presso terzi/ confessione stragiudiziale - Prova testimoniale

Fin dove può spingersi il consulente nella richiesta di chiarimenti alle parti ovvero nella ricerca di informazioni presso terzi? La Cassazione risponde volta per volta, caso per caso, enunciando pian piano principi che si cerca di generalizzare.

Il presupposto dal quale partire è sempre lo stesso; bisogna solo spostare l'angolo visuale: visto il principio dispositivo nell'acquisizione delle prove e visto l'onere probatorio incombente sulle parti, non può il consulente sostituirsi alle stesse nella ricerca di fatti non esposti e nell'introduzione di prove non fornite; non potrà prendere iniziative in tal senso nemmeno laddove si accorga che, sulla base di quanto allegato e provato, egli non dovesse riuscire a dare risposta al quesito proposto. Ciò che non è consentito al giudice (andare alla ricerca di prove) non può essere consentito al consulente, suo ausiliario. Ciò significa che il consulente non dovrà ammettere, per il suo tramite, l'ingresso nel processo di fatti e circostanze non adottati, non asseriti, non allegati né modificati/precisati nel rispetto dei termini di legge. L'attività del consulente, come Cassazione insegna, è di valutazione di materiale probatorio già acquisito, non di ricerca di fatti e circostanze.

Così Cassazione civ., Sez. I, 6 giugno 2003, n. 9090 recita: "Il consulente d'ufficio, pur in mancanza di espressa autorizzazione del giudice, può, ai sensi dell'art. 194, comma 1, del c.p.c. assumere informazioni da terzi e procedere all'accertamento dei fatti accessori costituenti presupposti necessari per rispondere ai quesiti postigli, ma non ha il potere di accertare i fatti posti a fondamento di domande ed eccezioni il cui onere probatorio incombe sulle parti; di modo che, se egli sconfinava dai predetti limiti intrinseci al mandato conferitogli, tali accertamenti sono nulli per violazione del principio del contraddittorio e, perciò, privi di qualsiasi valore probatorio, neppure indiziario". Cass. civ., Sez. lav., 11 dicembre 2003, n. 18987: "L'affermazione della parte o, se questa è una società, del suo legale rappresentante, di fatti a sé sfavorevoli resa al consulente tecnico d'ufficio, considerato come terzo al di

fuori del processo, integra una confessione stragiudiziale liberamente apprezzabile dal giudice, ai sensi dell'art. 2735, primo comma, c.c. , con apprezzamento che, se congruamente motivato, non è sindacabile in sede di legittimità". Cass. civ., Sez. III, 10 agosto 2004, n. 15411: "Il consulente tecnico, nell'espletamento del mandato ricevuto, può chiedere informazioni a terzi ed alle parti, per l'accertamento dei fatti collegati con l'oggetto dell'incarico, senza bisogno di una preventiva autorizzazione del giudice e queste informazioni, quando ne siano indicate le fonti, in modo da permettere il controllo delle parti, possono concorrere con le altre risultanze di causa alla formazione del convincimento del giudice; il c.t.u., nella verbalizzazione di siffatte informazioni, in quanto ausiliario del giudice, ha la qualità di pubblico ufficiale e, pertanto, l'atto da lui redatto, il quale attesta che a lui sono state rese le succitate informazioni fa fede fino a querela di falso. (Nella specie, la S.C. ha ritenuto incensurabile la sentenza impugnata che aveva valutato l'informazione assunta dal c.t.u. dalla parte, dalla quale risultava che quest'ultima era risultata affetta da ulcera duodenale da una data anteriore a quella indicata ed asseritamente ascritta dalla parte alle condizioni del luogo di lavoro) (22). Cass. civ., Sez. III, 6 novembre 2001, n. 1368: «Rientra nel potere del consulente tecnico d'ufficio attingere "aliunde" notizie e dati, non rilevabili dagli atti processuali e concernenti fatti e situazioni formanti oggetto del suo accertamento, quando ciò sia necessario per espletare convenientemente il compito affidatogli. Dette indagini, quando ne siano indicate le fonti in modo che le parti siano messe in grado di effettuarne il dovuto controllo, possono concorrere alla formazione del convincimento del giudice» (23). Cass. civ., 22 gennaio 1985, n. 250: "La consulenza tecnica può costituire fonte oggettiva di prova solo quando si risolve in valutazioni tecniche e in accertamenti di situazioni di fatto tali da essere rilevabili unicamente col ricorso a determinate cognizioni tecniche, senza che il consulente possa essere chiamato ad accertare fatti che possono formare normale oggetto di prova testimoniale, né tanto meno ad esprimere giudizi sul contenuto degli accordi contrattuali intercorsi tra le parti". Cass. civ., sez. II, 8 maggio 1979, n. 2615: "Il consulente tecnico d'ufficio, nello svolgimento delle sue indagini, può compiere, anche senza espressa autorizzazione del giudice, tutti gli accertamenti che siano collegati con l'oggetto della consulenza, assumendo se del caso notizie ed informazioni presso terzi; tali notizie ed informazioni, tuttavia, non possono valere quali vere e proprie deposizioni testimoniali, ma hanno il valore di indagini liberamente apprezzabili".

Acquisizione di documenti in corso di ctu

Si è già detto sopra che anche la produzione in giudizio di documenti soggiace alle preclusioni predisposte per i mezzi istruttori. Quindi, i documenti vanno prodotti o a corredo dell'atto introduttivo del giudizio (citazione, com-

parsa di risposta, ricorso) ovvero nei termini di cui all'art. 183 c.p.c.. La tardiva produzione, secondo le regole generali sopra ricordate, e la relativa decadenza dal termine, sono rilevabili d'ufficio (24). Pertanto, documenti tardivamente prodotti non potranno essere presi in considerazione dal giudicante. Tutto ciò con il correttivo espresso dall'importantissima Cassazione 15646/2003 cit., secondo cui, "i documenti, in quanto prove precostituite, possono essere prodotti anche in secondo grado; né è di ostacolo l'eventuale decadenza in cui sia incorsa la parte per il mancato rispetto del termine perentorio fissato ai sensi dell'art. 184 c.p.c., poiché tale preclusione ha effetto limitatamente al giudizio di primo grado, mirando la norma solo a tutelare la sola concentrazione endoprocessuale, quindi interna a ciascun grado di giudizio". Se il punto di partenza è quindi sempre lo stesso, né possono le parti aggirare le decadenze introducendo documenti non prodotti sottoponendoli all'attenzione del ctu in corso di espletamento delle operazioni né può il ctu andare alla ricerca di documenti che non siano a carattere accessorio di quelli già in atti e tempestivamente prodotti né, infine, può il giudice, come già detto, concedere una ctu con finalità esplorativa, sebbene richiesto, né concederla di sua iniziativa con la precipua finalità di ricercare documenti che, se posti a fondamento della domanda, devono essere prodotti ed acquisiti diversamente. Né, infine, si può aggirare attraverso la ctu il meccanismo di acquisizione di documenti ai sensi degli artt. 210 e ss. c.p.c.. Esaminando più da vicino le singole ipotesi, si cercherà di individuare la traccia seguita dalla Cassazione. In realtà il problema pratico è un altro: in caso di dubbio, il ctu deve ricevere o meno un documento che non sia già agli atti? E se lo riceve, ponendolo alla base del suo accertamento, quali sono le conseguenze? Qui si entra nell'altro interrogativo a cui si cercherà di dare risposta alla fine di queste riflessioni ossia quali conseguenze generano le irregolarità della ctu e come vanno rilevate. È opinione comune in dottrina, a conferma del principio della disponibilità delle prove e quindi di quanto detto sopra, che dagli artt. 198 c.p.c. e 77 del R.D. 29 giugno 1939, n. 1127 (Testo delle disposizioni legislative in materia di brevetti per invenzioni industriali. Pubblicato nella G.U. 14 agosto 1939, n. 189) (25) si possa ricavare il divieto per il ctu di acquisire, nel corso delle sue indagini, documenti non tempestivamente prodotti, ossia non già in atti nel rispetto delle regole processuali. In realtà, anche in caso di esame contabile, i più ampi poteri del ctu in relazione ai documenti e registri non prodotti (secondo comma art. 198 c.p.c.) 1) si giustificano in vista del tentativo di conciliazione che lo stesso deve per legge espletare (26); 2) sono anch'essi necessariamente rispettosi delle preclusioni processuali (27); 3) implicano solo la possibilità per il ctu, che ha esaminato documenti e registri non prodotti, di farne menzione (con il consenso di tutte le parti) nei processi verbali e nella relazione, non già di acquisirli al processo. La giurisprudenza concorda sul punto. Cass. civ.,

Sez. II, 2 febbraio 2000, n. 1132: "Poiché la consulenza tecnica d'ufficio ha la funzione di fornire all'attività valutativa del giudice l'apporto di cognizioni tecniche che questi non possiede e non quella di esonerare una parte dalla prova anche documentale dei fatti dedotti e della quale è onerata, legittimamente il giudice di merito non ammette la consulenza contabile (nella specie in materia di spese condominiali) richiesta non per evidenziare le singole poste contabili sulla scorta delle acquisizioni fatte ad iniziativa delle parti bensì per ricercare ed indicare i documenti ad esse astrattamente idonei" (28). Cass. civ. 12 febbraio 1982, n. 877: "Il consulente tecnico di ufficio incaricato dell'esecuzione di una indagine contabile non può estendere la sua attività fino alla ricerca e all'esame di documenti non acquisiti al processo, tranne che l'esistenza di questi risulti logicamente plausibile sulla base degli elementi forniti dalle parti o desumibili dalla stessa indagine tecnica". Ancora più chiaramente la recentissima Cass. civ., sez. I, 2 dicembre 2010, n. 24549: "In tema di preclusioni relative a produzioni documentali, nel corso di una consulenza contabile, si deve escludere l'ammissibilità della produzione tardiva di prove documentali concernenti fatti e situazioni poste direttamente a fondamento della domanda e delle eccezioni di merito, essendovi al riguardo irrilevante il consenso della controparte atteso che, ai sensi dell'art. 198 c.p.c., tale consenso può essere espresso solo con riferimento all'esame di documenti accessori cioè utili a consentire una risposta più esauriente e approfondita al quesito posto dal giudice (nella fattispecie la pronuncia di secondo grado, con valutazione condivisa in sede di legittimità, aveva dichiarato l'inammissibilità della produzione di contabili bancarie in corso di ctu relativa a revocatoria fallimentare di rimesse)". Tornando alla consulenza tecnica in generale, la Cassazione è stata molto chiara nell'enunciare i limiti del consulente in relazione alle produzioni documentali, censurando, in alcuni casi, proprio lo stesso operato dei giudici di merito. Interessanti i principi espressi in materia di azione di regolamento dei confini, dove preminente è il ruolo della prova documentale: qui, per quanto ampi siano i poteri del giudicante, non può egli sostituirsi alle parti disponendo d'ufficio l'esibizione dei titoli di proprietà, indispensabili nel giudizio in questione, ovvero consentendo al ctu di acquisirli nel corso delle indagini laddove non prodotti. Cass. civ., Sez. II, 4 agosto 1990, n. 7873: "In tema di regolamento di confini, l'art. 950 c.c. consente al giudice di ricorrere al sistema di accertamento mediante le mappe catastali soltanto in via sussidiaria, in caso cioè di obiettiva e assoluta mancanza di prove idonee a determinare il confine in modo certo; l'anzidetto principio risulta pertanto violato nel caso in cui il giudice fondi la propria decisione esclusivamente sulle risultanze della consulenza tecnica d'ufficio, basata, a sua volta, esclusivamente sulla rispondenza della situazione dei luoghi alle mappe catastali, in guisa da considerare queste ultime prevalenti

