

**ORDINE DEGLI INGEGNERI DI CASERTA- SESSIONE 12.04.2019**

**MODULO DI PROCEDURA CIVILE: NOMINA C.T.U. - RICUSAZIONE ED**

**ASTENSIONE - FORMULAZIONE DEL QUESITO E GIURAMENTO.**

**FORMA E SOSTANZA. IL CASO DELLA CONTUMACIA DELLA PARTE.**

Il ruolo del consulente trova prima esplicazione nel titolo I del Codice di procedura civile (artt. 61-64), denominato disposizioni di attuazione del Codice di procedura civile: si segmentano quivi i ruoli del processo, parti sostanziali e processuali, organi giudiziari ed ausiliari.

**- Art. 61 c.p.c. - Consulente Tecnico.**

Quando è necessario il giudice può farsi assistere per il compimento di singoli atti o per tutto il processo da uno o più consulenti di competenza tecnica. La scelta deve essere normalmente fatta tra le persone iscritte in albi speciali formati a norma delle disposizioni di attuazione.

**- Art. 62 c.p.c. Attività del consulente.**

Il consulente compie indagini che gli sono commesse dal giudice e fornisce, in udienza e camera di consiglio, i chiarimenti che il giudice richiede a norma degli artt. 194 cpc e ss e 424 445 cpc.

**- Art. 63 c.p.c. - Obbligo di assumere l'incarico e ricusazione.**

Il consulente iscritto all'albo del tribunale ha l'obbligo di prestare il suo ufficio a meno che il giudice non riconosca una valida causa di astensione. Il consulente può essere ricusato **per i criteri di cui all'art. 51 cpc** (gli stessi per cui il giudice ha obbligo di astensione).

**Questi criteri trovano concreta applicazione nella III Sezione - Procedimento davanti al Tribunale - trattazione della causa (artt. 180-190 bis cpc) ed istruzione probatoria (artt. 191-201 cpc).**

**- Art. 191 c.p.c. - nomina del consulente.**

**Nei casi previsti dall'art. 61cpc il G.U., con ordinanza ex art. 183 cpc o con**

**altra successiva, nomina un consulente e fissa l'udienza in cui il consulente deve comparire. In caso di grave necessità o nel caso in cui la legge lo dispone possono nominarsi più consulenti** (si pensi ad esempio ad un collegio peritale per ipotesi di colpa medica in cui l'accertamento investa più specialistiche professionali).

La l. n. 69 /2009 ha previsto il conferimento incarico nel corpo dell'ordinanza che fissa i quesiti evidentemente consentendo (con la previa trasmissione della stessa tramite la cancelleria) la conoscenza alle parti processuali e la eventuale richiesta di modifica dell'ordinanza di formulazione alla udienza fissata per il giuramento. Il tutto nei termini ex art. 183 cpc. VII comma, all'esito delle attività alligative e deduttive delle parti.

In buona sostanza la novella del 2009 ha introdotto la nomina del CTU e la fissazione dei quesiti nell'ordinanza con cui il Giudice decide e definisce l'attività istruttoria tutta all'esito della attività delle parti ex art. 183 cpc. Si rammenta allora che il processo civile si alimenta su impulso di parte: vige il brocardo **onus probandi ei qui dicit** per cui alle parti onere dapprima di introduzione della domanda ed articolazione delle rispettive difese, chiamate di terzi e/o riconvenzionali, di poi cristallizzazione delle reciproche posizioni in esito all'avverso dedotto e, da ultimo, articolazione ( nei termini dei rispettivi petitum e causa petendi introdotti e coltivati) dei mezzi di prova diretti e poi contrari; tutto nei termini perentori di cui all'art. 183 cpc. All'esito dello stesso il giudice sullo stato allegato e provato dalle parti decide l'istruzione di ufficio della causa ivi inclusa la CTU.

