

Civile Ord. Sez. 3 Num. 25823 Anno 2022
Presidente: FRASCA RAFFAELE GAETANO ANTONIO
Relatore: CRICENTI GIUSEPPE
Data pubblicazione: 01/09/2022

ORDINANZA

sul ricorso 36355/2018 proposto da:

Toto Holding Spa, in persona del suo procuratore speciale, elettivamente domiciliata in Roma V.le Bruno Buozzi 99, presso lo studio dell'avvocato Criscuolo Fabrizio che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato Ramundo Francesco;

-ricorrente -

contro

Mercurio Domenico, Cavuto Gilda, Mercurio Marco Valerio, elettivamente domiciliati in Roma V.le Parioli 79/h presso lo studio dell'avvocato Bello Maria Cristina, rappresentati e difesi dagli avvocati Bello Annamaria, Vita Elena;

-controricorrenti -

avverso la sentenza n. 826/2018 della CORTE D'APPELLO di L'AQUILA, depositata il 10/05/2018;

2022
1005



udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 17/05/2022
da CRICENTI GIUSEPPE

RITENUTO CHE

1.-I signori Domenico Mercurio, Valerio Marco e Gilda Cavuto hanno stipulato un contratto con la Toto Holding spa, con il quale hanno ceduto a quest'ultima la facoltà di utilizzare un loro terreno, esteso 15.000 m², per il prelievo e lo stoccaggio di materiali di scavo, di cui Toto spa aveva bisogno per l'esecuzione di un appalto affidatole da Anas.

Secondo il proprietario del terreno, la società Toto spa si sarebbe resa inadempiente agli obblighi assunti con la predetta scrittura privata nel senso che non avrebbe restituito il terreno nelle condizioni pattuite, vale a dire livellato e con uno strato superiore costituito da 80 cm di terreno vegetale, e non avrebbe realizzato le opere che si era impegnata a compiere.

A causa di ciò, i proprietari del terreno hanno citato in giudizio Toto spa allo scopo di ottenere da quest'ultima il risarcimento dei danni subiti.

La Toto spa si è costituita per contestare le pretese degli attori.

2.-Nel giudizio di primo grado, svoltosi davanti al Tribunale di Chieti, è stato nominato un consulente tecnico al fine di individuare se vi fossero stati inadempimenti da parte della società locataria, nonché di quantificarli in misura esatta.

Le conclusioni raggiunte dal consulente tecnico sono state censurate dalla convenuta nella memoria di replica nei termini che essa riporta ora nella parte narrativa del presente ricorso, ma queste censure sono state ritenute inammissibili dal giudice di primo grado, che ha accolto integralmente la domanda condannando la Toto spa al risarcimento del danno in favore degli attori.

3.-La società ha impugnato questa decisione. La Corte di appello di L'Aquila ha parzialmente riformato la decisione di primo grado accogliendo alcune delle censure mosse alla quantificazione del danno, ma rigettando le altre, in quanto ritenute tardivamente proposte, nel senso che i rilievi mossi alla consulenza d'ufficio, anche attraverso una perizia di parte prodotta con l'atto di appello e relativi documenti, erano da considerarsi tardivi in quanto, una volta depositati



in primo grado i chiarimenti da parte del consulente tecnico, la Toto spa non aveva più preso posizione né in sede di precisazione delle conclusioni, e neppure con la memoria conclusionale, sulle valutazioni del CTU, ma lo avrebbe fatto solo e per la prima volta con la memoria di replica e poi in appello.

4.- Avverso la sentenza della corte aquilana ha proposto ricorso per cassazione la Toto. Gli intimati hanno resistito con congiunto controricorso.

Il ricorso della Toto spa è basato su 5 motivi.

