

## IL SAPERE TECNICO NEL PROCESSO CIVILE

Mauro Bove

FONTE

Riv. Dir. Proc., 2011, 6, 1431

Sommario: 1. Il sapere tecnico al servizio della soluzione delle controversie civili. – 2. La duplice valenza della c.t.u. nel processo. – 3. C.t.u. e testimonianza. – 4. Nomina del consulente d'ufficio. – 5. Formulazione dei quesiti e primi adempimenti del sub-procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico. – 6. Svolgimento dell'attività del consulente. – 7. Poteri del giudice.

1. – Per decidere una controversia civile il giudice deve risolvere prima una questione di fatto e poi una questione di diritto. Le due questioni si intrecciano tra loro, ma senza dubbio esse sono, almeno di solito, distinguibili<sup>(1)</sup>. Se sulla questione giuridica il giudice è, se così si può dire, signore, lo stesso non può ripetersi sulla questione di fatto. E ciò non solo perché il nostro legislatore ha scelto di fondare la trattazione del processo sul principio della domanda, sul principio dispositivo e sul divieto di scienza privata, per cui sta certamente solo alle parti allegare i fatti che individuano il diritto fatto valere, sta normalmente alle parti produrre le prove o presentare le istanze istruttorie volte a dimostrare la narrazione che fonda le loro pretese giuridiche ed in ogni caso il giudice non può fissare i fatti in base ad una sua scienza privata. Ma anche perché, si diceva, non sempre il giudice è in grado di “leggere” i fatti a cui deve applicare la norma giuridica. Se ogni conoscenza non può mai ridursi a mera percezione del reale, ma è sempre (anche) una razionalizzazione del soggetto che conosce<sup>(2)</sup>, non sempre il giudice è in grado di compiere la necessaria razionalizzazione pregiudiziale del dato prima di applicare ad esso la norma giuridica, perché non è detto che il giudice possieda i criteri di valutazione, le massime di esperienza che sono necessarie per quella razionalizzazione.

Del resto, al giudice non è richiesta professionalmente la conoscenza di criteri di valutazione non giuridici, ma al più gli è richiesto, oltre alla perizia giuridica, il possesso di conoscenze comunemente acquisite dalla generalità degli uomini in una certa comunità in un certo momento storico. Non altro: tantomeno conoscenze scientifiche o tecniche che non appartengono alla scienza giuridica. Ecco allora che nell'esperienza giuridica può emergere l'esigenza di appoggiarsi a soggetti che abbiano quelle conoscenze tecniche non giuridiche di cui l'operatore del diritto ha bisogno per la soluzione di una controversia giuridica<sup>(3)</sup>.

Tuttavia, se normalmente il sapere tecnico serve ad integrare le conoscenze del giudice nell'ambito di un processo, non è detto che esso non possa servire a risolvere la lite a prescindere dall'intervento del giudice. Volendo fornire un quadro completo della problematica, il c.d. sapere tecnico può avere un ruolo, nella risoluzione delle controversie civili, in quattro contesti diversi. Innanzitutto

nell'ambito del processo di cui si è appena accennato. Quindi, sempre al fine di supportare la conoscenza del giudice nel processo, è possibile che, ai sensi dell'art. 696 c.p.c., un accertamento tecnico sia compiuto prima del processo, quando vi siano ragioni di urgenza che non consentono di attendere i tempi (più) lunghi del processo. Ma è anche possibile che il sapere tecnico di soggetti qualificati sia impiegato al fine di risolvere la lite facendo del tutto a meno del giudice. Ecco allora che si apre lo sguardo, per un verso, alla consulenza tecnica preventiva al fine della composizione della lite di cui all'art. 696-bis c.p.c. e, per altro verso, alla perizia contrattuale. Certo, il primo dei detti strumenti potrebbe non avere l'esito sperato, la conciliazione, ovvero il secondo, pur giungendo alla soluzione di una questione tecnica rilevante per la controversia giuridica nel suo complesso, potrebbe non chiudere la partita, perché una delle parti potrebbe comunque rivolgersi al giudice per vedere risolte le altre questioni che il perito contrattuale non ha risolto, perché estranee al suo mandato. Ma, se, al contrario, detti strumenti funzionano, per mezzo di essi la lite viene risolta appunto con il ricorso ad un soggetto che ha messo in campo la sua perizia tecnica, mettendo del tutto fuori gioco il giudice.

Questi contesti, però, sono troppo diversi l'uno dall'altro per poterli analizzare insieme. Ci limiteremo ora solo al primo di essi, ossia all'analisi della consulenza tecnica nell'ambito del processo.

2. – Il giudice, quando decide di avvalersi di un consulente, si fonda sulla conoscenza di un terzo “che sa”, che possiede le cognizioni necessarie alla decisione della lite. Insomma la consulenza tecnica serve ad integrare le conoscenze del giudice al fine della decisione della lite(4). A fronte di questo rilievo viene subito in evidenza la necessità di comprendere se la c.t.u. sia un mezzo di prova in senso proprio oppure solo un mezzo per sopperire all'incapacità del giudice di comprendere appieno le risultanze probatorie.

Nel processo la consulenza tecnica non è, almeno normalmente e comunque secondo l'ottica del codice di procedura civile, un mezzo di prova in sé, ma un mezzo per aiutare il giudice a formarsi il suo convincimento sui fatti che sono rappresentati da altri mezzi di prova(5). A voler essere precisi, infatti, la legge, più che disciplinare un mezzo, disciplina l'attività di un soggetto: il consulente tecnico, quale ausiliario del giudice(6). Insomma, se i fatti rilevanti (direttamente e indirettamente) per la causa sono fissati dal giudice in base ai mezzi di prova ed ai mezzi di presunzione ovvero alla mancata contestazione ai sensi dell'art. 115, comma 1°, c.p.c., la consulenza tecnica serve a “leggere” quei fatti quando per la loro concreta comprensione è necessario avere una conoscenza tecnica o scientifica che va al di là di quella comunemente posseduta dall'uomo medio in una certa epoca. La consulenza tecnica è strumento di comprensione e, quindi, di formazione del convincimento del giudice che, se così di può dire, si pone oltre la fissazione dei fatti e prima dell'operazione di sussunzione giuridica(7).

Ma, se questo è ciò che normalmente rientra nei compiti del consulente o comunque ciò a cui pensava il legislatore del 1942, è pure vero che il consulente può anche essere incaricato di percepire prima codesta realtà(8) ovvero, complicando ancora di più il quadro, egli può essere autorizzato dal giudice “a domandare chiarimenti alle parti(9), ad assumere informazioni da terzi(10) e a eseguire piante, calchi e rilievi”. La giurisprudenza è molto chiara nel cogliere le due forme che può assumere la consulenza tecnica: quella che viene chiamata “deducente” e quella che viene chiamata “percipiente”(11). È una distinzione chiara anche se espressa con termini sbagliati.

I termini sono sbagliati perché sembra che vi siano attività di conoscenza che esigono una valutazione (“deducente”) ed un’attività che non esige una valutazione (“percipiente”), senza comprendere che ogni accertamento dei fatti esige sempre una valutazione, anche se essa può essere più o meno complessa. Ma la distinzione è giuridicamente chiara, dal punto di vista del processualista, perché è evidente che nell’una si immagina un consulente che “legge” fatti che risultano da mancate contestazioni, mezzi di prova o mezzi di presunzione, mentre nell’altra si immagina un consulente che diventa egli stesso strumento di percezione e, quindi, di acquisizione della prova del fatto nel processo, eventualità che si prospetta quando un simile accertamento è possibile solo se compiuto da un soggetto che abbia determinate conoscenze specialistiche(12). Inoltre, trattando della c.t.u. c.d. “percipiente” la giurisprudenza tiene a chiarire che, se questa è un mezzo di prova, è anche vero che le parti non possono fondarsi semplicemente su di essa senza assolvere i loro oneri probatori, in particolare i loro oneri di allegazioni. Si legga a tal proposito la seguente massima: “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 posti a fondamento di tali diritti”(13). Qui, a mio parere, bisogna evitare confusioni, ricordando che quando la c.t.u. ha valenza di mezzo di prova bisogna applicare i principi che vigono appunto per l’istruzione probatoria.

Le istanze istruttorie hanno sempre due profili: uno che riguarda l’ammissibilità del mezzo e l’altro che riguarda la rilevanza dell’oggetto su cui si chiede l’assunzione del mezzo, ossia il fatto che si vuole provare. Ecco allora che ogni istanza istruttoria presuppone necessariamente un’attività di allegazione dei fatti(14). Ma, affermare questo principio non significa anche dire che allora esiste una sorta di monopolio delle parti in ordine ai fatti, perché, salvo il divieto di scienza privata ed il principio della domanda, bisogna trovare un punto di equilibrio tra i poteri delle parti ed i poteri del giudice (compresi i poteri di un suo ausiliare qual è il consulente tecnico).