Prima della detta novella del 2009 nell'udienza di trattazione il GU con ordinanza revocabile nominava il CTU e coevamente fissava i quesiti. Oggi ciò avviene con ordinanza che definisce l'istruttoria tutta all'esito delle attività ex art. 183 cpc, comunicata alle parti e al CTU nominato.

È scelta discrezionale del giudicante farsi assistere da tecnici o far ricorso a conoscenze specialistiche acquisite direttamente. Il CTU iscritto nell'albo speciale presso gli uffici giudiziari deve mantenere un limite di incarichi non superiore al

10%. Per incarico di consulente non iscritto all'albo del Tribunale deve esserci autorizzazione del presidente CTU: in genere ciò avviene per CTU con oggetto di chiara incompatibilità ambientale, eccettuata dalle parti in sede di nomina.

La giurisprudenza ha oramai stigmatizzato la valenza della CTU che è mezzo istruttorio e non prova, sottratto alla disponibilità delle parti **rimesso al prudente apprezzamento del giudice su cui influisce nel processo formativo del proprio convincimento**: uno strumento di valutazione sotto il profilo tecnico scientifico di **dati già acquisiti** che non esonera la parte dell'onere probatorio, non potendo in alcun caso surrogarsi ad esso.

Purtuttavia nell'ammetterlo deve esso giudice attenersi al suo limite funzionale: **“la risoluzione di questioni di fatto presupponenti cognizioni di ordine tecnico e non giuridico o di merito ex sé inammissibili, con la conseguenza che ove il giudice domandi detto svolgimento non potrà risolvere la controversia a mezzo mero richiamo recettivo delle conclusioni del consulente stesso ma potrà condividerle soltanto ove formuli una propria autonoma motivazione basata sulla valutazione degli elementi di prova acquisiti al processo e dia sufficiente ragione del proprio convincimento, tenendo conto delle contrarie deduzioni”** (Cass., Lav., 996/99).

Ma ancora: **“il ricorso all'ausilio di un consulente implica soltanto una integrazione delle conoscenze del giudice che non si spoglia affatto dei suoi poteri decisorii ed invero il giudice non può ritenersi vincolato dalle deduzioni tratte dal CTU in base agli accertamenti tecnici, essendo suo precipuo compito trarre autonomamente logiche conclusioni giuridiche e di merito sulla base del materiale probatorio acquisito (Cass., I Sezione, 20.07.01, n. 9922)”**.

In concreto la scelta dell'ausiliario ex art. **61 disp. att. cpc** è **apprezzamento discrezionale del giudice non sindacabile in legittimità** (ovvero se congruamente motivata la decisione giudiziale non è oggetto di impugnativa censoria in Cassazione). L'iscrizione negli albi ripartiti per categorie **non pone limite di scelta discrezionale** che spetta in ogni caso al giudice che può nominare (come sempre più

frequentemente da prassi giudiziaria) qualunque persona sia inserita in albo o iscritta in altra categoria **che reputi provvista di competenza specifica** per diretta conoscenza. Il tutto ovviamente fermo restando il potere della parte processuale di muovere censure anche alla scelta del consulente denunciandola come erronea o inidonea per incompetenza tecnica della persona nominata.

**- Art. 192 c.p.c. - astensione e ricsuzione del consulente.**

**L'ordinanza è notificata al consulente tecnico nominato a cura del cancelliere con invito a comparire all'udienza fissata dal giudice. L'ausiliario a cui l'ordinanza viene notificata può non accettare l'incarico e quello che è obbligato ad accettare di ufficio (poiché iscritto all'albo del tribunale) può astenersi facendone denuncia al giudice che lo ha nominato almeno tre giorni prima dell'udienza di giuramento.**

Appare quindi che l'iscrizione nell'albo del tribunale non consenta al consulente nominato la rinuncia all'incarico restando il suo espletamento dovere di ufficio. Conseguenza è la richiesta di astensione al giudice, motivata, per il consulente che iscritto all'albo ritenga di non accettare. Purtroppo nella prassi giudiziaria anche la non accettazione di consulente scelto da albo speciale appare meramente legata ad una semplice comunicazione di non accettazione al giudicante.