È stato inizialmente trattato ai sensi dell'art. 380-bis.1. c.p.c. nella camera di consiglio del 16 settembre 2020, in vista della quale il Pubblico Ministero presso la Corte depositava conclusioni scritte e la ricorrente depositava memoria. All'esito veniva disposto un rinvio a nuovo ruolo in ragione del fatto che la questione principale posta dal ricorso, ossia il termine entro il quale possono essere fatte le osservazioni alla consulenza tecnica, e conseguentemente se vi sia decadenza o meno nella circostanza di proporre quelle censure solo con la comparsa conclusionale o per la prima volta in appello, era stata rimessa alle Sezioni unite atteso il contrasto di giurisprudenza sul punto.

4.1.-La decisione delle Sezioni unite è poi pervenuta con sentenza numero 5624 del 2022.

La trattazione è stata nuovamente fissata nell'odierna adunanza camerale.

A fronte del ricorso in cinque motivi della Toto spa, le parti intime hanno proposto controricorso.

Entrambe le parti hanno depositato memorie.

CONSIDERATO CHE

5.-Dei cinque motivi di ricorso, i primi tre attengono alla questione della decadenza dal diritto di formulare contestazioni alla consulenza tecnica, mentre gli altri due attengono al regime delle spese processuali liquidate dalla decisione impugnata.

5.1.-Con il *primo motivo* si denuncia violazione degli articoli 190 e 345 del codice di procedura civile, nonché 115 del codice di procedura civile.

Innanzitutto, osserva il ricorrente di avere contestato le conclusioni del CTU quanto al calcolo dell'ammontare dei danni lamentati in ricorso, sia con le deduzioni presentate dal consulente di parte, sia nella memoria conclusionale di replica, e di tali censure riporta il contenuto a pagina 14-15 del ricorso, osservando come il giudice d'appello non abbia tenuto conto di questo dato



processuale, che pure risultava evidente, e di come abbia altresì ritenuto tardive quelle difese, poi reiterate con l'atto di appello.

Ad ogni modo, ritiene la ricorrente che la preclusione di cui all'articolo 345 codice di procedura civile, nel testo ante vigente, che si applica al presente procedimento in quanto instaurato nel 2003 e in quanto definito in primo grado nel 2011, riguarda soltanto il divieto di domande ed eccezioni nuove, e non le mere difese o le eccezioni in senso lato, e che la contestazione mossa alla CTU non può che ritenersi del genere di queste ultime: dunque non soggetta alla preclusione.

5.2.-Il *secondo motivo* denuncia violazione dell'articolo 345 cpc, e dell'articolo 2697 c.c..

Questo motivo costituisce uno svolgimento di quello precedente in quanto assume che la circostanza di avere contestato il criterio di calcolo, che il consulente tecnico ha utilizzato per valutare il danno inferto al terreno dalla utilizzatrice, non costituisce allegazione di un fatto nuovo.

Innanzitutto, secondo la ricorrente, questa censura era già contenuta negli atti difensivi di primo grado e non già proposta per la prima volta in appello, ma soprattutto, secondo la ricorrente, se anche fosse da ritenersi proposta per la prima volta in appello, non sarebbe preclusa dal divieto di allegare fatti nuovi in secondo grado, in quanto la contestazione del criterio utilizzato dalla consulenza tecnica non può per l'appunto considerarsi come allegazione di un fatto nuovo bensì anch'esso come contestazione di un criterio di giudizio, e dunque come mera difesa.

Né, secondo la ricorrente, può dirsi che l'allegazione, a quella mera difesa, del prezzario che avrebbe dovuto essere utilizzato dal consulente in luogo di quello effettivamente adottato costituisca per l'appunto una allegazione tardiva.

5.3.-Il *terzo motivo* denuncia violazione dell'articolo 345 cpc nella formulazione ante vigente.