sulle prove testimoniali richieste dalla parte". Ancora meglio Cass. civ., Sez. II, 12 marzo 1997, n. 2204: "Al fine di determinare il confine tra fondi, il giudice di merito, pur avendo ampia facoltà di scegliere gli elementi ritenuti decisivi o di avvalersi di più elementi concordanti senza alcuna graduazione d'importanza (salvo per le indicazioni solo sussidiarie delle mappe catastali), non può tuttavia prescindere dall'esame dei titoli d'acquisto delle rispettive proprietà, né, trattandosi di lotti separati di un appezzamento in origine unico, dalle misure risultanti dalle planimetrie allegata agli atti di vendita e dal tipo di frazionamento contenente gli estremi della lottizzazione quando le misure stesse siano gli unici elementi idonei ad individuare la linea di demarcazione tra le due proprietà". Importantissima, per quanto qui ci occupa, l'altra massima pure espressa da Cass. 7873/1990, che sapientemente bilancia il principio della disponibilità delle prove con quello espresso dall'art. 2696 c.c.: «In tema di regolamento di confini, il principio secondo il quale il giudice - data la natura dell'azione di "vindicatio duplex incertae partis" caratterizzata dall'incombenza su entrambe le parti dell'onere di indicare gli elementi utili all'accertamento - è svincolato dalla regola "actore non probante reus absolvitur" e deve quindi determinare il confine in base agli elementi probatori di qualsiasi specie ritenuti più attendibili con prevalenza degli atti traslativi della proprietà, deve essere necessariamente coordinato con l'altro principio della disponibilità delle prove - sancito dall'art. 115 c.c. - il quale va inteso come vincolo del giudice nell'accertamento dei fatti all'iniziativa delle parti nel senso che, ove non deducano queste le prove dirette a tale accertamento, non può egli provvedervi d'ufficio sostituendo la propria iniziativa a quella (mancata) degli interessati». Tale principio ribadisce quanto già espresso ancor più dettagliatamente in una sentenza di rara esaustività in cui la Suprema Corte coordina e compendia i vari principi in materia di acquisizione di prove, facendo finanche un cenno all'art. 213 c.p.c.: Cass. civ., sez. II, 11 febbraio 1987, n. 1491 «In tema di regolamento di confini, il principio secondo il quale il giudice, data la natura dell'azione di "vindicatio duplex incertae partis", caratterizzata dall'incombenza su entrambe le parti dell'onere di indicare gli elementi utili all'accertamento, è svincolato dalla regola "actore non probante reus absolvitur" e deve, quindi, determinare il confine in base agli elementi probatori di qualsiasi specie ritenuti più attendibili, con prevalenza degli atti traslativi della proprietà, va necessariamente coordinato con il principio della disponibilità delle prove sancito dall'art. 115 c.p.c., in forza del quale il giudice non può disporre d'ufficio, oltre i limiti di cui agli artt. 117, 118, 1° comma, 191 e 219 c.p.c., l'acquisizione al processo di elementi probatori non offerti o richiesti dalle parti; da ciò deriva che il giudice, mentre può eseguire ispezione dei luoghi e disporre consulenza tecnica, non può ordinare alle parti la produzione dei rispettivi titoli di acquisto e, così pure, il

consulente tecnico nominato, mentre può consultare gli atti del catasto e acquisire, ai sensi dell'art. 213 c.p.c., le planimetrie catastali, non può prendere in esame, neppure se ne abbia appreso gli estremi attraverso dette consultazioni, i titoli di acquisto dei fondi non prodotti in giudizio dalle parti». Ancora, in materia di azione per espropriazione per pubblica utilità, altro esempio di giudizio in cui la prova documentale assume un ruolo di primo piano, la Cassazione precisa che altro è il ruolo del consulente, chiamato solo a quantificare, altro è l'onere delle parti di provare il titolo del diritto all'indennità - Cass. civ., Sez. I, 12 maggio 1989, n. 2153: "In tema di espropriazione per pubblico interesse la consulenza tecnica - disposta in sede di opposizione alla stima - ben può costituire, da sola, il mezzo idoneo o fondare il convincimento del giudice, in ordine alla misura dell'indennità, senza che ciò implichi una infrazione delle regole relative all'onere della prova dei fatti costituenti fondamento della pretesa". In materia di azione sociale di responsabilità contro gli amministratori di una spa [art. 2393 c.c. (29)], la Cassazione definisce il limite per il ctu nei suoi poteri di indagine, non potendo assolutamente egli acquisire documenti su cui si fonda la legittimazione sostanziale e processuale della parte che agisce in giudizio e che le stesse devono produrre ritualmente a fondamento della propria domanda. Né si può sopperire all'omissione delle parti a mezzo dell'attestazione del ctu che abbia preso visione dei documenti in questione. "La deliberazione assembleare richiesta dal comma 1 dell'art. 2393 del c.c. per l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità è un elemento indispensabile al fine di integrare la legittimazione di colui che, in qualità di legale rappresentante, agisce nel processo" (Cass. civ., sez. I, 6 giugno 2003, n. 9090) (30). Si fa, infine, un cenno ad altri due limiti non trascurabili in tema di ctu, pure evidenziati di tanto in tanto dalla giurisprudenza di legittimità. Come confermato anche dalla dottrina, non può il consulente né interpretare norme né esprimere valutazioni o giudizi sulle posizioni delle parti in causa (31), spettando ovviamente detta attività esclusivamente al giudicante: "la sua attività di assistenza è circoscritta alle sole questioni la cui soluzione richieda particolari conoscenze tecniche, ma non può estendersi 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 esse (Cass. civ., sez. III, 22 luglio 1993, n. 8206). Cass. civ., Sez. lav., 4 febbraio 1999, n. 996: "La consulenza tecnica è un mezzo istruttorio (e non una prova vera e propria) sottratto alla disponibilità delle parti e affidato al prudente apprezzamento del giudice del merito, il quale, tuttavia, nell'ammettere il mezzo stesso deve attenersi al limite ad esso intrinseco consistente nella sua funzionalità alla risoluzione di questioni di fatto presupponenti cognizioni di ordine tecnico e non giuridico; pertanto il giudice, qualora

erroneamente affidi al consulente lo svolgimento di accertamenti e la formulazione di valutazioni giuridiche o di merito inammissibili, non può risolvere la controversia in base ad un richiamo alle conclusioni del consulente stesso, ma può condividerle soltanto ove formuli una propria autonoma motivazione basata sulla valutazione degli elementi di prova legittimamente acquisiti al processo e dia sufficiente ragione del proprio convincimento, tenendo conto delle contrarie deduzioni delle parti che siano sufficientemente specifiche. (Nella specie il giudice di merito aveva fatto riferimento alle argomentazioni del consulente tecnico d'ufficio riguardo alla sussistenza dei presupposti del diritto di un dipendente delle Ferrovie dello Stato ad una superiore qualifica, concretamente consistenti nella vacanza del posto e nella proroga della validità di una graduatoria di merito degli accertamenti professionali)".

Artt. 210 e ss. e Ctu

Si è pur detto che uno dei modi per aggirare le preclusioni istruttorie maturate in relazione alle produzioni documentali, oltre alla richiesta di ctu con finalità esplorative, è l'acquisizione di documenti attraverso lo strumento previsto dall'art. 210 c.p.c. (ordine di esibizione alla parte o al terzo). Non essendo certo questa la sede per soffermarsi sull'istituto in questione, si può almeno fare un cenno sulla natura giuridica e sulle finalità dello stesso. 1) Esso è uno strumento di acquisizione al processo della prova documentale, più precisamente, è un normale mezzo di prova a disposizione delle parti (32); di conseguenza 2) presuppone l'istanza di parte, da esercitarsi nel rispetto dei termini per le richieste istruttorie, salvo decadenza, e conformemente al principio della disponibilità delle prove (art. 115 c.p.c.) (33); 3) non può essere emesso con finalità esplorative né può supplire al mancato assolvimento dell'onere della prova (34). Infine, l'ordine di esibizione rivolto dal giudice alla parte o ad un terzo, sebbene sollecitato dalle parti, costituisce esercizio di un potere discrezionale del giudice non censurabile in sede di legittimità se non per vizio di motivazione (35). Pertanto, non possono le parti formulare istanza ex art. 210 c.p.c. una volta decorsi i termini di cui all'art. 183, VI comma, c.p.c.; né possono chiedere al ctu di acquisire documenti ordinandone l'esibizione alle altre parti o a terzi, giusta i poteri di cui all'art. 194 c.p.c., i quali possono essere esercitati nei limiti di cui si è visto; più in generale, visto che né la ctu né l'ordine di esibizione impartito dal giudice possono avere finalità esplorative, si potrà verificare che, sulla base delle stesse valutazioni, il giudice possa respingere tanto una istanza di ctu quanto un'istanza di esibizione ex art. 210, se attraverso detti strumenti le parti tentano di sopperire a loro deficienze istruttorie e probatorie. Né potrebbe il giudice ordinare, di sua iniziativa, al ctu di acquisire quanto le parti non hanno richiesto di acquisire tramite il meccanismo di cui all'art. 210 c.p.c.. Quindi, è vero che Cassazione civ., sez.

lav., 12 dicembre 2000, n. 15630 ha ammesso la ctu sui documenti contabili al fine di consentire, in un rapporto di subagenzia, la dimostrare delle poste di dare e avere, giustamente però Cass. civ., Sez. lav., 24 marzo 2004, n. 5908, nella quale vi è un rapido cenno anche alla ctu, ha specificato come segue: "Il potere officioso del giudice di ordinare, ai sensi degli artt. 210 e 421 c.p.c. alla parte l'esibizione di documenti sufficientemente individuati, ha carattere discrezionale e, non potendo sopperire all'inerzia della parte nel dedurre mezzi di prova, può essere esercitato solo se la prova del fatto che si intende dimostrare non sia acquisibile aliunde, non anche per fini meramente esplorativi. Il mancato esercizio da parte del giudice del relativo potere, anche se sollecitato, non è censurabile in sede di legittimità neppure se il giudice abbia omesso di motivare al riguardo. (Nella specie, il giudice del merito non aveva disposto, su istanza di un agente, l'esibizione, da parte della preponente, di scritture contabili, né la richiesta consulenza tecnica d'ufficio, in quanto le scritture erano genericamente indicate e volte ad accertare fatti che il medesimo agente avrebbe potuto provare con altri mezzi; la S.C. ha confermato la sentenza impugnata)". Quanto alla tipologia di documento di cui si chiede ingresso in giudizio a mezzo ordine di esibizione, si cita per tutte Cass. civ., Sez. lav., 4 settembre 1990, n. 9126: "L'ordine di esibizione di documenti previsto dall'art. 210 c.p.c. - che costituisce provvedimento tipicamente discrezionale del giudice di merito, censurabile in sede di legittimità solo per vizio di motivazione - deve riguardare documenti che siano specificamente indicati dalla parte che ne abbia fatto istanza e che risultino indispensabili al fine della prova dei fatti controversi; non può quindi in alcun caso supplire al mancato assolvimento dell'onere della prova a carico della parte istante" (36). Si è evidenziato, sia in dottrina che in giurisprudenza, che vi sono eccezionali ipotesi in cui l'ordine di esibizione di documenti prescinde dall'iniziativa di parte, ossia, il giudice può e deve ordinare l'esibizione senza l'istanza di parte. In detti casi, quindi, l'ordine di esibizione non soggiace a preclusioni di sorta e l'acquisizione del documento non può dirsi mai tardiva né irrituale. Un esempio di tali ipotesi è dato dall'art. 2711, c.c. (esibizione di scritture contabili), che, al 2° comma, prevede l'ordine di esibizione di tutti i libri contabili fuori dai limiti di cui al primo comma (37).