Certamente è onere della parte allegare i fatti che servono all’individuazione dei diritti che si fanno valere in giudizio e dei fatti che possono fondare eccezioni in

senso stretto. Il giudice non potrebbe fondare la sua decisione su tali fatti, se questi, non allegati dalle parti, risultino comunque dagli atti. Ma altrettanto certamente il giudice può utilizzare fatti che non individuano i diritti fatti valere o che fondano eccezioni c.d. in senso lato (rilevabili anche dal giudice) se questi risultano dagli atti, quindi emergono dall'attività istruttoria, anche se le parti non li abbiano espressamente allegati (fatti c.d. avventizi). Se questi principi valgono anche in riferimento alla consulenza tecnica, certamente essa non può essere utilizzata come strumento che sostituisca gli oneri di allegazione delle parti, purché, però, si specifichi l'ambito entro il quale quegli oneri operano. E detto ambito, si ripete, riguarda solo i fatti che individuano i diritti azionati ed i fatti che fondano eccezioni in senso stretto (rilevabili solo ad istanza di parte).

Ciò, tuttavia, non significa che il c.t.u. possa indagare, ricercare fatti, magari attraverso la richiesta di informazioni a terzi di cui all'art. 194 c.p.c., che le parti non abbiano allegato o che comunque non risultino in qualche modo agli atti del processo. Anche qui bisogna evitare confusioni. Una cosa è dire che il giudice può sempre utilizzare fatti c.d. avventizi, altro è attribuire al c.t.u. un potere di indagine, di ricerca di fatti che non risultino altrimenti agli atti del processo. Questa seconda attività non è ammissibile se non nei limiti, già indicati sopra, caratterizzati dal fatto che le richieste di informazioni debbano avere due ordini di binari, uno funzionale ed uno oggettivo. Per un verso, esse devono porsi esclusivamente al servizio dell'adempimento del mandato, ossia devono servire per rispondere ai quesiti che il giudice ha posto al consulente all'atto della sua nomina. Per altro verso, dette richieste di informazioni possono riguardare solo fatti accessori e non fatti costitutivi, impeditivi, modificativi od estintivi del diritto oggetto del processo(15).

Insomma, ed in definitiva, non è pensabile che si possa ammettere la c.t.u. per accertare fatti non ancora allegati dalle parti(16). Se essa può valere come un mezzo di prova, allora è evidente che, come ogni mezzo di prova (costituenda) di cui si chiede l'assunzione, la parte richiedente deve anche individuare il fatto sul quale si chiede l'ammissione della prova. Poi, nell'espletamento del sub-procedimento istruttoria può accadere che emergano fatti avventizi (non individuatori del diritto azionato né fondanti eccezioni in senso stretto), ed allora il giudice non potrà non utilizzarli. Ma detti fatti non possono emergere per mezzo della richiesta di informazioni a terzi da parte del consulente, a meno che detta richiesta di informazioni sia resa necessaria al fine di rispondere ai quesiti posti al consulente dal giudice e sempre che si tratti di fatti accessori.

3. – Se l'affidarsi al consulente significa acquisire al processo le conoscenze di un terzo che servono per la risoluzione della lite, potrebbe aversi l'impressione che qui ci si trovi di fronte ad una sorta di testimonianza. Tuttavia consulente e testimone non si possono confondere l'uno con l'altro almeno per due ragioni(17).

La prima: la conoscenza del testimone non è sostituibile con la conoscenza che di quel fatto ha il giudice personalmente, perché essa si riferisce ad un accadimento

che rientra in una conoscenza, non generale degli omnes, ma singolare di una persona o più persone specificamente individuate. Invece il consulente fornisce un criterio di valutazione per “leggere” l'accadimento rilevante per il giudizio, criterio che appartiene ad una conoscenza, non singolare, ma comune quantomeno ad una cerchia di soggetti indistinti: coloro che possiedono quel certo bagaglio tecnico-scientifico.

La seconda: il testimone narra degli accadimenti passati senza una valutazione opinabile, insomma rappresenta una realtà razionalizzabile secondo un pensiero “oggettivo”(18), mentre il consulente (in chiave “deducente”) valuta accadimenti che si sono accertati nel processo come accaduti in base ad altri mezzi di prova, presunzioni o ammissioni o, al più, è chiamato egli stesso (in chiave “percipiente”) ad accertare dei fatti attuali (e non passati) per la cui stessa acquisizione è necessario avere delle specifiche cognizioni tecniche.

Insomma, la differenza sta essenzialmente in ciò che il sapere (singolare ed infungibile) del testimone non può essere sostituito dal sapere del giudice, mentre il sapere del consulente (non singolare e fungibile) lo è(19). Se il giudice si sostituisse al testimone violerebbe il divieto di scienza privata, posto a presidio della terzietà del giudicante. Mentre il giudice può sostituirsi al consulente.

In altre parole, il giudice non è obbligato a servirsi del consulente tecnico, perché ben egli potrebbe avere nel suo patrimonio di conoscenze le necessarie cognizioni. Certo, qui siamo di fronte, non ad un sapere comune dell'uomo medio in un certo momento storico, bensì a conoscenze specialistiche. Ma non si può escludere che il giudice, pur non essendo professionalmente tenuto ad avere quelle conoscenze, tuttavia nel caso concreto le abbia. In una simile eventuale, pur non comune, il giudice non ha bisogno di affidarsi ad un consulente(20). Invece, se per avventura il giudice dovesse conoscere per sua scienza privata un accadimento rilevante (direttamente o indirettamente) nel processo, non potrebbe utilizzare la sua scienza privata. La differenza, si ripete, sta nella fungibilità della conoscenza. La conoscenza singolare nel senso sopra detto di un singolo accadimento (non notorio) non è fungibile, mentre lo è la conoscenza di una massima di esperienza. Ecco allora che il giudice può utilizzare la sua scienza privata di questa, ma non anche di quello.

È evidente, allora, come consulenza tecnica e testimonianza, pur essendo due strumenti per acquisire al processo conoscenze di terzi, siano strumenti del tutto diversi e non confondibili.

4. – Se la consulenza tecnica serve al giudice per integrare delle conoscenze che a lui mancano al fine della soluzione della quaestio facti, sta normalmente allo stesso giudice valutare nella sua piena discrezionalità l'opportunità o la necessità di ricorrervi. Tuttavia, non è escluso che la consulenza sia disposta su istanza di parte, istanza che non pare poter soffrire preclusioni, vista la sussistenza del potere

dell'ufficio(21). A questo proposito si deve contemperare il pur esistente spazio di valutazione del giudice con il diritto alla prova della parte, esigenza che viene giustamente attuata dalla giurisprudenza in due modi. Per un verso, affermando che, se è vero che rientra nei poteri discrezionali del giudice disporre o meno una c.t.u., è anche vero che l'istanza di parte, quando trattasi di una consulenza con funzione di accertamento, non può essere disattesa dal giudice senza una puntuale motivazione(22). Per altro verso, precisando che il giudice non potrebbe dar torto alla parte istante imputandogli di non aver assolto al suo onere probatorio dopo aver rifiutato di assumere proprio la consulenza tecnica per mezzo della quale quell'onere probatorio si sarebbe potuto assolvere(23).

La scelta del giudice avviene in ogni caso ai sensi dell'art. 61 c.p.c., le cui previsioni vanno integrate con le disposizioni contenute negli artt. 13 ss. disp. att. c.p.c., le quali prevedono l'istituzione, presso ogni tribunale, degli albi dei consulenti, nonché le norme che presiedono alla loro tenuta ed anche alla distribuzione degli incarichi (cfr. a quest'ultimo proposito l'art 23, così come novellato dalla legge n. 69/2009, che mira ad un'equa distribuzione degli incarichi(24). Il consulente assolve, dietro compenso(25), al compito che gli dà il giudice (artt. 62 e 191 c.p.c.) e, in quanto suo ausiliario, deve rispondere alle stesse garanzie di terzietà che valgono per il giudice(26), per cui anche per il consulente vale l'istituto della ricsuzione (artt. 63 e 192, che richiamano l'art. 51 in materia di ricsuzione del giudice)(27). Peraltro egli deve anche prestare giuramento "di bene e fedelmente adempiere le funzioni affidategli al solo scopo di fare conoscere ai giudici la verità" (art. 193 c.p.c.) e risponde penalmente, come ricorda l'art. 64 c.p.c.

5. – L'attività del consulente è delimitata dal giudice con la formulazione dei c.d. "quesiti"(28). Precisamente la nomina del consulente avviene con ordinanza del giudice istruttore ai sensi dell'art. 183, 7° comma, c.p.c., o con altra successiva ordinanza, il quale, nella medesima ordinanza, formula i quesiti e fissa l'udienza nella quale il consulente deve comparire (art. 191, come modificato con l. n. 69/2009, che si applica ai giudizi instaurati dopo il 4 luglio 2009(29). Peraltro, aggiunge la stessa norma, possono anche essere nominati più consulenti in caso di grave necessità(30) o quando la legge espressamente lo dispone.