Con tale motivo la ricorrente censura quella parte della decisione della Corte d'appello nel punto in cui ha ritenuto che i nuovi documenti allegati alla consulenza tecnica di parte non sono indispensabili, in quanto tardivi, ed osserva come questa *ratio* costituisca una chiara violazione dell'articolo 345 citato, che



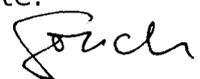
invece poneva una regola di segno contrario, ossia quella per cui anche il documento tardivamente prodotto poteva ritenersi ammissibile ove indispensabile: ed in tal caso doveva per l'appunto ritenersi che quel documento, in quanto necessario per la determinazione del risarcimento, era per l'appunto indispensabile.

6.-Questi tre motivi pongono una questione comune e possono dunque essere scrutinati insieme.

La questione che essi pongono è per l'appunto quella della facoltà della parte di contestare i risultati della consulenza tecnica d'ufficio per la prima volta in memoria di replica e, in via subordinata, se tali contestazioni, una volta considerate tardive in primo grado, possano essere proposte in appello senza incorrere nelle preclusioni dell'articolo 345 c.p.c. nella formulazione precedente la riforma introdotta dalla legge numero 69 del 2009, che ha diversamente disciplinato la procedura per la assunzione della consulenza tecnica.

7.-Come si è accennato, con ordinanza numero 1990 del 2020, questa Corte ha rimesso analoga questione al Primo Presidente per l'assegnazione alle Sezioni unite del relativo ricorso.

8.-Con sentenza numero 5624 del 2022 le Sezioni Unite di questa Corte hanno risolto la questione nel senso che le contestazioni e i rilievi critici delle parti alla consulenza tecnica d'ufficio, ove non integrino eccezioni di nullità relative al suo procedimento, costituiscono argomentazioni difensive, sebbene di carattere tecnico non giuridico, che possono essere formulate per la prima volta nella comparsa conclusionale, e anche in appello, purché non introducano fatti nuovi costitutivi, modificativi o estintivi, oppure nuove domande o eccezioni o nuove prove, ma si riferiscano alla attendibilità e alla valutazione delle risultanze della consulenza mirando a sollecitare il potere valutativo del giudice in relazione a tale mezzo istruttorio. E che, qualora tali contestazioni siano state proposte oltre i termini concessi alle parti, e quindi per la prima volta in comparsa conclusionale o in appello, il giudice può valutare alla luce delle specifiche circostanze del caso se tale comportamento sia stato o no contrario al dovere di lealtà e probità, di cui all'articolo 88 del codice di procedura civile, e, in caso positivo di tale valutazione, tenerne conto nella regolamentazione delle spese di lite.



9.- La Corte di Appello aveva così statuito quanto alle censure:

<< Posto ciò, occorre esaminare l'ulteriore motivo di censura proposto dall'appellante circa il prezzo indicato dal CTU per ogni mc di terriccio (€ 17,31) da posizionare sull'area interessata.

In primo grado, il CTP della Toto SPA ebbe a contestare la voce del prezziario della regione Abruzzo utilizzato dal CTU per calcolare il costo del terreno vegetale, sostenendo che tale voce (indicata come Q01/001) sarebbe stata inappropriata ed avrebbe dovuto essere ridotta del 50%, senza però né fornire gli elementi in base ai quali motivare tale dimezzamento del costo, né indicare la voce del prezziario ritenuta più appropriata.

Tenuto conto di ciò e della circostanza che il CTU aveva motivato puntualmente le ragioni per le quali aveva utilizzato tale voce ("il tipo di terreno vegetale scelto tra quelli presenti nel prezziario regionale (voce Q01/001) è quello di prezzo inferiore € 17,31 al mc), ritenuto idoneo per l'uso richiesto nel caso in esame; il terreno vegetale per la "sistemazione di aiuole o scarpate" presente nel prezziario regionale alla voce A04/005 ha prezzo superiore per oltre il triplo a quello scelto essendo di €41,58) - cfr. pag. 4 relazione a chiarimenti CTU), il Giudice di prime cure, correttamente, ha disatteso la censura formulata dall'allora convenuta, tramite il proprio consulente, adottando i criteri ed il prezzo indicati dal CTU.