Possiamo quindi dire, alla luce dei principi sinteticamente enunciati innanzi che, fermo restando l'onere delle parti di formulare al giudice l'istanza di cui al 210 c.p.c., indicando specificamente il documento indispensabile non diversamente producibile, dato l'ordine ad opera del giudice, potrebbe poi il ctu essere onerato della materiale acquisizione, se al momento del conferimento dell'incarico non ancora si è ottemperato all'ordine. Viceversa, in mancanza di istanza formulata nei termini e/o in assenza di ordine del giudice istruttore, il ctu non può essere onerato di effettuare tale acquisizione né, visti i limiti dell'art. 194, che

gli consente di ricercare solo fatti e documenti accessori, può procedervi di sua iniziativa (i documenti cui si riferisce l'art. 210, come visti, sono solo quelli indispensabili ai fini della prova tanto da giustificare l'ordine di esibizione). Salvo eccezionali ipotesi, come quelle innanzi menzionate.

Bisogna ora fare un cenno all'art. 213 c.p.c., che, viceversa, rientra tra i poteri di iniziativa istruttoria del giudice, ossia "il giudice può richiedere d'ufficio alla pubblica amministrazione le informazioni scritte relative ad atti e documenti dell'amministrazione stessa che è necessario acquisire al processo". Anche qui, sinteticamente, detto che presupposto di tale potere è costituito dalla impossibilità per la parte di fornire o produrre in giudizio documenti e/o informazioni in possesso della p.a., quindi non diversamente introducibili in giudizio (38), si deve aggiungere che: 1) la richiesta di informazioni prescinde dall'istanza di parte (MANDRIOLI, cit., Vol. II, pag. 235 nonché Vol. I, par 20; Cass. civ., Sez. lav., 12 aprile 1986, n. 2588); 2) l'esercizio di tale potere comunque non è sostitutivo dell'onere probatorio incombente alla parte (giur. costante, per tutte: Cass. 16713/2003; Cass. 10219/2003) (39); 3) l'esercizio di tale potere è rimesso alla discrezionalità del giudice (giur. costante, per tutte: Cass. 5794/98, Cass. 7803/86); 4) oggetto della richiesta ex art. 213 non sono documenti o atti, a differenza che per l'art. 210 c.c., bensì solo informazioni; 5) quanto all'efficacia probatoria, a parte gli orientamenti oscillanti della dottrina (su cui si veda per un'eccellente sintesi CIAN-TRABUCCHI sub art. 213 c.p.c. ed i rinvii bibliografici ivi citati), la giurisprudenza tende a considerare le informazioni rese dalla p.a. ex art. 213 come indizi [Cass. civ., 1 aprile 1982, n. 2011; Cass. civ., sez. I, 20 febbraio 1986, n. 1032 (40)].

Si è sopra fatto cenno a Cass. civ., sez. II, 11 febbraio 1987, n. 1491, la quale sembrerebbe consentire al ctu di acquisire informazioni presso la p.a.. In realtà tale potere del ctu va esercitato sempre previa richiesta formulata d'ufficio dal giudice istruttore. La citata massima si soffermava su quali documenti fosse in potere del ctu acquisire ai sensi dell'art. 213 c.p.c. in un giudizio per regolamento dei confini: atti del catasto e planimetrie catastali giammai titoli di proprietà. Si può ipotizzare, a questo punto, sulla scorta di una costante giurisprudenza in materia di regolamenti comunali, che il ctu, previa disposizione del giudice istruttore, possa acquisire presso i Comuni detti regolamenti, i quali, integrano le norme del codice civile in materia di costruzioni (41).

Nullità della ctu - Violazione del contraddittorio - Preclusioni istruttorie

Ancora una volta sinteticamente, per ovvi limiti dettati dal presente scritto, si riportano i principi elaborati dalla giurisprudenza di legittimità in materia di nullità della consulenza tecnica d'ufficio, costantemente ribaditi nel tempo. Detti principi, come chiaramente si vedrà, sono stati enunciati con specifico riferimento alla tutela del contraddittorio. Così Cass. civ., sez. I, 1 ottobre 1999, n.

10870: "tutte le nullità della consulenza tecnica hanno carattere relativo e devono essere fatte valere nella prima udienza successiva al deposito della relazione, altrimenti restano sanate". Conforme tutta la giurisprudenza successiva e anteriore di cui si darà conto tra breve. Tutte le pronunce in esame, nell'enunciare il principio della nullità relativa della ctu, evidenziano come non ogni irregolarità in cui il consulente sia incorso determina nullità della consulenza bensì solo quelle che incidono sulle esigenze del contraddittorio. La maggior parte delle sentenze, infatti, si riferisce alla violazione del contraddittorio (e quindi del diritto di difesa) per omessa partecipazione delle parti in causa alle operazioni peritali a causa di omesse comunicazioni da parte del ctu (42). Altre irritalità rimangono tali e non inficiano l'elaborato se non compromettono il diritto di difesa (43). Si deve dare atto, a questo punto, di un contrasto che sembra emergere dal confronto tra i principi espressi in materia di preclusioni processuali (giusta orientamento ricordato all'inizio del presente scritto e relativo alla rilevabilità d'ufficio da parte del giudice delle decadenze in cui siano incorse le parti per inosservanza dei termini di cui all'art. 183 c.p.c.) e quelli che sono stati elaborati in materia di nullità di ctu; infine, quelli in materia di irrituale produzione di documenti. Se la regola generale ricordata in apertura è quella secondo cui l'inosservanza dei termini perentori ex art. 183 c.p.c. può essere rilevata d'ufficio anche in assenza di eccezione ad opera della parte avversa e finanche in caso di acquiescenza ad opera della stessa, sembra entrare in contrasto con detto prioritario principio quello invece espresso in materia di ctu secondo cui tutte le irritalità e i vizi della stessa determinano sempre nullità relativa ossia nullità che rimane sanata se non eccepita dalla parte interessata nella prima difesa utile. Entrambi i principi, come visto, sono stati elaborati a tutela del contraddittorio. Ma, se si ricorda, il principio della rilevabilità d'ufficio delle decadenze ex art. 183 c.p.c. è posto non semplicemente nell'interesse delle parti bensì a tutela di un interesse generale di carattere pubblicistico che va al di là degli interessi delle parti stesse. Orbene, specificamente Cass. civ., sez. III, 23 febbraio 2006, n. 3990, nell'affrontare un caso in cui la ricorrente lamentava l'irrituale produzione dei preventivi di spesa relativi al materiale didattico danneggiato per essere stati presentati solo in sede di ctu (violazione degli artt. 61 c.p.c. e 87 d.a. c.p.c.), dichiarava infondata la censura con la seguente motivazione: "L'eccezione di irritalità della produzione dei preventivi è stata sollevata soltanto con l'atto di appello, come risulta anche dal controricorso, mentre non è stata fatta alcuna opposizione in sede di merito in primo grado, sicché i documenti, conosciuti attraverso la lettura della relazione del ctu e comunque prendendo visione degli allegati a tale relazione, discussi nel merito dalle parti ed esaminati dal tribunale, devono aversi per ritualmente prodotti nonostante la violazione dell'art. 87 d.a. c.p.c. (Cass. 4313 del 1986 e 5722 del

1984)". La massima sembra essere in linea tanto con i principi elaborati dalla giurisprudenza che ha esaminato gli artt. 87 e ss. disp. att. c.p.c., che parlano di nullità relativa in caso di trasgressione ai precetti ivi stabiliti, quanto con quelli in materia di nullità relativa della ctu. Dalla lettura della sentenza della Cassazione non è dato comprendere se si sia trattato solo di deposito avvenuto senza l'osservanza delle formalità prescritte dall'art. 87 disp. att. c.p.c., ma nel rispetto dei termini di preclusione, ovvero di documenti non solo non prodotti senza le prescritte formalità, ma addirittura prodotti fuori dai termini perentori. In tale ultimo caso, l'idea di una nullità relativa a sanzione della acquisizione documentale fuori dai limiti consentiti sembrerebbe contrastare con l'orientamento della Suprema Corte (44). Diamo per scontato che in questa come in tutte le sentenze che si occupano della irrirtuale produzione dei documenti si faccia questione solo di documenti tempestivamente ma irrirtualmente prodotti (ossia prodotti nel rispetto delle preclusioni istruttorie, ma senza l'osservanza delle formalità prescritte: cosa che comunque può generare dubbi): solo in questo modo mi pare si possa condurre a coerenza la presenza di due orientamenti giurisprudenziali entrambi consolidati. Quindi, il ctu può prendere in esame documenti non ritualmente prodotti (ossia farli entrare nel processo senza le formalità ex art. 87 c.p.c.), ma tempestivamente acquisiti al processo (ossia nel rispetto dei termini perentori fissati dal c.p.c.): in tal caso, in mancanza di tempestiva eccezione di parte sulla irrirtualità della produzione, la nullità resta sanata, secondo quanto espresso dalla Cassazione in materia di nullità relativa della ctu. Se invece il ctu accetta documenti non accessori e non prodotti tempestivamente, il giudice potrà d'ufficio rilevare l'avvenuta decadenza nella produzione e quindi non tenerne conto, sebbene posti a fondamento dell'elaborato peritale. La soluzione sembra trovare conforto in Cass. civ., sez. lav., 2 maggio 1990, n. 3615 (45), che mette ben in evidenza la necessità che il ctu utilizzi ed esamini materiale probatorio ritualmente acquisito, nonché in Tribunale di Mantova, ord. 16 maggio 2006 (relativa ad una ctu contabile; interessante anche l'exkursus sul fatto notorio e sulla utilizzabilità dello stesso ad opera del ctu) (46), ma anche nella già citata ordinanza del Tribunale di Piacenza del 30 gennaio 2009 (47), che distingue molto dettagliatamente i termini delle preclusioni assertive ed istruttorie, pur non affrontando specificamente la questione della ctu; ed infine nei protocolli d'udienza di vari tribunali civili d'Italia, anche anteriori alla riforma del 2006 (48).

Ctu e ricostruzione di sinistri stradali. Cenni

Vogliamo qui fare solo un cenno, necessitando l'argomento di maggiori approfondimenti, ad alcuni principi elaborati dalla giurisprudenza in materia di sinistri stradali e consulenza tecnica d'ufficio (sia tecnica sia medico-legale), osservandone la relativa casistica.