La detta ordinanza viene notificata al consulente nominato a cura del cancelliere, con invito a comparire all'udienza fissata dal giudice (art. 192, 1° comma, c.p.c.). La persona nominata ha l'obbligo di assumere l'incarico(31), quindi, per cominciare, di comparire all'udienza fissata dal giudice, a meno che egli non risulti iscritto all'albo(32) ovvero, pur essendo legittimato a svolgere l'incarico, abbia un motivo di astensione. Tuttavia la legge non tipizza i motivi di astensione, né impone al perito nominato l'obbligo di astenersi. Colui che ritiene di avere un giusto motivo per astenersi deve farne denuncia o istanza al giudice tre giorni prima dell'udienza di comparizione o al più in detta udienza (art. 192, 2° comma, c.p.c.) e poi starà al giudice valutare(33).

Il consulente dovrà, quindi, svolgere la sua attività nei limiti dei quesiti del giudice e ciò dovrebbe egli compiere personalmente senza avvalersi di altri ausiliari, a meno che il giudice non lo autorizzi a ciò. Ma su quest'ultimo aspetto ci sono aperture della giurisprudenza nel senso di ammettere che il consulente tecnico d'ufficio possa avvalersi dell'opera di esperti specialisti senza che sia necessaria una preventiva autorizzazione del giudice né una nomina formale, purché, si precisa, "egli assuma la responsabilità morale e scientifica dell'accertamento e delle conclusioni raggiunte dal collaboratore e fatta salva una valutazione in ordine alla necessità del ricorso a tale esperto 'esterno' svolta successivamente dal giudice"(34).

Nella disciplina procedimentale è intervenuta la l. n. 69/2009 per anticipare i tempi. Così i quesiti sono doverosamente già indicati nell'ordinanza con la quale il giudice nomina il consulente (art. 191 c.p.c.)(35). Tuttavia si fissa un'ulteriore udienza nella quale il consulente deve comparire per prestare giuramento ed in questa ulteriore udienza si ha la pronuncia di un'altra ordinanza, almeno per le ipotesi (normali) in cui il c.t.u. sia chiamato a svolgere autonomamente le proprie indagini, nella quale, visto l'art. 195, 3° comma, c.p.c., il giudice: 1) fissa un primo termine entro il quale il consulente d'ufficio deve trasmettere alle parti costituite (quindi non anche alle parti contumaci) la sua relazione; 2) fissa un secondo termine entro il quale le parti possono trasmettere al consulente le proprie osservazioni sulla sua relazione; 3) fissa un terzo termine, anteriore alla successiva udienza, entro il quale il consulente deve depositare in cancelleria la relazione, le osservazioni delle parti ed una sintetica valutazione sulle stesse(36).

Insomma il contraddittorio tra le parti (rectius: i loro consulenti) ed il consulente tecnico del giudice, a seguito della l. n. 69/2009, avviene prima che si giunga all'udienza nella quale tutto il lavoro è portato di fronte al giudice, potendosi così guadagnare tempo.

Il vantaggio che dovrebbe derivare dalla nuova normativa è evidente se solo si pensa a quanto accadeva in precedenza. All'udienza di fronte a giudice, successiva all'espletamento della consulenza, frequentemente si aprivano discussioni sul contenuto di questa o addirittura accadeva che le parti chiedessero un rinvio per esame, senza considerare il fatto che il giudice, a seguito dei rilievi di parte, poteva essere indotto a sollecitare chiarimenti ed integrazioni al consulente. Insomma, tutta la vicenda poteva dispiegarsi in più udienze(37). Oggi, invece, il legislatore impone(38) di arrivare preparati all'udienza successiva all'espletamento della consulenza, perché la dialettica tra le parti ed il consulente viene anticipata a monte di detta udienza. Peraltro, se l'utilità di questa anticipazione è evidente e se è vero che la legge n. 69/2009 si applica solo ai processi instaurati dopo il 4 luglio 2009, è anche vero che il meccanismo appena descritto può essere applicato anche ai processi instaurati prima di quella data, posto che l'operatività di esso era, già prima della citata legge, immaginabile anche in virtù del semplice esercizio del potere di direzione del processo di cui all'art. 175 c.p.c.(39).

6. – Le attività di consulenza possono compiersi davanti al giudice. Insomma, è possibile che il consulente sia chiamato ad assistere il giudice e le parti esprimendo i suoi pareri alle udienze (art. 194 c.p.c.) ovvero in camera di consiglio (art. 197 c.p.c.). In tal caso si formerà di esse processo verbale e le dette attività non possono che rientrare nell'ambito di un compito puramente ausiliario del consulente(40).

Ma, è più frequente l'ipotesi in cui il consulente operi da solo per eseguire le indagini che gli sono richieste ovvero dare la "lettura" che dei fatti è richiesta od anche accertare fatti tecnicamente pregnanti. In tal caso, certamente più frequente, l'attività del consulente finirà per essere spiegata nella relazione scritta di cui al già citato art. 195, 3° comma, c.p.c.(41).

Peraltro, il legislatore è talmente consapevole della complessità dei compiti che possono essere demandati al consulente tecnico da indicare anche i comportamenti da tenere ove dovesse sorgere qualche dubbio. Così l'art. 92 disp. att. c.p.c. dispone che, 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 informarne il giudice. Ed, inoltre, è anche possibile che il giudice sia informato con ricorso dalla parte, ricorso che comunque non ha l'effetto di sospendere le indagini del consulente. In ogni caso il giudice interverrà a risolvere ogni dubbio dando i provvedimenti opportuni, dopo aver ascoltato le parti sul problema sorto.

Nello svolgimento della consulenza è fondamentale l'attuazione del principio del contraddittorio(42), canone irrinunciabile dell'intero processo. Detto principio significa diritto di ogni interessato alla misura finale di essere ascoltato, sul piano di parità con gli altri interessati ed anche col giudice, al fine di poter partecipare, paritariamente con tutti i protagonisti della scena, alla formazione del convincimento del giudice. Insomma, il gioco deve essere trasparente e ad armi pari(43). Da qui la disposizione per cui le parti possono partecipare alle operazioni svolte dal perito e presentare osservazioni e istanze (art. 194, 2° comma, c.p.c.): ciò sia personalmente sia a mezzo dei loro avvocati o di loro consulenti.

E qui emerge l'adattamento del procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico al modo in cui con efficacia deve declinarsi in esso l'attuazione del principio del contraddittorio.

Insomma, se nel processo civile l'effettività del diritto di agire e di difendersi impone di garantire il diritto alla difesa tecnica di tipo giuridico, ossia il diritto a farsi rappresentare da un avvocato, che istituzionalmente ha le dovute conoscenze per gestire una macchina giuridicamente complessa qual è appunto il processo, in quel particolare sub-procedimento, quale è l'istruzione probatoria mediante consulente tecnico, l'effettività del diritto di agire e di difendersi passa dalla necessità che ogni interessato si faccia assistere da un tecnico che abbia quelle determinate conoscenze tecniche che il caso esige. Da qui il diritto di ogni parte a farsi assistere



in questo particolare frangente da un consulente tecnico di parte (art. 87 c.p.c.). L'art. 201 c.p.c. dispone che il giudice, quando decide di avvalersi di un consulente tecnico, quale suo ausiliare, debba, nella stessa ordinanza di nomina del c.t.u., assegnare alla parti un termine entro il quale queste possono nominare, con dichiarazione ricevuta dal cancelliere (od anche inserita nel verbale dell'udienza di comparizione del consulente d'ufficio(44)), loro consulenti tecnici, indicando peraltro il domicilio o il recapito di detti consulenti (art. 91, 1° comma, disp. att. c.p.c.).

Costoro garantiscono la parità delle parti perché hanno le dovute conoscenze per comprendere ciò che accade nel processo e quindi fornire il loro punto di vista, che può divergere dal punto di vista del consulente nominato dal giudice(45). Per ciò essi, non solo possono partecipare alle operazioni (come dice il 2° comma dell'art. 194 c.p.c.), ma hanno anche diritto di partecipare all'udienza ed alla camera di consiglio (quindi di fronte al giudice) per chiarire e svolgere, con l'autorizzazione del presidente, le loro osservazioni sui risultati delle indagini tecniche (art. 201, 2° comma, c.p.c.). Se poi, come spesso accade, le operazioni non avvengono con la presenza del giudice ed il consulente nominato dal giudice è chiamato a stendere una relazione scritta su di esse, allora i consulenti di parte potranno interloquire nella stessa forma (art. 195 c.p.c.).

A tal proposito, la legge disciplina in modo assai puntiglioso le modalità di attuazione del contraddittorio nell'ambito di codesto sub-procedimento tra il consulente d'ufficio ed i consulenti di parte negli articoli 90 e 91 disp. att. c.p.c., la cui violazione comporta una nullità se nel caso concreto essa si rivela "causale" ossia tale da aver alterato il principio del contraddittorio. E quando in questo tessuto normativo emerge qualche lacuna la giurisprudenza interviene a colmarla, come ad esempio accade in riferimento all'ovvia necessità di tenere sempre informate le parti su quanto accade. Così, se, in riferimento alla consulenza che si svolge senza la presenza del giudice (art. 194, 2° comma, c.p.c.), l'art. 90 disp. att. c.p.c. prevede l'obbligo del consulente di "dare comunicazione alle parti del giorno, ora e luogo di inizio delle operazioni(46), con dichiarazione inserita nel processo verbale di udienza o con biglietto a mezzo del cancelliere", la giurisprudenza specifica che detto obbligo di comunicazione non riguarda le indagini successive, incombando alle parti l'obbligo di informarsi sul prosieguo(47). Tuttavia, ove il consulente rinvii le operazioni ad una certa data, dandone comunicazione alle parti, e poi proceda a successiva operazione in data anticipata rispetto a quella prefissata e ometta di darne avviso alle parti, si potrebbe configurare una nullità della consulenza, se nel caso ciò abbia comportato un pregiudizio al diritto di difesa(48).