Le parti possono, altresì, almeno **tre giorni prima dell'udienza fissata per il giuramento** presentare istanza di ricsuzione depositando ricorso al giudice istruttore. Si apre un sottoprocedimento in cui il ricsuante deve fornire prova dell'esistenza causa di ricsuzione. All'esito il Giudice provvede con ordinanza non impugnabile.

La ricsuzione evidenzia assenza di imparzialità e terzietà per legami indicati e provati (**dal richiedente la ricsuzione**) con una delle parti. L'imparzialità è garantita in primis ontologicamente dalla legge per essere rimessa la nomina del detto ausiliario al giudice, organo per cui l'imparzialità è autonomamente e preliminarmente prescritta e, in secondo luogo, con l'applicazione per vis attrattiva

anche per il consulente tecnico degli istituti dell'astensione e riconsunzione previsti per il giudice di cui esso ausiliario è diretta diramazione (Cass., I Sezione, 22.07.04, n. 13667).

**Motivi di astensione o riconsunzione: aver prestato opera professionale per una delle parti; aver prestato opera in altri gradi di processo; essere legato da rapporti di parentela o amicizia con una delle parti; esser CTP o dipendente da lavoro di una delle parti.**

In difetto dell'istanza resta preclusa la possibilità di far valere l'incompatibilità.

I successivi rimedi su istanza di parte e le ragioni che giustificano un provvedimento di rinnovazione della CTU o sostituzione per gravi motivi ex **art. 196 cpc** sono scelta **discrezionale del giudice e se correttamente e logicamente motivate anche nel loro rigetto restano insindacabili anche in sede di legittimità (impugnativa in Cassazione)**. In ogni caso la CTU resta acquisita al processo.

**- Art. 193 cpc - giuramento del consulente.**

**All'udienza di comparizione il consulente ammonito sull'importanza delle funzioni presta formula di rito.**

La legge non commina nullità della CTU effettuata in mancanza di giuramento, ritenendo però in ogni caso che esso possa esser eseguito anche al deposito della relazione, con effetto ratificante. Ciò in linea con l'utilizzo rimarcato dalla giurisprudenza della consulenza quale mezzo utilizzato **ai fini del solo processo formativo del convincimento giudiziale**. L'incarico commesso si articola nei quesiti sufficientemente articolati e rispondenti all'attività istruttoria alligata e probata delle parti, nei termini perentori ex art. 183 cpc.

In buona sostanza esaminata la domanda introduttiva, la sua precisazione e l'attività istruttoria svolta sulla stessa e di contro la posizione delle controparti in antileghein processuale, il giudice si forma un suo iniziale convincimento sullo stato dell'arte e all'esito sintetizza il suo detto iniziale convincimento in quesiti tecnici che pone al consulente demandandone indagine peritale conclusiva. Il giudice può prevedere

attività acquisitiva e indagativa presso enti ed uffici ma mai acquisizione di attività probatoria ulteriore dalle parti che non sia stata oggetto di previo contraddittorio processuale, a meno che non si tratti di documentazione di formazione successiva ed ulteriore acquisibile previa autorizzazione del magistrato.

**- Art. 194 c.p.c. - attività del consulente.**

Il consulente assiste all'udienza a cui è invitato dal giudice. Si comunica il giorno dell'accesso sui luoghi di causa ora e luogo, se ciò non avviene in udienza di giuramento l'inizio delle operazioni peritali deve esser comunicato formalmente alle parti al pari dei rinvii e dei successivi prosiegui. In caso di mancanza **si ha nullità della CTU per violazione del giusto contraddittorio.**

**Trattasi nella specie e per tutti i casi che concernono vizi di formazione della CTU di nullità temperata dall'art. 156- II comma cpc, secondo cui la nullità resta sanata se l'atto raggiunge il suo scopo e il consulente dimostra che la parte ne ha avuto reale conoscenza aliunde partecipando in ogni caso alle operazioni.** Detta fattispecie rientra tra le nullità relative ex art. 157 cpc per cui se l'eccezione non è sollevata tempestivamente alla prima istanza utile o nell'udienza successiva al deposito della relazione il vizio resta sanato.