Partiamo da Cass. civ., sez. III, 2 marzo 2006, n. 4660: “Secondo la costante giurisprudenza di questa corte, in tema di incidenti stradali la ricostruzione della loro dinamica, come pure l'accertamento delle condotte dei veicoli coinvolti e della sussistenza o meno della colpa dei soggetti coinvolti e la loro eventuale graduazione, al pari dell'accertamento della esistenza o esclusione del rapporto di causalità tra i comportamenti dei singoli soggetti e l'evento dannoso, integrano altrettanti giudizi di merito, come tali sottratti al sindacato di legittimità, qualora il procedimento posto a base delle conclusioni sia caratterizzato da completezza, correttezza e coerenza da punto di vista logico-giuridico, e ciò anche per quanto concerne il punto specifico se il conducente di uno dei veicoli abbia fornito la prova liberatoria di cui all'art. 2054 c.c. (tra le tantissime Cass. 14 luglio 2003, n. 11007; Cass. 10 luglio 2003, n. 10880; Cass. 5 aprile 2003, n. 5375; Cass. 11 novembre 2002, n. 15809)”. (49) (...) “Spetta infatti solo a quel giudice (i.e.: di merito) individuare le fonti del proprio convincimento e a tale fine valutare le prove, controllarne l'attendibilità e la concludenza, scegliere tra le risultanze istruttorie quelle ritenute idonee a dimostrare i fatti in discussione, dare prevalenza all'uno o all'altro mezzo di prova (in argomento, tra le altre, Cass. 7 agosto 2003, n. 11936; Cass. 7 agosto 2003, n. 11918; Cass. 14 febbraio 2003, n. 2222)”. “Correttamente i giudici del merito non hanno dato ingresso alla richiesta di consulenza tecnica d'ufficio ... Al riguardo deve ribadirsi altresì – ulteriormente – che la motivazione del diniego della nomina del consulente tecnico d'ufficio può anche essere implicitamente desumibile dal contesto generale delle argomentazioni svolte e dalla valutazione del quadro probatorio unitariamente considerato effettuata dal Giudice del merito (Cass. 6. Maggio 2002, n. 6479). Certo quanto precede si osserva che nella specie i giudici del merito hanno dimostrato con ampia e esauriente motivazione la superfluità di un accertamento tecnico circa la dinamica del sinistro, ritenendo più che sufficienti gli elementi acquisiti in atti ed è palese – pertanto – la inammissibilità, della censura (Cass. 4660/2006, cit.)”. Nel caso affrontato dalla sentenza da ultimo citata, la Cassazione avalla la decisione del giudice di merito di non concedere la consulenza tecnica ricostruttiva richiesta in quanto l'accertamento della dinamica e delle responsabilità emergeva chiaramente dagli atti, in particolare rapporto dei carabinieri intervenuti sul luogo e dichiarazioni rese nell'immediato dalle parti, limiti di velocità presenti, lunghe tracce di frenata lasciate sull'asfalto oltre che da una attenta ricostruzione degli indizi e delle presunzioni (posizione nel veicolo dei soggetti lesi e simili). Cass. 4993/2004, in un incidente nel quale, all'esito dell'impatto, si verificava la morte del trasportato, sprovvisto di cinture di sicurezza, conferma il principio sopra esposto in materia di ricostruzione di sinistri stradali, dirimendo il conflitto sorto in relazione al rapporto tra prova orale e ctu. Secondo i ricorrenti, infatti,

la prova che il conducente indossasse o meno la cintura di sicurezza (circostanza evidentemente determinante sul giudizio di responsabilità) poteva essere fornita non a mezzo ctu bensì solo a mezzo testimonianze, documenti o confessione, quindi la disposta ctu era inammissibile sul punto. Cass. civ., sez. III, 11 maggio 2007, n. 10849, che affronta ancora una volta il delicato rapporto tra ctu e prove, evidenzia la necessità dell'attento esame, anche da parte del ctu, di tutto il materiale probatorio (documenti, prove orali) precedentemente acquisito. Infine, Cass. civ., Sez. III, 10 luglio 2003, n. 10880, nel ribadire il consolidato orientamento espresso in materia di ricostruzione di sinistri stradali, si segnala per la eccezionale sapienza dei giudicanti nel risolvere una delicata ricostruzione di un sinistro stradale senza essere ricorsi all'ausilio della ctu, bensì solo sulla scorta delle prove offerte dalle parti, dello stato dei luoghi e delle direzioni dei veicoli.

(*) Avvocato, foro di Nola.

NOTE

(1) Mezzi di prova che il giudice può disporre d'ufficio sono: interrogatorio non formale delle parti (art. 117 c.p.c.); ordine di ispezione (art. 118 c.p.c.); richiesta di informazioni alla p. a. (art. 213 c.p.c.); deferimento di giuramento suppletorio ed estimatorio (artt. 240 e 241 c.p.c.); ammissione della testimonianza de relato (art. 257 c.p.c.); confronto dei testimoni (art. 254 c.p.c.); ammissione delle testimonianze d'ufficio (art. 281 ter c.p.c.).

(2) Sul significato del termine giuridico “allegare” come sinonimo di attività assertiva, si veda COMOGLIO, sub voce *Allegazione*, *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. civ., vol I, pag. 272 e ss. ed. 1987, ristampa del 2000.

(3) Artt. 2697 - 2739 c.c.; sez. III – Libro II, dell'istruzione probatoria: ctu artt. 191 – 201; assunzione dei mezzi di prova 202 e ss..

(4) Orientamento consolidato: Cass. 21 aprile 2006, n. 9368; Cass. 20 aprile 2006, n. 9234; Cass. 16 febbraio 2006, n. 3436; Cass. 20 ottobre 2005, n. 20322.

(5) Si vedano sul principio di non contestazione: Ufficio del Massimario e del Ruolo, Corte di Cassazione – Relazione n. 35 del 13 marzo 2009 – “La presenza dello Jus Constitutionis nella giurisprudenza della Corte di Cassazione: gli approdi alla luce dell'art. 111 Cost.; qualche profilo di criticità”: par. 2.3. Il principio di non contestazione, disponibile sul sito ufficiale della Corte di cassazione www.cortedicassazione.it/servizio_novità. Si veda inoltre: *Ventiquattro Avvocato – MONOGRAFIA* – settembre 2011, pag. 8 e ss.

(6) Cass. civ., sez. I, 7 aprile 2000, n. 4376, su cui ampiamente infra.

(7) La sentenza, che costituisce un punto di riferimento imprescindibile sull'argomento, si occupa in particolare del “regime processuali delle allegazioni tardivamente compiute dopo i termini assegnati dal sistema delle preclusioni, domandandosi in particolare se queste siano rilevabili d'ufficio, ovvero, in definitiva se le stesse siano previste (solo) nell'interesse della parte o (anche) nell'interesse pubblico”. “In questo senso, poiché il vigente regime delle preclusioni dettato per il procedimento ordinario davanti al tribunale e per quello (come si è visto) davanti al giudice di pace appare ispirato alla medesima ratio di garantire la celerità e la concentrazione dei procedimenti civili, la relativa violazione non potrà certamente dirsi connessa alla lesione di un mero interesse delle parti, ma dovrà essere considerata pregiudizievole dello stesso interesse giuspubblicistico a scongiurare deprecabili allungamenti dei tempi processuali, secondo quanto traspare, come non si è mancato di sottolineare anche in dottrina, vuoi dalla più recente edizione del primo comma dell'art. 184 bis

c.p.c. (il quale prevede l'applicabilità della rimessione in termini, e perciò del travolgimento di una preclusione già maturata, a qualunque decadenza, giustificandone la concessione soltanto in presenza di una causa non imputabile alle parti), vuoi dal vecchio regime delle preclusioni generali per il processo ordinario (spostate in avanti, con la riforma del 1950, al momento della rimessione della causa al collegio e nuovamente "anticipate" con la più recente novella del rito civile), là dove non si dubitava che la tardività di allegazioni, istanze istruttorie, domande o eccezioni fosse rilevabile ex officio". Sul dibattito relativo al differente regime delle preclusioni, prima e dopo la riforma del c.p.c. del 1990, si vedano le note (ricche di riferimenti bibliografici e giurisprudenziali) nel breve commento alla sentenza citata in *Giur. It.*, giugno 2001, pagg. 1151 e ss.. Si veda inoltre: *Le preclusioni istruttorie: definizione del thema probandum, produzioni documentali e poteri istruttori del giudice. Lettura pratica dell'argomento (tra teoria e prassi) basata sull'elaborazione della prassi giurisprudenziale*, di PIER PAOLO LANNI (magistrato presso il Tribunale civile di Verona) - Relazione tenuta in occasione del "Convegno sulle preclusioni nel processo civile" organizzato dal Gruppo Iniziativa Forense in Verona il 19 dicembre 2003 e pubblicata sul sito www.ilcaso.it. Si veda ancora: Ufficio del Massimario e del Ruolo, Corte di Cassazione - Relazione n. 35 del 13 marzo 2009 - *La presenza dello Jus Constitutionis nella giurisprudenza della Corte di Cassazione: gli approdi alla luce dell'art. 111 Cost.; qualche profilo di criticità* - par. 2.5 Le preclusioni, cit.. Inoltre, DOSSIER N. 1 - Gennaio 2010, *Il regime delle preclusioni in Diritto e processo. Notiziario giuridico telematico*, pubblicato sul sito www.dirittoeprocesso.com; ivi riferimenti bibliografici citati nonché l'interessantissima ordinanza Tribunale di Piacenza 30 novembre 2009, interamente dedicata alle preclusioni assertive ed istruttorie (su cui meglio infra). Sul punto si veda lo scritto del giudice estensore della predetta ordinanza, GIANLUIGI MORLINI, *Questioni sostanziali sulla prova*, Piacenza, 14 febbraio 2009 (par. 2 - le decadenze istruttorie) fittissimo di rinvii dottrinali e giurisprudenziali: disponibile on line: [scienzelegiuridiche_forensese090214_morlini.pdf](http://scienzelegiuridiche.forensese090214_morlini.pdf). Nello stesso senso di Cass. 4736/2000 anche Cass. civ., sez. II, 29 novembre 2006, n. 25242. Sull'irrelevanza dell'accettazione del contraddittorio ad opera della parte che potrebbe far valere le preclusioni: Cass. civ., sez. I, 10 dicembre 2004, n. 23127; Cass. civ., sez. III, 27 luglio 2006, n. 17152; Cass. 13 dicembre 2006, n. 26691; Cass. Civ., sez. II, 6 ottobre 2005, n. 19453 (tutte sulla novità della domanda ex art. 183 c.p.c.); Cass. civ., sez. I, 16 maggio 2007, n. 11305 sulla tempestività della domanda di addebito nel ricorso per separazione giudiziale; Cass. civ., sez. III, 18 marzo 2008, n. 7270 sulla tardività della domanda riconvenzionale; Cass. civ., sez. I, 27 maggio 2005, n. 11318 sulle eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio, anche nel giudizio d'appello; Cass. civ., sez. lav., 13 giugno 2007, n. 13783 sull'eccezione di interruzione della prescrizione e sulla natura di eccezione in senso lato rilevabile d'ufficio; si veda anche Cass. civ., sez. lav. 6 febbraio 2006, n. 2468; infine Cass. civ., sez. III, 22 giugno 2007, n. 14581 che qui si riporta: "Le eccezioni in senso lato, ovvero rilevabili anche d'ufficio, qualora coinvolgano un interesse pubblico in campo processuale (quali le eccezioni di giudicato) possono essere rilevate addirittura in ogni stato e grado del processo, ma se sono relative ad un diritto di carattere sostanziale il cui esercizio in campo processuale non incide in alcun modo su interessi pubblici, quand'anche siano qualificabili come eccezioni in senso lato, hanno una rilevanza condizionata al rispetto del principio dispositivo e del contraddittorio. Ne consegue che (fatti salvi casi particolari) è vietato al giudice porre alla base della propria decisione fatti che non rispondano ad una tempestiva allegazione delle parti, ovvero il giudice non può basare la propria decisione su un fatto, ritenuto estintivo, modificativo o impeditivo, che non sia mai stato dedotto o allegato dalla parte o comunque non sia risultante dagli atti di causa, e che tale allegazione non solo è necessaria ma deve essere tempestiva, ovvero deve avvenire al massimo entro il termine ultimo entro il quale nel processo di primo grado si determina definitivamente il "thema decidendum" ed il "thema probandum", ovvero entro il termine perentorio eventualmente fissato dal giudice ex art. 183, quinto comma, cod.proc.civ." (Principio affermato dalla S.C. in relazione ad eccezione

concernente l'entità del massimale assicurativo ed a questione di tardività della medesima). (Rigetta, App. Bologna, 20 febbraio 2003).