7. – Finita l'attività del consulente, le "carte" arrivano sul tavolo del giudice. Questi non è vincolato alle risultanze della consulenza, perché il compito del consulente è quello di consigliare una certa "lettura" della realtà fattuale rilevante per la decisione della causa e non di fissare detta realtà, compito che spetta comunque al giudice. Insomma, fermo restando che sta sempre al giudice la soluzione della

quaestio iuris, rilievo che in altri termini significa che sta sempre al giudice il compito di razionalizzare la realtà fattuale alla luce del concetto giuridico applicabile nel caso concreto (operazione di sussunzione giuridica)(49), c'è da dire che pur sempre al giudice spetta integralmente anche la soluzione della quaestio facti, ossia la fissazione dei fatti rilevanti, comprendente anche la loro razionalizzazione in base a concetti (massime di esperienza) pregiuridici. In questa seconda operazione, che viene prima dell'attività di sussunzione giuridica, può intervenire, ad integrazione della conoscenza fattuale del giudice, l'opera del consulente tecnico, ma quest'opera deve pur sempre essere fatta propria dal giudice.

Tuttavia, questo principio, fondato sull'idea che il giudice sia il perito dei periti(50), è più astratto che reale, perché nella realtà il giudice non ha, almeno di solito, le conoscenze per poter avere una sua, diciamo propria, opinione. Certo, egli può fare confronti anche con i rilievi critici dei consulenti di parte. Ma il giudice non può spingersi oltre il rilievo di eventuali vizi logici nel ragionamento del consulente da lui nominato, proprio perché gli difettano le conoscenze richieste(51).

Il punto di equilibrio tra la naturale tendenza del giudice ad appoggiarsi al consiglio del consulente da lui nominato(52) e la necessità giuridica che l'accertamento dei fatti rilevanti per la decisione della lite risulti essere, però, un'attività imputabile al giudice si trova in concreto tarando il contenuto dell'obbligo di motivazione che incombe al giudicante. Qui emerge un'opera, direi razionale, della giurisprudenza.

La Corte di cassazione, a tal proposito, calibra diversamente l'obbligo della motivazione a seconda che il giudice faccia propria o meno l'opinione del consulente tecnico, alleggerendolo nel primo caso, a meno che non si debba rendere conto anche delle diverse opinioni dei consulenti di parte(53), ed aggravandolo nel secondo(54).

Semplificando: il giudice, se accoglie le conclusioni del c.t.u., deve svolgere una più adeguata motivazione solo se deve confutare le osservazioni dei consulenti di parte(55), eventualità che si verifica ove non sia stato lo stesso c.t.u. a farsi carico di una simile confutazione; se invece il c.t.u. ha considerato nel suo ragionamento quelle osservazioni, allora l'obbligo di motivazione del giudice si semplifica, potendo egli limitarsi ad aderire ai rilievi del suo ausiliario, sia in riferimento alle ragioni che sostengono la sua tesi sia in riferimento alle ragioni che lo hanno portato a respingere le tesi dei c.t.p.(56).

Più ambigua, ma solo in apparenza, è la giurisprudenza in merito al contenuto dell'obbligo di motivazione quando nel processo siano espletate più consulenze, magari, ma non necessariamente, una in primo grado e l'altra in secondo grado, che diano risultati divergenti. Per un verso, si trovano pronunce che sembrano dare un contenuto meno rigoroso al detto obbligo, quando la C.S. afferma che l'obbligo di motivazione per il giudice d'appello è assolto, in modo ineccepibile dal punto di vista dell'art. 360 n. 5) c.p.c., quando questi abbia aderito al parere del perito da lui

nominato “ove il secondo parere tecnico fornisca gli elementi che consentano, su un piano positivo, di delineare il percorso logico seguito e, sul piano negativo, di escludere la rilevanza di elementi di segno contrario, siano essi esposti nella prima relazione o aliunde deducibili”(57). Per altro verso, si trovano pronunce che sembrano esigere un maggior rigore, quando si legge: “Qualora nel corso del giudizio di merito vengano espletate più consulenze tecniche in tempi diversi con risultati difformi, il giudice può seguire il parere che ritiene più congruo o discostarsene, dando adeguata e specifica giustificazione del suo convincimento; in particolare, quando intenda uniformarsi alla seconda consulenza, non può limitarsi ad una adesione acritica ma deve giustificare la propria preferenza indicando le ragioni per cui ritiene di disattendere le conclusioni del primo consulente, salvo che queste risultino criticamente esaminate dalla nuova relazione”(58). Ma in realtà pronunce di questo tipo hanno al fondo la stessa logica che sta, nell’ipotesi in cui il giudice voglia fondarsi sulla seconda perizia e non sulla prima, nell’alleggerire il suo obbligo di motivazione quando della confutazione della prima perizia si sia già fatto carico il secondo perito e nel renderlo invece più ampio nel caso in cui ciò non sia avvenuto.

Insomma, non si può pensare che l’obbligo motivazionale abbia un contenuto più o meno rigoroso semplicemente a seconda che il giudice, in presenza di più e divergenti c.t.u., aderisca alla prima consulenza o alla seconda consulenza, perché in ogni caso il giudice, trovandosi a dissentire almeno da uno dei due pareri espressi, deve spiegarne puntualmente le ragioni. Il punto semmai è un altro e cioè che al più la perizia giunta successivamente può farsi carico delle argomentazioni spese nella perizia compiuta per prima, mentre non è certo concepibile il contrario. Ed, allora, il giudice, se decide di aderire alla perizia giunta per prima, non può esimersi dall’obbligo di spiegare perché egli ritiene inattendibile la perizia giunta successivamente. Mentre il giudice che ritenga di aderire alla perizia giunta per seconda, pur avendo in astratto lo stesso tipo di obbligo motivazionale in riferimento alla necessità di confutare la perizia giunta per prima, potrebbe vedere un tale obbligo nel caso concreto alleggerito ove il secondo consulente si sia già fatto carico di quella confutazione(59).

A parte i rilievi svolti in riferimento al contenuto dell’obbligo di motivare, a fronte di una vicenda tanto complessa è evidente come una garanzia fondamentale stia nel fatto che il sub-procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico sia svolto secondo le regole, ossia siano rispettate le regole sulla nomina del consulente e sull’attuazione del principio del contraddittorio. Di conseguenza è inutilizzabile la consulenza che sia il frutto di un procedimento irritualmente svolto, se l’irritualità è tale da pregiudicare l’attuazione del principio del contraddittorio(60), sempre che il vizio sia rilevato dalla parte interessata al più tardi nell’udienza fissata per discutere dei risultati delle operazioni peritali(61) e salvo sempre la possibilità del giudice di disporre la rinnovazione delle operazioni ed eventualmente la sostituzione del consulente (art. 196 c.p.c.)(62).

Peraltro, il potere discrezionale del giudice in ordine alla possibilità di rinnovare le operazioni, in tutto o in parte, di sentire il consulente per chiarimenti, e ciò per la presenza ad opinioni del giudice di profili di irritualità o per la sua necessità di approfondire aspetti che ritiene utili al fine della formazione del suo convincimento, è molto ampio, ancorché il suo esercizio debba comunque essere motivato(63). Ovviamente se una rinnovazione è disposta perché il giudice sente il bisogno di integrare le conoscenze che gli servono per la decisione, è anche possibile che le attività peritali svolte prima della rinnovazione siano utilizzabili. Se invece questa disposizione nasce dal rilievo di un profilo d'irritualità, allora ciò che è stato fatto irritualmente non è utilizzabile

Infine, è bene rilevare come, se la conoscenza tecnica necessaria alla "lettura" di particolari realtà fattuali è acquisibile al processo in base alle regole viste, tra le quali spicca la necessità di osservare il principio del contraddittorio, non sia pensabile che essa sia acquisita in altro modo. Da qui emerge l'inutilizzabilità di eventuali consulenze tecniche svolte privatamente e stragiudizialmente(64), restando sempre la possibilità di sentire il perito privato come testimone nel processo ed eventualmente, se c'è il rischio che muti lo stato delle cose o dei luoghi, di svolgere un accertamento tecnico preventivo, ossia prima del processo, nel rispetto dell'art. 696 c.p.c.

(1) Per una sintesi del dibattito, molto vivace soprattutto nella dottrina tedesca fino agli anni '60 del secolo scorso, vedi, se vuoi, M. Bove, *Il sindacato della corte di cassazione. Contenuto e limiti*, Milano 1993, 25 ss.

(2) Cfr., per tutti, Henke, *Die Tatfrage*, Berlino 1966, 142 ss.