**- Art. 195 c.p.c. - processo verbale e relazione.**

**Delle indagini del consulente si forma processo verbale, quando sono compiute con l'intervento del giudice istruttore, ma questi può anche disporre che il consulente rediga relazione scritta. Se le indagini sono compiute senza l'intervento del giudice, il consulente deve fare relazione, nella quale inserisce anche le osservazioni e le istanze delle parti. La relazione deve essere trasmessa dal consulente alle parti costituite nel termine stabilito dal giudice con ordinanza resa all'udienza di cui all'art. 193. Con la medesima ordinanza il giudice fissa il termine entro il quale le parti devono trasmettere al consulente le proprie osservazioni sulla relazione ed il termine, anteriore alla successiva udienza, entro il quale il consulente deve depositare in cancelleria la relazione, le**

**osservazioni delle parti e una sintetica valutazione sulle stesse (424, 441).**

Si concedono termini per l'espletamento delle attività l'inizio delle operazioni peritali, l'accesso sui luoghi di causa che prevede anche il termine ultimo per la nomina del CTP ed eventuale esperimento di attività conciliativa, su incarico del giudicante.

La l. n.69 /2009 ha previsto da un canto il conferimento incarico con l'ordinanza che fissa i quesiti, evidentemente consentendo con la previa trasmissione della stessa tramite la cancelleria la conoscenza degli stessi dalle parti e la eventuale modifica dell'ordinanza di formulazione al giuramento: il tutto nei termini ex art. 183 cpc, VII comma, all'esito delle attività alligative e deduttive delle parti.

All'udienza fissata per il giuramento previa accettazione dell'incarico il giudice redige ordinanza che contiene anche l'indicazione dei termini (ordinatori) per il completamento delle operazioni tutte decorrenti dalla data di accesso (dies ad quem):  
**1)** primo termine, chiusura delle indagini e trasmissione di note tecniche alle parti all'esito della conclusione delle operazioni tutte; **2)** secondo termine, replica dei CTP e trasmissione al consulente; **3)** terzo termine finale ,all'esito, trasmissione sul fascicolo telematico della CTU definitiva (dies a quo).

Detti passaggi processuali scandiscono i tempi ed impediscono che al di fuori del procedimento peritale si possa poi insorgere postumamente sulla CTU se non per motivi debitamente illustrati, ulteriori e novelli da quelli introdotti dal CTP nelle rispettive relazioni allegate all'elaborato finale, ma emersi dall'elaborato finale stesso.

Rilievi di nullità della consulenza hanno in genere carattere relativo e vanno eccepiti nella prima istanza o difesa successiva al deposito della relazione, fermo che essendo oramai il suo processo formativo a fattispecie progressiva restano inglobati nel procedimento le note dei CTP di critica alla bozza trasmessa , il cui recepimento incide sul risultato finale e sulle censure in giudizio ivi inclusi i vizi di nullità per ultrapetita (staripamento immotivo rispetto al quesito posto) o extrapetita

(inosservanza del quesito).

**- Art. 196 cpc - rinnovazione delle indagini e sostituzione del consulente.**

**Il giudice ha sempre facoltà di disporre rinnovazione delle indagini e, per gravi motivi, sostituzione del consulente.**

**Rinnovazione:** implica completamento delle indagini e valutazione di insufficienza o inidoneità dei risultati raggiunti o vizi di forma tali da renderla inutilizzabile.