(8) Cass. 14581/2007 cit.

(9) "La consulenza tecnica di ufficio è un mezzo istruttorio non una prova vera e propria; è pertanto sottratta alla disponibilità delle parti e affidata al prudente apprezzamento del giudice del merito il quale, tuttavia, non può respingere, senza adeguata motivazione, una istanza di ammissione di tale mezzo formulata dalle parti" (Cass. civ., sez. lav., 20 novembre 2000, n. 14979). Sull'onere di motivazione del provvedimento che respinge l'istanza di ctu ancora Cass. civ., sez. III, 4 giugno 2007, n. 12930: "il giudice, quando non aderisca alla richiesta di disporre formulata dalle parti, deve indicare le ragioni del rigetto". In dottrina sulla ctu si veda M. VELLANI, voce *Consulenza tecnica nel diritto processuale civile*, in *Digesto delle discipline privatistiche - sezione civile*, III, 2001; si veda inoltre sulla riforma della ctu ad opera della legge 69/2009: D. PROTETTI, *Novità e vecchie questioni in tema di consulenza tecnica d'ufficio nel processo civile*, in *questa Rivista* 2009, 967 e ss. ed ivi i numerosissimi rinvii giurisprudenziali; F. SIRIANNI, *Le nuove regole sulla consulenza tecnica*, in *Ventiquattrore Avvocato*, n. 11 - novembre 2009, pag. 49 e ss., con piccola bibliografia.

(10) "La nomina del consulente rientra quindi nel potere discrezionale di tale giudice, che può provvedervi anche senza alcuna richiesta delle parti, sicché ove una richiesta di tal genere venga formulata dalla parte essa non costituisce una richiesta istruttoria in senso tecnico ma una mera sollecitazione rivolta al giudice perché questi, avvalendosi dei suoi poteri discrezionali, provveda al riguardo; ne consegue che una tale richiesta non può considerarsi tardiva anche se formulata solamente in sede di precisazione delle conclusioni, né generica, poiché è sempre il giudice che, avvalendosi dei suoi poteri, delimita l'ambito dell'indagine da affidare al ctu" (Cass. civ., sez. II, 15 aprile 2002, n. 5422). V. anche Cass. civ., sez. lav., 20 novembre 2000, n. 14979; Cass. civ., sez. I, 5 luglio 2007, n. 15219; Cass. 27002/2005 e rinvii ivi contenuti.

(11) Una eccezione al principio della discrezionalità si riscontra nei sinistri marittimi (art. 590 c.n. e art. 475 reg. c.n.), sui quali le celeberrime Cass. civ., sez. III, 20 aprile 2004, n. 7499 e Cass. civ., sez. III, 27 novembre 2002, n. 16761: entrambe sanciscono la nullità della sentenza in caso di omessa partecipazione del ctu al procedimento. Tuttavia entrambe precisano che è indispensabile che nel giudizio si controverta su questioni tecniche. Laddove, non sussistendo una questione tecnica da risolvere, detta nullità non può essere contestata, non essendo indispensabile la nomina del ctu. Si rinvia ad una lettura integrale delle brillanti pronunce.

(12) Cass. civ. 25 maggio 1984 n. 3232 "... il giudice, nel caso in cui non abbia ritenuto di dover ricorrere all'ausilio di un esperto, deve dimostrare, con motivazione adeguata, d'aver potuto risolvere, sulla base di corretti criteri, tutti i problemi tecnici connessi alla valutazione degli elementi rilevanti ai fini della decisione, in quanto non può respingere l'istanza di ammissione della consulenza tecnica d'ufficio e ritenere non accertati i fatti che la consulenza avrebbe potuto accertare, senza incorere nel vizio di insufficienza e contraddittorietà della motivazione".

(13) La sentenza citata ha enunciato il principio esposto con riferimento al caso di accertamento di uno stato di incapacità naturale. Nello stesso senso, tutta la giurisprudenza di legittimità che ha affrontato il problema della natura giuridica della consulenza, marcando la differenza predetta, si riferisce a casi nei quali non c'è altra possibilità di accertare non per mezzo dell'ausilio tecnico, di modo che quest'ultimo non può non considerarsi prova. Così Cass. civ. 17 febbraio 1983, n. 1196 con riferimento alla necessità di riscontrare il funzionamento di un impianto di alta e sofisticata tecnologia; Cass. civ. 17 giugno 1983, n. 4178, relativa alla prova della incapacità naturale di una parte al momento della stipula di un contratto; Cass. civ. 6 ottobre 1984, n. 4991, con riferimento alla ispezione giudiziale qualora essa debba eseguirsi con l'intervento di un consulente oppure con riguardo ad un'opera di cui è necessario rilevare le caratteristiche tecniche o accertarne il valore.

(14) Esempi di ctu percipiente si rinvencono in Cass. 2629/1990, cit. nel testo nonché nella nota precedente; Cass. 1196/1983; Cass. 4178/1983;

Cass. 4991/1984: tutte citate nella nota precedente. Cass. civ., sez. II, 14 gennaio 1999, n. 321, cit., affronta il caso di ctu percipiente con riferimento ad una questione condominiale nella quale un condomino chiedeva accertarsi, a mezzo ctu, il risparmio di spesa da parte dell'intero condominio conseguente al mancato utilizzo del proprio impianto di riscaldamento, cui egli aveva apposto i sigilli. La Cassazione, nel cassare la sentenza che aveva rigettato la richiesta di ctu ritenendola meramente esplorativa, ha invece specificato come nel caso di specie essa fosse necessaria, in quanto la prova del risparmio di spesa per il condominio non poteva essere fornita che "attraverso una indagine tecnica che procedesse, da un canto alla misurazione del calore proveniente dagli appartamenti limitrofi di cui i locali dell'attore avevano sempre beneficiato e dall'altro, all'accertamento della diminuzione di energia in concreto irrogata dall'impianto centrale". Cass. civ., sez. lav., 12 dicembre 2000, n. 15630 individua un'ipotesi di ctu percipiente nel caso in cui "debbono accertarsi per via contabile i rapporti di dare ed avere tra le parti di un rapporto di subagenzia protrattosi nel tempo con l'espletamento di prestazioni non specificamente limitate"; Cass. civ., sez. III, 7 dicembre 2005, n. 27002 ravvisava la necessità/ammissibilità della ctu (percipiente) in una controversia locatizia in cui bisognava rilevare le caratteristiche tecniche dell'immobile locato e valutarne la conformità a quelle richieste dalla categoria catastale attribuita dall'ufficio tecnico; Cass. civ., sez. II, 10 novembre 1988, n. 6055: "il giudice non può negare la consulenza... ritenendo non dimostrati i fatti che mediante la consulenza stessa si sarebbero potuti provare, specialmente quando si debbano accertare degli elementi (come il prezzo di mercato di un immobile) rispetto ai quali la consulenza si presenta come lo strumento più funzionale ed efficiente d'indagine e la parte si trovi, se non nell'impossibilità, quanto meno nella pratica difficoltà di offrire adeguati parametri di valutazione"; Cass. civ., sez. III, 23 febbraio 2006, n. 3990, in un caso di azione di danni esercitata dal conduttore di immobile nei confronti del locatore per lavori di ristrutturazione del fabbricato, ha ritenuto necessario l'intervento del consulente sia per accertare lo stato dei luoghi che la riduzione del valore locativo dell'immobile che, infine, gli eventuali danni ai beni di proprietà dell'attore; Cass. civ., sez. III, 14 febbraio 2006, n. 3191: "la consulenza grafica è il principale strumento di accertamento dell'autenticità della sottoscrizione e il giudice può fondare su di essa la decisione"; Cass. civ., sez. I, 17 giugno 1992, n. 7465: "in tema di dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità naturale, con la consulenza tecnica immunoematologica, con la quale il giudice accerta l'esistenza o l'inesistenza di incompatibilità genetiche, si dà luogo nel processo all'accertamento di un fatto (biologico), di per sé suscettibile di rilevazione solo con l'ausilio di competenze tecniche particolari; in siffatta ipotesi, pertanto, il giudice non utilizza la consulenza per valutare la prova offerta dall'attore, bensì acquisisce la conoscenza di un fatto giuridicamente essenziale"; Cass. civ., Sez. I, 12 maggio 1989, n. 2153: "In tema di espropriazione per pubblico interesse la consulenza tecnica - disposta in sede di opposizione alla stima - ben può costituire, da sola, il mezzo idoneo o fondare il convincimento del giudice, in ordine alla misura dell'indennità, senza che ciò implichi una infrazione delle regole relative all'onere della prova dei fatti costituenti fondamento della pretesa". Sulla ctu nei giudizi per regolamento dei confini si veda meglio infra. Indubbiamente percipiente è la ctu medico-legale per la valutazione del danno alla persona: si vedano sul punto gli utilissimi contributi, sebbene non recentissimi, pubblicati dal Consiglio Superiore della Magistratura nell'ambito dell'incontro sul tema Tecniche di accertamento e criteri di liquidazione del danno alla persona: 1) relatore Dott. A. NANNIPIERI - Pretore dir. Pret. Circ. Lucca, in www.csm.it/quaderni/quod_96/qua_34.pdf; 2) relatore Dott. D. SPERA, Giudice del Tribunale di Milano, in www.csm.it/quaderni/quod_96/qua_96_33.pdf; 3) relatore Dott. R. SABATO, Giudice del Tribunale di Napoli, in www.csm.it/quaderni/quod_96/qua_96_32.pdf. Sull'utilità della la ctu percipiente nella ricostruzione dei sinistri derivanti dalla circolazione stradale, si rinvia infra.