(3) N. Giudiceandrea, voce *Consulente tecnico*, in *Enc. dir.*, vol. IX, Milano 1961, 531; B. Cavallone, *Le iniziative probatorie del giudice: limiti e fondamento. Ispezione giudiziale e consulenza tecnica*, ora in *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova 1991, 238 ss.; F. Danovi, *Note sulla consulenza psicologica nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 2000, 808 ss., spec. 809.

(4) Classicamente G. Franchi, *La perizia civile*, Padova 1959, 19.

(5) Vedi già le classiche pagine di F. Carnelutti, *La prova civile* (1915) ora rist. Milano 1992, 74 ss., il quale, però, non dimenticava le ipotesi in cui il consulente può avere una funzione "percipiente" (op. cit., 70 ss.), sulla quale vedi infra.

(6) M. Vellani, *Consulenza tecnica nel diritto processuale civile*, voce in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., vol. III, Torino 1988, 525; G. Verde, *Profili del processo civile. Processo di cognizione*, Napoli 2006, 140; C. Mandrioli, *Diritto processuale civile*, vol. II. *Il processo ordinario di cognizione*, Torino 2009, 200; F. P. Luiso, *Diritto processuale civile*, vol. II, Milano 2009, 93.

(7) Sulla valenza “interpretativa” della consulenza vedi G. Franchi, op. cit., 57.

(8) A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli 2006, 433; C. Mandrioli, op. cit., 201; G. Balena, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. II, Bari 2010, 103-104; F. P. Luiso, op. cit., 94-95; M. Vellani, op. cit., 525-526; F. Auletta, *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, Padova 2002, 73 ss.; F. Danovi, op. cit., 812; F. Magi, *Omissione di consulenza tecnica ed insufficienza della motivazione*, in *Riv. dir. proc.* 1988, 275 ss.; L. Lombardo, *Prova scientifica e osservanza del contraddittorio nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 2002, 1083 ss., spec. 1098; L. P. Comoglio, *L'utilizzazione processuale del sapere extragiuridico nella prospettiva comparatistica*, in *Riv. dir. proc.* 2005, 1145 ss.; M. Fabiani, *Preclusioni istruttorie e onere della prova nelle consulenze tecniche in tema di revocatoria fallimentare*, in *Giur.it.* 2003, 265 ss. In tempo meno recente cfr. G. Franchi, op. cit., 61.

(9) Per mezzo della quale, però, non si possono far entrare nel processo dei documenti che le parti avrebbero dovuto allegare nei termini di preclusione.

(10) Su questo potere di assumere informazioni la giurisprudenza è cauta, spingendosi a dire che il consulente tecnico può, anche senza l'autorizzazione del giudice, spingersi a chiedere informazioni su fatti accessori che servono ad un migliore espletamento del suo compito di “lettura”, ma non può chiedere informazioni su fatti costitutivi o impeditivi, modificativi od estintivi del diritto oggetto della causa, fatti questi che devono essere, oltre che allegati, provati dalle parti con mezzi di prova o di presunzione. Vedi Cass. 22 novembre 2007, n. 24323, in *Giust. civ. Rep.* 2007, voce *Consulenza tecnica in materia civile*, 9; Cass. 14 febbraio 2006, n. 3191, in *Giust. civ. Rep.* 2006, voce *Consulenza tecnica in materia civile*, 3. Resta, però, sempre inteso che il c.t.u. deve indagare nell'ambito del compito che gli è stato demandato. Se sconfinava da questi limiti, le acquisizioni del c.t.u. non sono utilizzabili: così Cass. 19 gennaio 2006, n. 1020, in *Giust. civ. Rep.* 2006, 24.

(11) Cass. 13 marzo 2009, n. 6155, in *Giust. civ. Rep.* 2009, voce *Consulenza tecnica in materia civile*, 19; similmente Cass. 13 marzo 2008, n. 6754, *ivi* 2008, voce *cit.*, 1; Cass. 30 maggio 2007, n. 12695, *ivi* 2007, voce *cit.*, 1; Cass. 28 febbraio 2007, n. 4743, in *Guida dir.* 2007, f. 25, 46.

(12) Altrimenti essa non è ammissibile, perché comunque si deve partire dall'idea che in linea di principio la c.t.u. non sarebbe un mezzo di prova, ma solo un mezzo d'integrazione per la valutazione del giudice. Insomma codesta c.t.u. “percipiente” è concepibile unicamente quando l'accertamento non si potrebbe effettuare senza specifiche cognizioni tecnico-scientifiche (Cass. 14 febbraio 2006, n. 3191, voce *Consulenza tecnica in materia civile*, 3).

(13) Cass. 26 novembre 2007, n. 24620, in *Giust. civ. Rep.* 2007, voce *Consulenza tecnica in materia civile*, 2.

(14) Così in riferimento alla c.t.u. specificano giustamente Cass. 22 giugno 2005, n. 13401, in Giust. civ. Rep. 2005, voce Consulenza tecnica in materia civile, 5; Cass. 30 novembre 2005, n. 26083, ivi 2005, voce cit., 6.

(15) Così chiaramente Cass. 19 maggio 2006, n. 1020, in Giust. civ. Rep. 2006, voce cit., 24.

(16) Vedi ancora Cass. 7 dicembre 2005, n. 27002, in Giust. civ. Rep. 2006, voce Consulenza tecnica in materia civile, 45; Cass. 23 febbraio 2006, n. 3990, ivi 2006, voce cit., 46.

(17) Altro è che in altri sistemi la conoscenza tecnico-scientifica sia acquisita proprio attraverso l'assunzione della testimonianza del perito. Su un raffronto col sistema angloamericano vedi, per tutti, B. Cavallone, op. cit., 246 ss.; V. Denti, Scientificità della prova e libera valutazione del giudice, in Riv. dir. proc. 1972, 414 ss., spec. 424 ss.; C. Besso, La prova prima del processo, Torino 2004, 144 ss. Peraltro, la differenza tra i vari sistemi non è detto che sia strutturalmente così radicale come potrebbe sembrare ad una prima impressione. Così, per fare un solo esempio, non mi sembra che il principio del contraddittorio abbia un ruolo minore nell'acquisizione della consulenza tecnica rispetto all'assunzione della testimonianza dell'esperto di tradizione angloamericana.

(18) Se è vero che non esiste percezione e quindi rappresentazione di ciò che è percepito senza giudizio, possiamo dire che il testimone esprime un giudizio di realtà, per usare la terminologia di Engisch, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, Heidelberg 1963, 41 ss.

(19) Con ciò non voglio dire che per mezzo della consulenza si porti nel processo solo la conoscenza delle massime di esperienza necessarie, che poi il giudice è chiamato ad applicare, perché di solito il consulente non si limita a formulare la massima di esperienza, ma la applica anche ai fatti rilevanti. Insomma, il consulente non testimonia semplicemente sul sapere tecnico, ma utilizza quel sapere in funzione, come si suole dire, deducendo.

(20) Ma una parte della dottrina (per la quale vedi, fra gli altri, L. Lombardo, op. cit., 1094, 1113 ss.; F. P. Luiso, op. cit., 93) è di opinione contraria, sostenendosi, invece, che il giudice debba comunque nominare il consulente, anche se egli possiede le cognizioni specialistiche necessarie per la decisione della causa, perché, si dice, occorre anche rispetto a queste cognizioni ricreare il contraddittorio tra le parti ed il giudice. Ma francamente a me non sembra ragionevole una simile posizione perché, per un verso, il contraddittorio con e fra le parti può essere instaurato ai fini della valutazione della prova anche senza la nomina del c.t.u. e, per altro verso, posto che ogni "lettura" della realtà fattuale richiede il possesso di cognizioni pre-giuridiche (come ho già detto prima, non si danno accertamenti di fatto che si risolvano in una

mera percezione senza una razionalizzazione del dato percepito), potrebbe essere difficile distinguere quelle rientranti comunque nel patrimonio di conoscenze dell'uomo medio da quelle che in esso non rientrano, per imporre al giudice la nomina di un consulente nel secondo caso e non anche nel primo. La verità è che il sapere non singolare, ma generale (degli omnes ovvero di determinate cerchie di persone), è sempre utilizzabile dal giudice d'ufficio, se lo ha, dovendo egli ricorrere ad un ausiliario solo se ha bisogno di integrare un suo sapere insufficiente. In tal senso vedi Cass. 26 giugno 2007, n. 14759, in Giust. civ. Rep. 2007, voce Consulenza tecnica in materia civile, 21, in cui si legge: "Il giudice di merito, per la soluzione di questioni di natura tecnica o scientifica, non ha alcun obbligo di nominare un consulente d'ufficio, ma può ben fare ricorso alle conoscenze specialistiche che abbia acquisito direttamente attraverso studi o ricerche personali". Similmente Cass. 21 agosto 2003, n. 12304, in Giust. civ. Rep. 2005, voce Consulenza tecnica in materia civile, 53, in cui ancora si specifica come il giudice possa svolgere il giudizio in cui sono necessarie specifiche cognizioni tecniche se egli possiede quelle cognizioni. Analogamente in dottrina N. Giudiceandrea, op. cit., 533; M. Vellani, op. cit., 527.