**Sostituzione:** prevede che le operazioni siano ancora in corso e vi sia una palese inottemperanza del consulente. Si pensi ad una plateale ed ingiustificata violazione dei termini di deposito. Ad un motivo di ricusazione non tempestivamente comunicato o una grave negligenza o imperizia nella stesura dell'elaborato. In genere la sostituzione poiché implica attività discrezionale del giudicante avviene all'esito di audizione del l'interessato ed in ogni caso con provvedimento debitamente motivato.

Circa poi la posizione processuale del **contumace** (ovvero della parte che è restata inerte processualmente pur avendo rituale notifica della citazione o chiamata in causa) nel procedimento di espletamento delle operazioni peritali, va chiarito che la comunicazione di primo accesso e le ulteriori non vanno notificate al contumace. E difatti detta attività non rientra tra gli atti ad elencazione tassativa da notificarsi al contumace di cui **all'art. 292 cpc: ordinanza ammissiva di interrogatorio, giuramento, comparse contenenti domande nuove o riconvenzionali e secondo pronuncia della Corte Costituzionale scritture private in danno non conosciute nell'atto introduttivo notificato, ma emerse successivamente.**

**Ciò trova eccezione nel caso in cui la partecipazione del contumace sia necessaria per l'espletamento del mandato (si pensi all'ispezione di cose e di luoghi in esclusiva proprietà e disponibilità del contumace o anche, secondo isolata giurisprudenza, indagine acquisitiva giustificata dalla conoscibilità tecnica oggetto della perizia emersa nel corso delle operazioni. Purché non si presti detta attività integrativa resasi necessaria in corso di opera alla inammissibile introduzione di nuove domande stravolgenti il petitum, ma sia**

**integrazione dello stesso siccome introdotto cristallizzato e provato dalle parti.**

La figura del contumace ha poi diversa entità e rilevanza in autonome figure processuali introdotte con novelle del codice al fine di velocizzare il processo:

**- Art. 696 bis cpc - accertamento tecnico preventivo tendente alla composizione della lite.**

L'espletamento di una consulenza tecnica, in via preventiva, può essere richiesto anche al di fuori delle condizioni di cui al primo comma dell'articolo 696, **ai fini dell'accertamento e della relativa determinazione dei crediti derivanti dalla mancata o inattesa esecuzione di obbligazioni** contrattuali o da fatto illecito. Il giudice procede a norma del terzo comma del medesimo articolo 696. Il consulente, prima di provvedere al deposito della relazione, tenta, ove possibile, la conciliazione delle parti (185). Se le parti si sono conciliate, si forma **processo verbale della conciliazione** (199). Il giudice attribuisce con decreto **efficacia di titolo esecutivo** al processo verbale, ai fini dell'espropriazione e dell'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. Il processo verbale è esente dall'imposta di registro. Se la conciliazione non riesce, ciascuna parte può chiedere che la relazione depositata dal consulente sia acquisita agli atti del successivo giudizio di merito. Si applicano gli articoli da 191 a 197, in quanto compatibili.

Quivi la CTU non è assimilabile **quoad effectum alla relazione dei CTU** in un pieno cognitorio o anche in un accertamento tecnico preventivo. L'art. 696 cpc (accertamento tecnico preventivo) può prescindere dai requisiti di periculum in mora o di urgenza e mirare unicamente alla cristallizzazione di uno stato dell'arte causativo (in evoluzione) di un danno; quivi la CTU resta comunque più approfondita che in sede di art. 696 bis cpc. liddove l'attività determinativa del giudice è più sommaria e sarà più approfondita a seguito della costituzione del resistente.

Difatti all'udienza di comparizione il Giudice deve accertare: **a)** se l'altra parte si sia costituita, in quanto in caso di contumacia **si pone il problema della effettiva utilità ed ammissibilità** dell'istituto che ha in prima battuta funzione conciliativa; **b)** se

l'altra parte mostri propensione conciliativa o si opponga all'ammissione della CTU ex art. 696 bis cpc; c) se almeno sommariamente sussistano i presupposti per un merito poiché in caso di mancata conciliazione e quindi in caso di relazione della consulenza, tale relazione costituirebbe eventuale mezzo di prova.