(15) La sentenza continua: "né, in tal caso, il giudice è tenuto ad una particolare motivazione del diniego dell'ammissione della consulenza stessa". "Rientra nel potere discrezionale del giudice del merito acco-

gliere o rigettare l'istanza di rinnovo della consulenza tecnica d'ufficio, senza che l'eventuale provvedimento negativo possa essere censurato in sede di legittimità, quando risulti che gli elementi di convincimento per disattendere la richiesta della parte siano stati tratti dalle risultanze probatorie già acquisite e ritenute esaurienti dal giudice con valutazione immune da vizi logici e giuridici" (Cass. civ., sez. III, 11 maggio 2007, n. 10849). Nello stesso senso Cass. n. 15219/2007, cit..

(16) "La consulenza tecnica pur non costituendo, nel vigente codice di rito un mezzo di prova, non essendo diretta ad acclarare la verità o meno di determinati fatti, può assumere il valore di oggettiva fonte di convincimento ove trattasi di fatti rientranti nell'ambito strettamente tecnico della consulenza e non di circostanze storiche che, in quanto poste a fondamento della domanda o dell'accezione, debbono essere provate dalle parti" (Cass. civ., sez. II, 20 giugno 2000, n. 8395). "La mancata disposizione della consulenza tecnica d'ufficio da parte del giudice, di cui si asserisce l'indispensabilità, è incensurabile in sede di legittimità sotto il profilo del vizio di motivazione, laddove la consulenza sia finalizzata ad esonerare la parte dell'onere della prova o richiesta a fini esplorativi alla ricerca di fatti, circostanze o elementi non provati" (Cass. n. 15219/2007). Ribadisce ancora una volta il divieto di ctu esplorativa nel delicato rapporto con le preclusioni istruttorie la recente Cass. civ., sez. III, 19 aprile 2011, n. 8989, della quale si riporta, oltre la massima, l'intero passaggio dedicato al tema che ci interessa: "6. Con il terzo motivo, si censura la sentenza nella parte in cui il giudice ha rigettato come nuova, rispetto ai motivi di appello, la richiesta (nelle note di replica alla comparsa conclusoriale) di rinnovo della consulenza tecnica; ctu chiesta al fine di accertare la natura industriale dei fondi (già al momento della vendita). Si sostiene che il giudice avrebbe dovuto ammetterla, atteso che i requisiti previsti dall'art. 8 della l. n. 590 del 1965 costituiscono, secondo la giurisprudenza, condizioni dell'azione rilavabili d'ufficio; mentre, le contestazioni, non configurando eccezioni in senso proprio, ma mere deduzioni difensive afferenti ad un elemento costitutivo del diritto azionato, non subiscono preclusioni per intempestività. 6.1. Independentemente dal profilo di critica proposto dei ricorrenti, relativo al rilievo d'ufficio della mancanza delle condizioni dell'azione di riscatto, la decisione del giudice, che non ha accolto la richiesta della parte di rinnovo della ctu per accertare la natura industriale del fondo, è conforme a diritto per una ragione logicamente precedente. È pacifico nella giurisprudenza della Corte che la consulenza tecnica costituisce un mezzo ausiliario per il giudice, volto alla più approfondita conoscenza dei fatti già provati dalle parti, la cui interpretazione richiede nozioni tecnico-scientifiche, e non un mezzo di soccorso volto a sopperire l'inerzia delle parti stesse (Cass. n. 5607 del 1986). Mentre, può eccezionalmente, costituire fonte oggettiva di prova, solo qualora sia stata disposta per accertare quei fatti rilevabili unicamente con l'ausilio di un perito (Cass. n. 1132 del 2003). Nella specie, per esplicita ammissione del ricorrente la consulenza tecnica avrebbe dovuto svolgere la funzione, diversa, di acquisizione di documentazione per accertare la natura (agraria o diversa) del fondo al momento della vendita. Peraltro, trattandosi di giudizio cui non è applicabile la riforma processuale introdotta con la l. n. 353 del 1990, tale documentazione avrebbe potuto essere pacificamente prodotta dalla parte interessata in appello, ai sensi dell'art. 345 c.p.c.. Conseguentemente, l'ammissione della ctu per porre rimedio all'inerzia della parte nell'utilizzo degli strumenti processuali in suo possesso, avrebbe comportato, contemporaneamente, lo snaturamento dell'istituto previsto dal codice di procedura, il mancato rispetto della posizione paritaria delle parti nel processo, un allungamento dei tempi processuali, con palese violazione del giusto processo, anche sotto il profilo della ragionevole durata, tutelato dall'art. 111 Cost.. Il motivo, va, pertanto, rigettato in applicazione del seguente principio di diritto: «La consulenza tecnica costituisce un mezzo di ausilio per il giudice, volto alla più approfondita conoscenza dei fatti già provati dalle parti, la cui interpretazione richiede nozioni tecnico-scientifiche, e non un mezzo di soccorso volto a sopperire l'inerzia delle parti; la stessa, può eccezionalmente, costituire fonte oggettiva di prova, solo per accertare quei fatti rilevabili unicamente con l'ausilio di un perito. Qualora, come nella specie, la consulenza sia richiesta per ac-

quisire documentazione, che la parte avrebbe potuto produrre, l'ammissione da parte del giudice comporterebbe lo snaturamento della funzione assegnata dal codice a tale istituto e la violazione del giusto processo, presidiato dall'art. 111 Cost., sotto il profilo della posizione paritaria delle parti e della ragionevole durata».

(17) Cass. civ., sez. III, 26 febbraio 2003, n. 2887, relativa ad una controversia avente ad oggetto un contratto agrario, conferma lo stesso principio, reputando legittima l'esclusione di una ctu con finalità esplorativa volta a colmare carenze di istanze istruttorie delle parti. La sentenza, molto interessante per i notevoli rinvii giurisprudenziali, sintetizza l'orientamento costante della Corte: "In primo luogo deve ribadirsi che, disporre, o meno, consulenza tecnica d'ufficio rientra nel potere discrezionale del giudice del merito, il cui esercizio in un senso o nell'altro è insindacabile in sede di legittimità (cfr. Cass. 8 marzo 2001, n. 3371). In secondo luogo, anche a prescindere da quanto precede si osserva che la consulenza tecnica, essendo finalizzata alla valutazione di fatti già dimostrati, non può costituire mezzo di prova o di ricerca di fatti che le parti debbono provare, fermo il presupposto che il giudice, nell'esercizio del suo potere discrezionale, può disporla in ogni momento se necessita di chiarimenti o di valutazioni tecniche degli elementi già acquisiti (Trib. sup.re acque, 4 luglio 1996, n. 55). La consulenza tecnica d'ufficio - in altri termini - si traduce in un esame dei dati specialistici in atti, in modo da servire a lumeggiare la questione dibattuta affinché il giudice possa trarne elementi chiarificatori ai fini della sua decisione (Cass. 15 settembre 1997, n. 9175. Sempre nel senso che la finalità propria della consulenza tecnica d'ufficio è quella di aiutare il giudice nella valutazione degli elementi acquisiti o nella soluzione di questioni che comportino specifiche conoscenze, Cass. 16 marzo 1996, n. 2205). Deriva, da quanto sopra, che la consulenza tecnica d'ufficio: - non può essere disposta al fine di esonerare la parte dal fornire la prova di quanto assume ed è quindi legittimamente negata dal giudice qualora la parte tenda con essa a supplire alla deficienza delle proprie allegazioni o offerta di prove ovvero a compiere un'indagine esplorativa alla ricerca di elementi, fatti o circostanze non provati (Cass. 16 marzo 1996 n. 2205); - non è mezzo istruttorio in senso proprio e spetta al giudice di merito lo stabilire se essa è necessaria o opportuna, fermo restando l'onere probatorio delle parti, e la relativa valutazione, se adeguatamente motivata in relazione al punto di merito da decidere, non può essere sindacata in sede di legittimità (Cass. 3 aprile 1998 n. 3423); - legittimamente non è disposta dal giudice se è richiesta per compiere un'indagine esplorativa sull'esistenza di circostanze, il cui onere di allegazione è invece a carico delle parti (Cass. 15 gennaio 1997 n. 342)". Conforme Cass. civ., sez. III, 6 giugno 2003, n. 9060 e Cass. civ., sez. III, 28 ottobre 2004, n. 20910. Si vedano anche: Cass. civ., sez. III, 16 maggio 2003, n. 7635; Cass. civ., sez. III, 7 marzo 2001, n. 3343 (la quale ha dichiarato legittima la valutazione del giudice di merito di non ammettere la ctu al fine di consentire al conduttore di provare attraverso detto mezzo l'esistenza di vizi nell'immobile locato, vizi mai denunciati né lamentati se non in sede di giudizio). Ancora, l'interessantissima Cass. 19219/2007, cit., con riferimento ad un giudizio relativo ad una ingiunzione di pagamento fondata su di una fideiussione omnibus, ha confermato la decisione della Corte d'Appello di respingere la ctu grafologica richiesta dall'opponente al fine di dimostrare l'assunto del mancato sorgere del rapporto obbligatorio per essere stato il documento firmato in bianco e riempito successivamente in modo arbitrario, in quanto tale prova, non fornita nemmeno in via presuntiva dallo stesso opponente, non poteva essere raggiunta attraverso una ctu, che in tale caso avrebbe avuto una funzione meramente esplorativa e sostitutiva degli oneri probatori a carico delle parti: "le date di sottoscrizione e di riempimento del documento, asseritamente diverse, per il cui accertamento la Corte sostiene l'indispensabilità della consulenza tecnica d'ufficio e, di conseguenza, il vizio di motivazione da cui sarebbe affetto il negato espletamento del mezzo, integrano fatti e non dati tecnici dimostrabili soltanto con l'ausilio di speciali cognizioni tecniche, per cui tale diniego appare incensurabile dal momento anche che l'indagine d'ufficio non avrebbe potuto essere utilizzata allo scopo di esonerare

la parte dall'onere della prova o a fini esplorativi alla ricerca di fatti, circostanze o elementi non provati da ultimo, Cass. 3191/2000)".

(18) Cass. civ., sez. lav., 10 gennaio 1996, n. 132: "La consulenza tecnica .. 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 prova".

(19) Questo enunciato è stato ribadito a iosa nelle sentenze successive: Cass. civ., sez. I, 1 ottobre 1999, n. 10871; Cass. civ., sez. III, 14 luglio 2003, n. 11001; Cass. civ., sez. III, 11 marzo 2004, n. 4993; Cass. civ., sez. III, 7 dicembre 2005, n. 27002; Cass. 22 giugno 2005, n. 13401: "l'onere della parte si riduce all'allegazione, spettando al giudice decidere se ricorrono o meno le condizioni per ammettere la consulenza". Cass. civ., sez. III, 26 novembre 2007, n. 24620: «Le parti non possono sottrarsi all'onere probatorio e rimettere l'accertamento dei propri diritti all'attività del consulente neppure nel caso di consulenza tecnica d'ufficio cosiddetta "percipiente", che può costituire essa stessa fonte oggettiva di prova, demandandosi al consulente l'accertamento di determinate situazioni di fatto, giacché, anche in siffatta ipotesi, è necessario che le parti stesse deducano quantomeno i fatti e gli elementi specifici posto a fondamento di tali diritti». (Caso relativo ad una domanda di risarcimento danni per omesso rilascio del certificato di agibilità necessario allo svolgimento di attività alberghiera: la Corte confermava la sentenza di merito che aveva respinto la richiesta di ctu formulata dall'albergatore per quantificare il danno subito, in quanto la domanda risultava sfornita di allegazione e prova del pregiudizio lamentato).