(21) Se sta sempre al giudice il potere di disporre d'ufficio la c.t.u., evidentemente l'istanza di parte ha solo un valore di sollecitazione e quindi non è mai tardiva (Cass. 15 aprile 2002, n. 5422, in Giust. civ. Rep. 2002, voce Consulenza tecnica in materia civile, 24).

(22) Così Cass. 4 giugno 2007, n. 12930, in Giust. civ. Rep. 2007, voce Consulenza tecnica in materia civile, 20). Insomma, è vero che rientra nel potere discrezionale del giudice accogliere o meno l'istanza di parte, ma è anche vero che il giudice deve motivare l'eventuale rigetto (Cass. 18 settembre 2007, n. 19365, in Giust. civ. Rep. 2007, voce Consulenza tecnica in materia civile, 24; Cass. 11 maggio 2007, n. 10849, ivi 2007, voce cit., 26).

(23) Cass. 21 aprile 2005, n. 8297, in Dir. e giust. 2005, n. 27, 51; Cass. 8 gennaio 2004, n. 88, in Giust. civ. Rep. 2006, voce Consulenza tecnica in materia civile, 1; Cass. 8 gennaio 2004, n. 88, ivi 2004, voce cit., 24). Insomma, se è vero che l'ammissione della consulenza tecnica d'ufficio rientra nei poteri discrezionali del giudice, è anche vero che è censurabile in sede di legittimità la decisione del giudice di non ammettere detto strumento rivolto all'accertamento dei fatti rilevanti quando non siano stati acquisiti mezzi sufficienti, a meno che il giudice ne abbia fornito adeguata motivazione. Vedi in tal senso, in un caso in cui, essendosi nell'ambito di un giudizio per la dichiarazione giudiziale di paternità naturale, la c.t.u. aveva, non la mera funzione di integrare le conoscenze del giudice (perizia c.d. "deducente"), ma la funzione di accertare i fatti (perizia c.d. "percipiente"), Cass. 16 aprile 2008, n. 10007, in Dir. e giust. 2008. Vedi anche Cass. 28 febbraio 2007, n. 4743, in Guida dir. 2007, n. 25, 46, in cui si cassa una sentenza per non avere il giudice accolto l'istanza di ammissione di una c.t.u. attraverso la quale si sarebbero potuti provare i fatti allegati dalla parte e rilevanti per la decisione.

(24) E, quindi, anche a garantire una certa trasparenza nella scelta: in tal senso G.F. Ricci, *La riforma del processo civile*. Legge 18 giugno 2009, n. 69, Torino 2009, 45.

(25) I compensi degli ausiliari del giudice sono disciplinati dal d.p.r. n. 115 del 2002. Le spettanze devono essere richieste dall'interessato a pena di decadenza entro cento giorni dal compimento delle operazioni con domanda presentata al giudice della causa pendente, che provvede con decreto motivato comunicato al beneficiario ed alle parti. Esso costituisce titolo provvisoriamente esecutivo (peraltro il compenso è posto solidalmente a carico di tutte le parti, a prescindere poi dal riparto delle spese tra le parti, che è regolato dal principio della soccombenza: cfr. Cass. 30 dicembre 2009, n. 28094, in *Giust. civ. Rep.* 2009, voce *Consulenza tecnica in materia civile*, 16; Cass. 15 settembre 2008, n. 23586, *ivi* 2008, voce *cit.*, 13). Avverso detto decreto il consulente e le parti possono, entro venti giorni dalla comunicazione, proporre opposizione al presidente dell'ufficio a cui appartiene il magistrato che lo ha emesso. Il giudizio di opposizione si svolge secondo il rito speciale previsto per la liquidazione degli onorari di avvocato (articoli 28-30 della legge n. 794 del 1942). Nelle more può essere sospesa, con ordinanza non impugnabile, l'efficacia esecutiva del decreto opposto. Ciò su istanza di parte ed in presenza di gravi motivi.

(26) Cass. 22 luglio 2004, n. 13667, in *Giust. civ.* 2005, I, 2097.

(27) Sulla ricusazione valgono in buona sostanza i principi vigenti anche per la figura del giudice. In particolare la giurisprudenza precisa che essa va fatta valere dalla parte interessata nella formale istanza prevista dall'art. 192 c.p.c., a seguito della quale, se rigettata, è possibile poi coltivare la questione anche fino al giudizio di cassazione, altrimenti l'eventuale lamentela per far valere la situazione d'incompatibilità del consulente è preclusa (Cass. 31 marzo 2009, n. 7770, in *Giust. civ. Rep.* 2009, voce *Consulenza tecnica in materia civile*, 5; Cass. 25 maggio 2009, n. 12004, *ivi*, voce *cit.*, 6; Cass. 11 maggio 2000, n. 6039, *ivi* 2000, voce *cit.*, 4). Se, invece, non viene presentata nei termini (il momento ultimo dovrebbe essere l'udienza di comparizione del consulente: cfr. M. Vellani, *op. cit.*, 530) l'istanza di ricusazione, allora sta solo al giudice valutare, nell'esercizio di un potere insindacabile in sede di legittimità se adeguatamente motivato, la sussistenza di possibili motivi che giustificano la sostituzione del consulente nominato (Cass. 17 febbraio 2004, n. 3105, in *Giust. civ. Rep.* 2004, voce *Consulenza tecnica in materia civile*, 22). Diverso è, invece, il discorso relativo all'astensione, sulla quale vedi *infra*.

(28) C. Mandrioli, *op. cit.*, 203. Peraltro, in giurisprudenza si è affermato che il giudice possa anche utilizzare le parti della consulenza che vadano oltre il mandato. In particolare in Cass. 25 marzo 2004, n. 5965, in *Giust. civ. Rep.* 2004, voce *Consulenza tecnica in materia civile*, 34, si legge: "Nell'ordinamento processuale vigente manca una norma di chiusura sulla tassatività tipologica dei mezzi di prova. Ne consegue che il giudice può legittimamente porre a base del proprio convincimento anche prove cosiddette atipiche, purché idonee a fornire elementi di giudizio sufficienti, se ed in quanto non smentite dal raffronto critico – riservato al



giudice di merito e non censurabile in sede di legittimità, se congruamente motivato – con le altre risultanze del processo. In particolare, il giudice del merito può trarre elementi di convincimento anche dalla parte della consulenza d'ufficio eccedente i limiti del mandato, ma non sostanzialmente estranea all'oggetto dell'indagine in funzione della quale è stata disposta". È evidente come un principio del genere possa apparire discutibile, perché qui, più che ammettere un mezzo di prova al di fuori del catalogo di legge, si finisce per consentire l'utilizzazione di un mezzo di convincimento (previsto dalla legge) acquisito al processo secondo modalità divergenti da quelle previste dalla legge. Comunque, se, come poi vedremo, ogni irrivalenza e quindi ogni ipotesi di inutilizzabilità del mezzo sono da riportare alla violazione del principio del contraddittorio, è anche vero che si dovrà verificare caso per caso se l'utilizzazione di quanto il consulente abbia detto al di là dei "quesiti" abbia o meno violato il diritto delle parti di poter interloquire. Più severa appare Cass. 15 aprile 2002, n. 5422, Giust. civ. Rep. 2002, voce Consulenza tecnica in materia civile, 10, in cui si qualifica come affetta da nullità la c.t.u. che sia andata oltre il mandato.

(29) Con le modifiche introdotte dalla legge n. 69 del 2009, non solo si è anticipata la formulazione dei quesiti al momento della nomina del consulente, ma per la verità si è anche formalizzata questa modalità di delimitazione del compito del consulente, perché in precedenza nessuna norma disponeva la formulazione dei detti quesiti, ancorché tale formulazione fosse ormai un passaggio di norma seguito (vedi già in dottrina classicamente G. Franchi, op. cit., 196), ma non al momento della nomina del consulente, bensì nell'udienza in cui il consulente è chiamato a rendere il giuramento. Sul punto vedi G. Balena (R. Caponi, A. Chizzini, S. Menchini), La riforma della giustizia civile. Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/2009, in *Le nuove leggi sul processo civile*, Torino 2009, 74.

(30) Ad esempio quando siano necessarie conoscenze professionali diverse che un solo consulente non può possedere o quando la mole di lavoro sia notevole. Comunque, in caso di nomina di più consulenti, non è necessario che essi siano in numero dispari, perché non si ha il problema di una decisione a maggioranza. Su questi aspetti vedi, per tutti, M. Vellani, op. cit., 527.

(31) E. Redenti, *Diritto processuale civile*, vol. II, Milano 1953, 201; M. Vellani, op. cit., 530; G. Balena, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 105.

(32) Invero, il giudice istruttore può scegliere anche un consulente che non sia iscritto all'albo del suo tribunale o di alcun tribunale, ma egli deve sentire previamente il presidente del tribunale ed indicare i motivi di una simile scelta (art. 22 disp. att. c.p.c.). Sul punto vedi V. Ansanelli, *Problemi di corretta utilizzazione della "prova scientifica"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2002, 1333 ss., spec. 1346. Se la persona non iscritta all'albo rifiuta l'incarico, il giudice non può fare altro che sostituirlo.