Dice la dottrina che l'intervento del consulente ex art. 696 bis cpc ha **funzione persuasiva che si dovrebbe articolare: 1)** nello scoraggiare iniziative giudiziarie opposte a quanto accertabile ed accertando dal punto di vista tecnico; **2)** nel fornire orientamento valutativo di questioni tecniche discusse tra le parti in modo da raccogliere consenso conciliativo; **3) nella necessità che il consulente privilegi soluzioni tecniche tali da raccogliere consenso delle parti.** Ben diverso dal ruolo di tertium datur della relazione del CTU in qualsiasi cognitorio anche di urgenza.

Difatti, laddove le questioni giuridiche si mostrino articolate e complesse e non siano ictu oculi risolvibili a mezzo **CTU preventiva** la giurisprudenza di merito insorge nel ritenere inammissibile la domanda ex art. 696 bis cpc poiché non valutabile in detta sede sommaria ma richiedente articolata valutazione di ammissibilità e fondatezza del merito, quivi tutto sommato bypassata.

Ovviamente in caso di contumacia del resistente tutto ciò rende di incerta utilizzazione il risultato sia perché si vanifica lo spirito persuasivo del consulente ai fini conciliativi, sia perché il metodo di indagine commissionato dal giudicante per una esplorazione tendente alla composizione bonaria in un successivo merito avrà valenza pressoché indiziaria e non di convincimento probatorio.

Stessa valenza nei procedimenti **ex art. 702 bis e ss cpc** fondati su istruzione sommaria.

In tali casi il giudice può valutare un'audizione di un tecnico ma ovviamente questo varrà come libero convincimento con efficacia temporale e spaziale limitata all'emissione del provvedimento di chiusura della fase sommaria e non come acquisizione di convincimento probatorio, dovendo diversamente il giudice decidere con ordinanza non impugnabile **una vera e propria attività istruttoria a mezzo**

**conversione del rito da sommario in ordinario.** Tale attività meramente sommaria resta di incerta ammissibilità in caso di contumacia della parte resistente.

Diversa invece la valenza della CTU nell'arbitrato: l'art. 816 ter cpc- V comma prevede che gli arbitri possono farsi assistere da uno o più consulenti tecnici (siano essi persone fisiche che enti). Superato appare l'indirizzo secondo cui la CTU in sede arbitrale avesse libertà di forma, in quanto il suo legittimo e valido espletamento **con pieno contraddittorio** assurge a requisito di validità del lodo stesso. Tanto da comminare l'**art. 829 primo comma n. 9** cpc nullità del lodo che vede alterato il contraddittorio nell'espletamento della CTU.

In questo procedimento la necessità di conferire valenza piena ad una CTU legittima e con pieno contraddittorio finanche in fase cautelare e di urgenza ha però provocato intervento della Corte Costituzionale che nella sentenza n. 26/10 ha dichiarato illegittimità costituzionale dell'art. 669 quatterdecies nella parte in cui viene impedita (in presenza di clausola compromissoria o in pendenza di giudizio arbitrale) la proposizione di ATP al Giudice che sarebbe competente per il merito, svincolando quindi l'accertamento di urgenza dal giudizio arbitrale : ciò per palese irragionevole violazione ex art. 3 Cost. poiché si risolve in un pregiudizio per la parte che intenda far valere le proprie ragioni. La detta previsione violerebbe il diritto di difesa: l'impossibilità di attivare ATP anche su contumacia del resistente nell'ipotesi di controversia devoluta ad arbitri, va a compromettere il diritto di contraddittorio e di prova per le parti in vista di una probabile alterazione dei luoghi.

Caserta, lì 12 aprile 2019

**Avv. Rosina Casertano**