(20) Principio espresso già in Cass. 1618/1985, cit. e Cass. 4178/1983, cit.

(21) In realtà, sempre (quindi anche in caso di ctu meramente deducibile) la parte istante deve indicare esattamente "le ragioni della indispensabilità delle indagini tecniche per la decisione" (Cass. 14979/2000, cit.). Sulla necessità per la parte di precisare come, sotto il profilo causale, la ctu avrebbe potuto influire sulla decisione impugnata, v. le sentenze citate in nota 13.

(22) Nello stesso senso: Cass. civ., sez. I, 22 novembre 2007, n. 24323. "Consegue che è consentito, nei limiti del principio dispositivo, all'ausiliario del giudice di assumere, di sua iniziativa, notizie non rilevabili dagli atti processuali e accertare fatti che siano intimamente collegati con quelli acquisiti attraverso il meccanismo delle prove. Il consulente d'ufficio, pertanto può svolgere tali indagini anche senza l'espressa autorizzazione del giudice, spettando a quest'ultimo valutare ex post, con prudente apprezzamento, se l'iniziativa sia stata utilmente condotta" (Cass. civ., sez. III, 29 maggio 1980, n. 3553); inoltre Cass. lav. 17 gennaio 1987, n. 8256.

(23) V. anche Cass. civ., sez. I, 20 dicembre 1982; Cass. civ., Sez. I, 7 novembre 1989, n.4644; Cass. civ., sez. II, 1 marzo 1995, n. 2865.

(24) V. supra nota 7.

(25) Art. 198 c.p.c., esame contabile: Quando è necessario esaminare documenti contabili e registri, il giudice istruttore può darne incarico al consulente tecnico, affidandogli il compito di tentare la conciliazione delle parti (1° comma). Il consulente, sentite le parti e, previo consenso di tutte, può esaminare anche documenti e registri non prodotti in causa. Di essi tuttavia senza il consenso di tutte le parti non può fare menzione nei processi verbali e nella relazione di cui all'art. 195 (2° comma). Art. 77, u.co., RD 127/39: Nella materia di cui al presente decreto, il consulente tecnico d'ufficio può ricevere documenti inerenti ai quesiti posti dal giudice anche se non ancora prodotti in causa. Ciascuna parte può nominare anche più di un consulente.

(26) CIAN-TRABUCCHI, *Commentario breve al c.p.c.*, cit. sub art. 198.

(27) C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit., vol. II, pag. 199. Per una sintesi degli orientamenti dottrinali sul punto ed una breve rassegna giurisprudenziale si veda CIAN-TRABUCCHI, cit., sub art. 198.

(28) Interessante il breve excursus sulla natura giuridica della ctu che la citata sentenza compie e che qui si riporta integralmente: «Il vigente codice di rito dedica all'istruzione probatoria la sezione terza del capo secondo del primo libro che inizia con un primo paragrafo intitolato "della nomina e delle indagini del consulente tecnico", contenente la disciplina della consulenza tecnica e che precede quella dei singoli mezzi

di prova e della relativa assunzione esposta nei paragrafi successivi. Il che induce immediatamente a ritenere che la consulenza tecnica, pur appartenendo all'istruzione probatoria, non è annoverabile fra i mezzi di prova rimessi all'iniziativa delle parti (art. 115 c.p.c.) in relazione all'onere loro incombente secondo la regola dell'art. 2697 c.c. L'estraneità della consulenza tecnica ai mezzi di prova è desumibile altresì dalla sua disciplina. Da questa si desume che la funzione di quel mezzo istruttorio non consiste nel determinare il convincimento del giudice sulla veridicità o non di determinati "fatti" allegati dalle parti, bensì nel fornire all'attività valutativa del giudice l'apporto di cognizioni tecniche che questi non possiede. A questi principi si è certamente adeguata la Corte di merito nel diniego di una consulenza tecnica avendo ritenuto che, nell'intento della parte che l'aveva sollecitata, questa avrebbe avuto la concreta funzione impropria di esonerarla dalla prova anche documentale dei "fatti" dedotti e della quale era onerata. Ed in tal senso deve intendersi quel menzionato "scopo esplorativo" poiché al consulente sarebbe non stato affidato il compito di evidenziare le singole poste contabili sulla scorta delle acquisizioni fatte ad iniziativa delle parti bensì di ricercare e di indicare i documenti ad esse astrattamente idonee».

(29) Art. 2393 c.c., comma primo: L'azione di responsabilità contro gli amministratori è promossa in seguito a deliberazioni dell'assemblea, anche se la società è in liquidazione.

(30) "(...) Non sarebbe a tal fine sufficiente l'attestazione del consulente tecnico: in primo luogo perché la consulenza tecnica non è un mezzo di prova e non può dunque sopperire al difetto di acquisizione in giudizio di un documento che la parte attrice aveva l'onere di produrre; in secondo luogo, giacché una deliberazione assembleare non è un fatto materiale, bensì un atto giuridico, onde occorre al riguardo compiere una valutazione di idoneità e di legittimità non demandabile al consulente (...) Reputa, però, la corte che la sola menzionata indicazione del consulente tecnico non sia idonea sorreggere la decisione adottata sul punto dal giudice di merito (...) Si rinvia ad una lettura integrale della sentenza, di notevole rilievo per l'argomento che ci occupa.

(31) In dottrina bene sul punto VELLANI, cit. e nota n. 8, con rinvii di dottrina e giurisprudenza.

(32) MANDRIOLI, vol II, pag. 232 e ss..

(33) Cass. civ., sez. I, 10 agosto 1988, n. 4907; Cass. civ., sez. I, 22 marzo 1990, n. 2393; Cass. civ., sez. III, 15 febbraio 1992, n. 1879.

(34) Cass. civ., sez. II, 9 aprile 1987, n. 3499: ("Il potere discrezionale, conferito al giudice di merito dall'art. 210 c.p.c., di ordinare alla parte l'esibizione di un documento deve essere tenuto nettamente distinto dalla produzione in giudizio dei documenti cui la parte è tenuta in base ai principi sull'onere della prova, sicché esso non può considerarsi in funzione sostitutiva di tale onere probatorio, né l'istanza dell'altra parte, cui è subordinato l'esercizio di detto potere, può avere effetto modificativo dell'incombente legale, non costituendo, di per sé, inequivoca rinuncia al beneficio derivante dall'applicazione dell'art. 2697 c. c."; bene sul punto anche Cass. civ., sez. lav., 4 settembre 1990, n. 9126; Cass. civ., sez. lav., 14 settembre 1995, n. 9715; Cass. civ., sez. lav., 24 marzo 2004, n. 5908.

(35) Cass. civ., sez. lav., 4 settembre 1990, n. 9126; Cass. civ., sez. III, 16 maggio 1997, n. 4363.

(36) Conformi 5908/2004; Cass. 13721/2002. "Contrariamente all'ispezione, per l'ordine di esibizione è innanzitutto necessaria l'istanza di parte (Cass. 88/4907; 86/2588); tale presupposto si ricollega al principio di disponibilità delle prove di cui all'art. 115 (...)" CIAN-TRABUCCHI, cit. sub art. 210, IV.

(37) "Unica eccezione espressa al principio della disponibilità di parte dell'esibizione è rappresentata dal potere del giudice di ordinare d'ufficio ai sensi dell'art. 2711, c. 2, cc ...", CIAN - TRABUCCHI, cit.. Un altro caso interessante si ritiene sia contenuto nella L. 39/77 (abrogata dall'art. 354 D.L.vo 209/2005), in materia di determinazione del risarcimento del danno biologico derivante da sinistro stradale: Cass. 1094/1991 si esprime sulla necessità della produzione in giudizio delle dichiarazioni dei redditi del danneggiato al fine di valutare l'incidenza dell'invalidità temporanea o permanente sulla produzione del reddito da lavoro (CIAN TRABUCCHI, cit. sub art. 210, IV).

(38) Cass. civ., sez. II, 12 aprile 1999, n. 3573; Cass., sez. V, 27 giugno 2003, n. 10219.

(39) Cass. civ., sez. I, 10 agosto 1988, n. 4907: "L'esercizio da parte del giudice della facoltà di chiedere informazioni alla p. a. ha ad oggetto poteri inquisitori non sostitutivi dell'onere probatorio incombente alla parte, con la conseguenza che tali poteri possono essere attivati soltanto quando sia necessario acquisire informazioni relative ad atti o documenti della p. a. che la parte sia impossibilitata a fornire e dei quali solo l'amministrazione sia in possesso in relazione all'attività svolta (nell'affermare il principio di cui in massima, il supremo collegio ha confermato la sentenza dei giudici di merito i quali avevano ritenuto non ricorrenti i presupposti per l'esercizio del potere di cui all'art. 213 c. p. c. in una fattispecie in cui il fatto da provare era costituito dalla qualità di socio di una cooperativa edilizia, documentabile mediante la produzione della dichiarazione rilasciata dalla cooperativa al socio all'atto della sua ammissione)".

(40) Cass. 1032/86 ha un contenuto particolarissimo: "Il potere del giudice istruttore di richiedere, ex art. 213 c.p.c., le informazioni scritte relative ad atti e documenti dell'amministrazione, comprende anche quello di acquisire al processo le relazioni orali o scritte di assistenti sociali, già in precedenza svolte nell'esercizio delle loro pubbliche funzioni, quando esse, come nel caso del giudizio di separazione dei coniugi in ordine ai provvedimenti sull'affidamento dei figli minori, si rivelino pertinenti all'oggetto del processo medesimo; tali relazioni, vagliate dopo essere state oggetto di contraddittorio, hanno valore di prova indiziaria e di consulenza tecnica".

(41) Cass. civ., sez. II, 3 febbraio 1998, n. 1047; Cass. civ., sez. II, 2 agosto 2001, n. 10561; Cass. civ., sez. II, 27 agosto 2002, n. 12561; Cass. civ., sez. II, 27 marzo 2002, n. 4372; Cass. civ., sez. II, 5 maggio 2003, n. 6837.

(42) Cass. civ. 26 gennaio 1984 n. 627; Cass. civ., sez. I, 11 dicembre 1986, n. 7379; Cass. civ., sez. lav., 12 marzo 1987, n. 2598; Cass. Civ., sez. lav., 30 luglio 1987, n. 6612; Cass. Civ., sez. lav., 8 agosto 1989, n. 3647; Cass. Civ., sez. I, 18 aprile 1997, n. 3340; Cass. civ., sez. un., 11 novembre 1991, n. 12008; Cass. Civ., sez. I, 24 aprile 1993, n. 4821; Cass. Civ., sez. II, 14 febbraio 1994, n. 1459; Cass. civ., sez. II, 20 dicembre 1994, n. 10971; Cass. civ., sez. lav., 27 settembre 2000, n. 12785; Cass. Civ., sez. lav., 5 aprile 2001, n. 5093; Cass. civ., sez. III, 20 febbraio 2003, n. 2589.