(33) Vedi M. Vellani, *op. cit.*, 530.

(34) Cass. 15 luglio 2009, n. 16471, in *Giust. civ. Rep.* 2009, voce *Consulenza tecnica in materia civile*, 7; Cass. 29 marzo 2006, n. 7243, *ivi* 2006, voce *cit.*, 25. Questo ausiliare dell'ausiliare non acquista, però, alcun diritto al compenso: Cass. 30 marzo 2006, n. 7499, *ivi* 2006, voce *cit.*, 31.

(35) Ma non sembra che si possa impedire al giudice di modificare successivamente i quesiti: così G. Balena, *Istituzioni di diritto processuale civile cit.*, 105 nt. 4, il quale rileva come una simile modifica possa essere generata dalle osservazioni che le parti o lo stesso c.t.u. potrebbero sollevare in occasione dell'udienza fissata per il giuramento del consulente. Del resto l'anticipazione della formulazione dei quesiti nell'ordinanza di nomina dovrebbe servire anche alle parti per predisporre le loro osservazioni, da fare poi all'udienza (così G.F. Ricci, *op. cit.*, 43; G. Della Pietra (F. Auletta, S. Boccagna, G.P. Califano, G. Olivieri, N. Rascio), *Le norme sul processo civile nella legge per lo sviluppo economico la semplificazione e la competitività*, Napoli 2009, 46).

(36) Questo obbligo del consulente di tenere conto delle osservazioni delle parti dovrebbe alleggerire l'obbligo motivazionale del giudice: sul punto vedi *infra*. Si aggiunga, poi, che nella particolare ipotesi della consulenza contabile di cui all'art. 198 c.p.c. al c.t.u. il giudice può anche attribuire il compito di tentare di conciliare le parti. In tal caso, visto l'art. 199 c.p.c., se il tentativo riesce, si redige processo verbale sottoscritto dalle parti e dal consulente, al quale è attribuita efficacia di titolo esecutivo dal giudice istruttore. Al di fuori di questa ipotesi è anche possibile che il consulente, in assenza del giudice, riesca (espletando un tentativo a cui non è tenuto) a conciliare le parti; ma, se ciò accade, non siamo in presenza di una conciliazione giudiziale, bensì solo di un negozio transattivo sostanziale, sulla cui base il giudice può essere chiamato ad una pronuncia di cessazione della materia del contendere (Cass. 26 maggio 2008, n. 13578, in *Giust. civ. Rep.* 2008, voce *Consulenza tecnica in materia civile*, 4).

(37) G. Balena (R. Caponi, A. Chizzini, S. Menchini), *La riforma della giustizia civile cit.*, 74.

(38) Se di imposizione si trattata, i rilievi di parte (*rectius*: dei c.t.p.) non dovrebbero essere possibili in un momento successivo. Insomma dalla logica della disposizione dovrebbe ricavarsi una regola di preclusione, anche se questa non è resa esplicita nella lettera della legge.

(39) Così, a mio parere giustamente, G. Balena (R. Caponi, A. Chizzini, S. Menchini), *La riforma della giustizia civile cit.*, 75.

(40) Per tutti cfr. L. Lombardo, *op. cit.*, 1104.

(41) Quando le indagini sono compiute senza l'intervento del giudice il consulente d'ufficio è tenuto a fare la relazione, ma non è obbligato a redigere un processo verbale: Cass. 11 maggio 2005, n. 9890, in Giust. civ. Rep. 2005, voce Consulenza tecnica in materia civile, 23. Tuttavia, se nel corso delle operazioni il consulente chiede informazioni a terzi o alle parti, allora l'atto da lui redatto, in qualità di pubblico ufficiale (ausiliare del giudice), attestante il contenuto di dette informazioni, fa fede fino a querela di falso (Cass. 10 agosto 2004, n. 15411, in Giust. civ. Rep. 2004, voce Consulenza tecnica in materia civile, 15).

(42) Da questo punto di vista è irrilevante la qualificazione della consulenza come mezzo di prova o meno. Diversamente in una parte della dottrina, per la quale vedi ad esempio V. Denti, Perizie, nullità processuali e contraddittorio, in Riv. dir. proc. 1967, 395 ss.

(43) Ed il discorso vale sia per le parti originarie sia per quelle che intervengano successivamente. Per cui è condivisibile la posizione della Corte suprema quando dice: "La consulenza tecnica d'ufficio svoltasi prima della chiamata in causa di una delle parti processuali deve ritenersi inutilizzabile nel rapporto processuale con questa parte, alla quale non può essere imposto di accettare il processo nello stato in cui si trova: ne consegue che questa consulenza resa con violazione del principio del contraddittorio non è utilizzabile contro la predetta parte né nel giudizio nel quale è stata espletata né in un giudizio diverso avente ad oggetto un analogo accertamento, restando priva di qualsiasi effetto probatorio, anche solo indiziario" (Cass. 30 maggio 2008, n. 14487, in Giust. civ. 2008, 2401).

(44) Cfr. G. Balena, Istituzioni di diritto processuale civile cit., 106.

(45) Se un ingegnere, consulente nominato dal giudice, afferma che una certa opera presenta o meno determinati vizi, solo altri ingegneri (normalmente), consulenti di parte, possono controllare, ed eventualmente confutare, le argomentazioni del c.t.u. Ecco perché è necessario che nel sub-procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico si ricrei la struttura dialettica tra il c.t.u., che integra le cognizioni del giudice, ed i consulenti tecnici di parte, che integrano le conoscenze appunto delle parti. Sul punto cfr., per tutti, F. P. Luiso, op. cit., 93.

(46) Detto avviso deve essere effettuato a norma del successivo art. 91 disp. att. c.p.c. L'omissione di questo avviso configura una nullità relativa "che la parte interessata è onerata a far valere nella prima istanza o difesa utile successiva al deposito della relazione dell'ausiliario del giudice, verificandosi, in caso di mancata proposizione tempestiva della relativa eccezione, la sanatoria della suddetta nullità" (Cass. 29 marzo 2006, n. 7243, in Giust. civ. Rep. 2006, voce Consulenza tecnica in materia civile, 43; Cass. 17 marzo 2005, n. 5762, ivi 2005, voce cit., 22).

(47) Cass. 2 agosto 2003, n. 11786, in Giust. civ. Rep. 2005, voce Consulenza tecnica in materia civile, 28.

(48) Cass. 7 luglio 2008, n. 18598, in Giust. civ. Rep. 2008, voce Consulenza tecnica in materia civile, 15.

(49) Rilievo pacifico, sul quale vedi, fra gli altri, F. Danovi, op. cit., 826.

(50) In dottrina cfr. N. Giudiceandrea, op. cit., 538; M. Vellani, op. cit., 537; L. Lombardo, op. cit., 1119; F. Danovi, op. cit., 809-810, 826.

(51) Ovviamente il frutto delle attività peritali non può risolversi in una serie di affermazioni apodittiche del perito, dovendo questi svolgere un ragionamento, insomma motivare il suo responso. Sul punto vedi, per tutti, G. Franchi, op. cit., 258 ss.

(52) È inutile stracciarsi le vesti di fronte a questo fenomeno: se il punto centrale della lite dipende dalla soluzione di una questione di particolare pregnanza tecnica di tipo non giuridico, è inevitabile che il giudice abbia una carenza di competenza al riguardo. A fronte a simili situazioni un modo per attutire l'inevitabile scissione tra colui che giudica in realtà e colui che giudica de iure sta nel sottrarre la detta questione al giudizio del giudice statale e demandarla ad un perito arbitrale. Vedi sul punto, se vuoi, M. Bove, La perizia arbitrale, Torino 2001, passim.

(53) Sul profilo dell'alleggerimento (peraltro risalente: su di esso vedi G. Franchi, op. cit., 253 ss.), che però non vuole certo dire soppressione, vedi Cass. 13 dicembre 2006, n. 26694, in Giust. civ. Rep. 2006, voce Consulenza tecnica in materia civile, 13; Cass. 20 maggio 2005, n. 10668, ivi 2005, voce cit., 45 (in cui si specifica che un più puntuale obbligo di motivazione emerge solo se le parti hanno sollevato critiche specifiche). Sul fronte dell'aggravamento, ipotesi in cui, giungendo sul tavolo del giudice, accanto alla lettura del consulente d'ufficio, anche la lettura diversa di un consulente di parte, il giudice deve puntualmente motivare sul perché accoglie una prospettiva al posto di un'altra vedi: Cass. 24 aprile 2008, n. 10688, in Giust. civ. Rep. 2008, voce Consulenza tecnica in materia civile, 18; Cass. 1 marzo 2007, n. 4797, ivi 2007, voce cit., 27.

(54) Cfr. Cass. 3 agosto 2004, n. 14849, in Giust. civ. Rep. 2004, voce Consulenza tecnica in materia civile, 27; Cass. 21 agosto 2003, n. 12304, ivi 2005, voce cit., 53. La giurisprudenza ha, più nello specifico, prospettato il caso della divergenza dell'opinione del giudice rispetto a quella del c.t.u. soprattutto nell'eventualità che, decisa la causa in primo grado aderendo alla relazione del consulente, il giudice di secondo grado formuli un diverso avviso senza avvalersi di una seconda consulenza. In tal caso la giurisprudenza afferma l'insindacabilità del giudizio in sede di legittimità, salvo l'obbligo di motivare le ragioni del dissenso. Cfr. Cass. 13 settembre 2006, n. 19661, in Giust. civ. Rep. 2006, 52. Ed, inoltre, si è anche prospettata l'ipotesi in cui siano disposte due c.t.u. e che i risultati di queste divergano. In tal caso la giurisprudenza dice che se il giudice aderisce al parere del secondo

consulente, “la motivazione della sentenza è sufficiente, anche se tale adesione non sia specificamente giustificata, ove il parere cui è prestata adesione fornisca gli elementi che consentano, su un piano positivo, di delineare il percorso logico seguito e, su un piano negativo, di escludere la rilevanza di elementi di segno contrario, siano essi esposti nella seconda relazione o deducibili aliunde”; mentre, il giudice che le abbia disposte entrambe, se aderisce al parere del primo consulente, ha l’obbligo di una più specifica giustificazione (Cass. 15 maggio 2004, n. 9300, in Giust. civ. Rep. 2004, voce Consulenza tecnica in materia civile, 3; Cass. 13 luglio 2001, n. 9567, ivi 2002, voce cit., 40; Cass. 24 luglio 2001, n. 10052, ivi 2002, voce cit., 39). Sulla questione vedi anche E. Salomone, Sulla motivazione con riferimento alla consulenza tecnico d’ufficio, in Riv. trim. dir. proc. civ. 2002, 1017 ss.

(55) Cass. 6 settembre 2007, n. 18688, in Giust. civ. Rep. 2007, voce Consulenza tecnica in materia civile, 30. Mi sembrerebbe eccessivo chiedere al giudice una più approfondita motivazione anche nel caso in cui manchino le critiche di parte. Ma vedi in senso contrario una parte della dottrina: cfr. E. Salomone, op. cit., 1028 ed ivi ulteriori citazioni.

(56) Cass. 3 aprile 2007, n. 8355, in Giust. civ. Rep. 2007, voce Consulenza tecnica in materia civile, 29. Chiarissima la seguente massima: “Il giudice del merito, quando aderisce alle conclusioni del consulente tecnico che nella relazione abbia tenuto conto, replicandovi, dei rilievi dei consulenti di parte, esaurisce l’obbligo della motivazione con l’indicazione delle fonti del suo convincimento; non è quindi necessario che egli si soffermi anche sulle contrarie allegazioni dei consulenti tecnici di parte che, seppur non espressamente confutate, restano implicitamente disattese perché incompatibili con le conclusioni tratte. In tal caso, le critiche di parte, che tendano al riesame degli elementi di giudizio già valutati dal consulente tecnico, si risolvono in mere argomentazioni difensive, che non possono configurare il vizio di motivazione previsto dall’art. 360, n. 5, c.p.c.”.

(57) Cass. 27 febbraio 2009, n. 4850, in Giust. civ. Rep. 2009, voce Consulenza tecnica in materia civile, 21, che poi aggiunge: “In tal caso le doglianze di parte, che siano solo dirette al riesame degli elementi di giudizio già valutati dal consulente tecnico e non individuino gli specifici passaggi della sentenza idonei ad inficiarne, anche per derivazione dal ragionamento del consulente, la logicità, non possono configurare l’anzidetto vizio di motivazione”. Similmente Cass. 4 dicembre 2001, n. 15318, in Giust. civ. Rep. 2001, voce Consulenza tecnica in materia civile, 68, in cui si afferma che questo alleggerimento nel contenuto dell’obbligo di motivazione sarebbe giustificato dal fatto che il diverso risultato della c.t.u. disposta in secondo grado è “un naturale effetto del giudizio di appello, che – in quanto revisio prioris instantiae – è proprio diretto a raggiungere un risultato diverso da quello di primo grado in relazione ai medesimi fatti”.

(58) Cass. 30 ottobre 2009, n. 23063, in Giust. civ. Rep. 2009, voce Consulenza tecnica in materia civile, 22.

(59) Cfr. Cass. 15 marzo 2001, n. 3787, in Giust. civ. Rep. 2001, voce Consulenza tecnica in materia civile, 78.

(60) Così A. Proto Pisani, op. cit., 435. In giurisprudenza cfr. Cass. 30 maggio 2008, n. 14487, in Giust. civ. 2008, 2401; Cass. 8 giugno 2007, n. 13428, in Giust. civ. Rep. 2007, voce Consulenza tecnica in materia civile, 8, (“In tema di consulenza tecnica, eventuali irritalità dell’espletamento (nella specie la partecipazione a un sopralluogo, senza autorizzazione, in luogo del consulente d’ufficio, di un suo collaboratore) ne determinano la nullità solo ove procurino una violazione in concreto del diritto di difesa, con la conseguenza che è onere del ricorrente specificare quali lesioni di tale diritto siano conseguite alla denunciata irregolarità”). La stessa logica, anche se in riferimento ad un diverso tipo di irritalità, si trova in Cass. 7 aprile 2006, n. 8227, in Giust. civ. Rep. 2006, voce Consulenza tecnica in materia civile, 44, in cui si legge: “In tema di consulenza tecnica d’ufficio, ai sensi degli art. 194, comma 2°, c.p.c. e 90, comma 1°, disp. att. c.p.c., alle parti va data comunicazione del giorno, ora e luogo di inizio delle operazioni peritali. Peraltro, l’omissione (anche di una) di simili comunicazioni induce la nullità della consulenza stessa soltanto qualora, con riguardo alle circostanze del caso concreto, essa abbia pregiudicato il diritto di difesa per non essere state le parti anzidette poste in grado di intervenire alle operazioni, onde la riferita nullità non si verifica qualora risulti che le medesime parti, con avviso anche verbale o in qualsiasi altro modo, siano state egualmente in grado di assistere all’indagine o di esplicitare in essa le attività ritenute convenienti”. Stesso principio è enunciato in Cass. 7 luglio 2001, n. 9231, in Giust. civ. Rep. 2002, voce Consulenza tecnica in materia civile, 13.

(61) La giurisprudenza dice costantemente che le irritalità che affliggono il procedimento istruttorio per consulenza tecnica hanno carattere relativo e devono essere tempestivamente rilevate dalla parte interessata: cfr., fra le altre, Cass. 15 aprile 2002, n. 5422, in Giust. civ. Rep. 2002, 10. Se il vizio non è sanato e si giunge al grado di appello, eventuali rinnovazioni di atti istruttori, da compiere dopo la pronuncia della nullità, sono svolte nello stesso grado, senza che si possa rimettere la causa al giudice di primo grado (Cass. 21 novembre 2001, n. 14735, in Giust. civ. Rep. 2001, voce Consulenza tecnica in materia civile, 66)

(62) Altro è il caso in cui l’irritalità riguardi un aspetto per il quale la legge mette a disposizione rimedi specifici, che le parti non abbiano utilizzato. È evidente, così, che se la consulenza è stata svolta da un soggetto che poteva essere ruscato, ma che non è stato ruscato, essa dovrà essere utilizzata dal giudice.

(63) Cass. 14 novembre 2008, n. 27247, in Giust. civ. Rep. 2008, voce Consulenza tecnica in materia civile, 16, in cui si legge: “Rientra nei poteri discrezionali del giudice di merito la valutazione dell’opportunità di disporre indagini tecniche suppletive o integrative, di sentire a chiarimenti il consulente tecnico d’ufficio sulla relazione già depositata ovvero di rinnovare, in parte o in toto, le indagini,

sostituendo l'ausiliare del giudice. L'esercizio di tale potere, con ordinanza emanata su istanza di parte o su iniziativa officiosa e revocabile ex art. 177, comma 2°, c.p.c., non è sindacabile in sede di legittimità, ove ne sia data adeguata motivazione, immune da vizi logici e giuridici". Nella stessa sentenza si aggiunge che il provvedimento con cui il giudice dispone la rinnovazione delle indagini non priva di efficacia l'attività svolta dal consulente sostituito. Ma questa affermazione va presa col classico grano di sale facendo la distinzione che si specifica immediatamente nel testo.

(64) Cfr. A. Proto Pisani, op. cit., 435. Ma vedi in senso contrario C. Mandrioli, op. cit., 203 nt. 9, il quale, sulla base del rilievo per cui non sarebbe vietata la produzione di simili documenti, ne trae lo spunto per affermare l'utilizzabilità nel processo delle c.d. perizie stragiudiziali, almeno con valore indiziario. In questo stesso senso la giurisprudenza (Cass. 22 aprile 2009, n. 9551, in Giust. civ. Rep. 2009, voce Consulenza tecnica in materia civile, 3; Cass. 11 ottobre 2001, n. 12411, ivi 2002, voce cit., 6). Ma a me sembrano più convincenti le argomentazioni di Proto Pisani.