(43) Cass. civ., sez. II, 8 giugno 2007, n. 13428 sulla partecipazione ad un sopralluogo, senza autorizzazione, in luogo del consulente d'ufficio, di un suo collaboratore; Cass. civ., sez. I, 3 gennaio 2003, n. 15 sull'omessa verbalizzazione delle osservazioni delle parti (su cui vedi anche Cass. 14 febbraio 1994, n. 1459 e Cass. civ., sez. II, 14 aprile 1999, n. 3680) nonché sul rinvio delle indagini peritali; Cass. civ., sez. lav., 2 maggio 1990, n. 3615. Cass. civ., sez. II, 8 dicembre 1999, n. 1472; Cass. civ., sez. II, 8 gennaio 2000, n. 117; entrambe sull'esorbitanza rispetto ai limiti del mandato conferito al ctu ed alla utilizzabilità dell'elaborato.

(44) Per quanto tutte le massime sopra ricordate facciano riferimento alla produzione documentale avvenuta senza il rispetto delle formalità, sicuramente è di difficile intuizione stabilire in alcuni casi quale delle due ipotesi di sia verificata.

(45) "La consulenza tecnica - che è sempre discrezionalmente utilizzabile dal giudice per la valutazione tecnica di determinati fatti e che, ai fini della sua esecuzione, può implicare ispezione, esperimenti, nonché esame di documenti e registri contabili anche non prodotti in causa - non costituisce mezzo diretto a sollevare le parti dagli oneri probatori da cui sono gravate ex art. 2697 c.c. e la sua eventuale irrivalenza, per essere stati, in sede di conferimento dell'incarico o nel corso dell'espletamento del medesimo, ecceduti tali limiti ad essa connotati, se non ne determina nullità - in difetto di espressa previsione di legge - può determinare un vizio di motivazione della sentenza che l'abbia posta a fondamento del giudizio; pertanto, ove il giudice erroneamente commetta al consulente accertamenti o formulazione di valutazioni giuridiche o di merito ovvero quest'ultimo in tal senso ecceda dall'incarico ricevuto, il giudice stesso non può risolvere la controversia in base ad un semplice richiamo alle conclusioni peritali, ma può dividerle soltanto ove formuli una propria autonoma motivazione, basata sugli elementi probatori legittimamente acquisiti al processo, e dia adeguata giustificazione del proprio

convincimento, tenendo anche conto delle deduzioni ed osservazioni difensive formulate dalle parti”.

(46) “Deve essere dichiarata la nullità della consulenza tecnica d'ufficio nella parte in cui riporti notizie e documenti in mancanza dei presupposti di cui all'art. 198 c.p.c. (consenso delle parti all'esame di documenti non prodotti in causa) o dell'art. 2711 c.c. (richiesta di acquisizione da parte dell'ufficio). Le notizie reperibili in internet non costituiscono di per sé nozioni di comune esperienza, secondo la definizione dell'art. 115 ult. co. c.p.c., norma che, derogando al principio dispositivo, deve essere interpretata in senso restrittivo. Può infatti ritenersi notorio solo il fatto che una persona di media cultura conosce in un dato tempo e in un dato luogo, mentre le informazioni pervenute da internet, quando anche di facile diffusione e accesso per la generalità dei cittadini, non costituiscono dati incontestabili nelle conoscenze della collettività”.

(47) (v. supra nota 7). Più complessa è invece la questione relativa alla prova per testi richiesta dalla difesa del convenuto B.S. Invero, risulta per tabulas che il B.S. si è costituito, ed ha proposto le sue istanze istruttorie, dopo lo spirare del termine di cui all'articolo 183 comma 6 n., 1 c.p.c., pur se prima dello spirare del termine di cui all'articolo 183 comma 6 n. 2 c.p.c.. La questione giuridica che deve essere affrontata dal Giudice è allora quella della tempestività di una richiesta di prove testimoniali formulata prima del decorso del termine di cui all'articolo 183 comma 6 n. 2 c.p.c., ma relativa a circostanze dedotte con comparsa di risposta depositata successivamente al termine di cui all'articolo 183 comma 6 n. 1 c.p.c.. Ciò detto, la risposta non può prescindere da un'esegesi del già citato articolo 183 c.p.c.. Si osserva in proposito che, a seguito della riforma del codice di rito posta in essere nel 2005 con il D.L. n. 35/2005 conv. in L. n. 80/2005 modificato dalla L. n. 263/2005, è stata prevista la concessione dei tre termini di cui all'art. 183 comma 6 c.p.c., in luogo dei precedenti quattro termini concessi, due per volta, dai previgenti articoli 183 comma 5 e 184 c.p.c.. Sotto il profilo fattuale, può ritenersi che il primo dei tre termini corrisponda sostanzialmente al primo termine in precedenza posto dall'art. 183 comma 5 c.p.c., essendo deputato alla “precisazione o modificazione delle domande, delle eccezioni e delle conclusioni già proposte”; il secondo termine inglobi il precedente secondo termine del previgente art. 183 comma 5 c.p.c. ed il primo termine del previgente art. 184 c.p.c., essendo finalizzato a “replicare alle domande ed eccezioni nuove, o modificate dall'altra parte, per proporre le eccezioni che sono conseguenza delle domande e delle eccezioni medesime”, nonché per “indicazione dei mezzi di prova e produzioni documentali”; il terzo termine corrisponda al secondo termine di cui al precedente art. 184 c.p.c., riguardando le “indicazioni di prova contraria”. Alla luce di ciò, sulla base del chiaro disposto letterale della norma vigente e del pacifico insegnamento giurisprudenziale formatosi nel vigore della norma ormai abrogata, deve ritenersi che il termine di cui all'articolo 183 comma 6 n. 1, corrispondente al primo termine ex articolo 183 comma 5 c.p.c. in vigore prima della riforma del 2005, rappresenta il termine ultimo oltre il quale si verificano le preclusioni assertive, atteso che entro tale termine vanno svolte le “precisazioni o modificazioni delle domande, delle eccezioni e delle conclusioni”; mentre il termine ex art. 183 comma 6 n. 2 c.p.c., corrispondente al primo termine ex articolo 184 in vigore prima della riforma del 2005, rappresenta il termine ultimo oltre il quale si verificano le preclusioni probatorie per la prova diretta, atteso che entro tale termine vanno effettuate la “indicazione dei mezzi di prova” e le “produzioni documentali”. Tanto premesso, deve evidenziarsi che, nell'ambito di un processo a preclusioni rigide quale quello vigente nel nostro ordinamento sin dal vigore della legge n. 353/1990, non può essere revocato in dubbio il principio a tenore del quale il diritto alla prova può essere esercitato solo relativamente a fatti tempestivamente allegati; e quindi relativamente a fatti dedotti prima dello spirare delle preclusioni assertive. Né può in alcun modo opinarsi che vi possa essere una sostanziale sovrapposizione e coincidenza tra il momento delle pre-

clusioni assertive e quelle probatorie, così come accade nel rito del lavoro, ove dette preclusioni si consumano, entrambe, per l'attore al momento del deposito del ricorso, per il convenuto al momento della memoria costitutiva tempestivamente depositata (cfr. artt. 414 e 416 c.p.c.). Nel rito ordinario, invece, come si è detto e come accade sin dal vigore della legge n. 353/1990, le preclusioni assertive maturano prima di quelle istruttorie. Con la conseguenza che è ben possibile che una parte, pur avendo richiesto di provare una circostanza prima dello scadere delle preclusioni probatorie, non sia ammessa a provare tale circostanza, in quanto per la prima volta dedotta dopo lo spirare delle preclusioni assertive. È proprio questo il caso che qui occupa, atteso che la richiesta probatoria di B.S., in sé astrattamente formulata in modo tempestivo in quanto precedente allo spirare delle preclusioni istruttorie, diviene inammissibile perché riferita a fatti dedotti dallo stesso B.S. dopo lo spirare delle preclusioni assertive; ed a fatti mai dedotti dalle altre parti processuali prima dello spirare di tali preclusioni. (*Omissis*) Il Giudice dott. Gianluigi Morlini.

(48) Protocollo per le udienze civili – Tribunale di Napoli 2006: “art. 26 Ammissione e svolgimento della consulenza tecnica d'ufficio. - (...) n. 3. Al momento del conferimento dell'incarico al consulente, eventualmente attraverso la predisposizione di un modulo uniforme: a) verrà espressamente specificato che il consulente, qualora siano già scaduti i termini di cui all'art. 184 c.p.c., non potrà acquisire ed avvalersi di documenti non prodotti ritualmente, fatte salve le eccezioni derivanti dall'applicazione degli artt. 198, 210 e 213 c.p.c. ovvero 2711 c.c., e salvo che si tratti di documenti che siano consensualmente ritenuti non costituenti prova di fatti storici principali”; Protocollo per le udienze civili - Tribunale di Firenze 2006: “art. 21. Nell'ordinanza ammissiva della ctu il giudice: (...) b) specificherà che il ctu, qualora la consulenza sia svolta dopo la scadenza dei termini ex art. 184 c.p.c., non potrà acquisire ed avvalersi di documenti non prodotti senza il consenso delle parti, salvo quelli che il giudice stesso possa delegare l'acquisizione in base ai poteri officiosi ex art. 213 c.p.c. o art. 271 c.c. e salvo che si tratti di documenti che non costituiscano prova di fatti storici principali”: entrambi in *La Magistratura* 2006, rivista di ANM consultabile sul sito www.associazionenazionalemagistrati.it; Tribunale civile di Roma - Ufficio Consulenti Tecnici – *Linee Guida 2003*, a cura di MARCO ROSSETTI: Parte prima par. 23 – “Acquisizione di documenti dalle parti: Il ctu non può acquisire dalla parti documenti che non siano già stati ritualmente prodotti nel giudizio, quando il termine per la relativa produzione sia ormai scaduto. Si ricordi, al riguardo, che nel processo civile i documenti possono essere prodotti: a) mediante allegazione all'atto di citazione (art. 163 c.p.c.) od alla comparsa di risposta (art. 167 c.p.c.) ovvero agli atti equipollenti (ad es. ricorso introduttivo); b) mediante deposito in esecuzione di un ordine di esibizione (art. 210 c.p.c.); c) mediante deposito nella fase di istruzione, entro il termine di cui all'art. 184 c.p.c.. I documenti prodotti al di fuori di questi canali sono inutilizzabili dal giudice, ed a fortiori lo saranno per il ctu.. Il ctu, quindi, non deve sollecitare dalle parti il deposito di documenti in loro possesso e rilevanti ai fini della risposta al quesito: se tali documenti sono stati ritualmente prodotti, essi potranno essere utilizzati attingendo direttamente ai fascicoli di parte; altrimenti il ctu dovrà rilevare la impossibilità di dare risposta esauriente al quesito postogli, e la parte renitente scontrerà gli effetti della propria omissione, ai sensi dell'art. 2697 c.c.” (disponibile sul sito ufficiale del Tribunale di Roma) .

(49) Orientamento confermato anche dalla Cassazione penale: v. Cass. pen., sez. IV, 25 settembre 2009, n. 37838 : “Sono sottratti al sindacato di legittimità, se sorretti da adeguata motivazione, gli apprezzamenti di fatto necessari alla ricostruzione di un incidente stradale nella sua dinamica e nella sua eziologia (valutazione delle condotte dei singoli utenti della strada coinvolti, accertamento delle relative responsabilità, determinazione dell'efficienza causale di ciascuna colpa concorrente)”, in *questa Rivista* 2010, 335. Inoltre Cass. pen., sez. IV, 23 novembre 2007, commento di AZZARITO, *ivi* 2008, 250.