In appello, allegando all'atto di impugnazione una nuova relazione peritale, l'appellante torna a ribadire la censura mossa in primo grado, meglio specificandola, e nel sostenere nuovamente che il tipo di terreno indicato dal CTU "non potrebbe mai essere utilizzato per il ripristino di un campo agricolo" (quale è quello oggetto del presente giudizio), indica un prezzo per il tipo di terreno vegetale simile applicato all'Anas nel 2010, pari a € 10,72 al mc (€ 17,31 è quello indicato nel prezziario della Regione Abruzzo per il 2007), depositando pagina web del prezziario regionale, nonché preventivi a prezziario ANAS.

Premesso che i nuovi documenti allegati alla consulenza tecnica redatta dalla dott.ssa Della Rovere non sono ammissibili, in quanto non risolutivi ai fini della decisione essendo elementi di valutazione surrettiziamente introdotti nel giudizio



tramite la predetta consulenza, si rileva che la nuova consulenza di parte, seppure astrattamente ammissibile, quale "allegazione difensiva tecnica", contiene deduzioni rispetto alle quali l'appellante deve ritenersi decaduta.

Ciò in quanto, in primo grado, successivamente al deposito dei chiarimenti da parte del CTU, la Toto Spa non ha più preso posizione – né in sede di precisazione della conclusioni (ove all'udienza del 07.10.10 si è riportata alle conclusioni rassegnate in atti) e neppure con la memoria conclusionale – in ordine alla scelta del terreno vegetale e alla indicazione del prezzo dello stesso e comunque, in generale, relativamente alle conclusioni cui è giunto il CTU....." >>.

Questi argomenti vanno valutati alla luce di Cass., Sez. Un., n. 5624 del 2022. Essa ha statuito che nella conclusionale possono essere prospettate argomentazioni critiche ("contestazioni e rilievi critici") contro la c.t.u. purché non comportino allegazione di fatti nuovi.

Nel caso presente, le argomentazioni critiche non considerate dal primo giudice e poi da quello di appello, sono state sollevate non nella conclusionale, bensì nella memoria di replica.

Avendo le stesse Sezioni Unite detto anche, sulla scia di una Cass., Sez. Un., n. 13902 del 2013 (richiamata a pag. 20: <<La consulenza tecnica di parte costituisce una semplice allegazione difensiva a contenuto tecnico, priva di autonomo valore probatorio, sicché la sua produzione, in quanto sottratta al divieto di cui all'art. 345 cod. proc. civ., è ammissibile anche in appello.>>), che quello che si può fare con la conclusionale si può fare pure in appello, si deve ritenere che le argomentazioni non possono essere introdotte con la memoria di replica e, se vi vengano introdotte, il primo giudice le può ignorare senza che la sentenza sia ingiusta, ferma la possibilità di rimettere la causa sul ruolo per consentire il contraddittorio.

Il silenzio quanto alla memoria di replica, sebbene significativo, delle Sezioni Unite, si spiega come avallo della seguente giurisprudenza: <<Con le memorie di cui all'art. 190 c.p.c. le parti possono solo replicare alle deduzioni avversarie ed illustrare ulteriormente le tesi difensive già enunciate nelle comparse conclusionali e non anche esporre questioni nuove o formulare nuove



conclusioni, sulle quali, pertanto, il giudice non può e non deve pronunciarsi.>>
(Cass. (ord.), n. 98 del 2016; Cass. n. 22970 del 2004).

Da tanto segue che il giudice di appello, là dove non ha implicitamente ritenuto censurabile (come si evince dal riferimento alla sola memoria conclusionale) che il primo giudice avesse ignorato le deduzioni argomentative della memoria di replica, non ha errato affatto.

Semmai, quelle argomentazioni avrebbero dovuto essere esaminate da lui e non ritenute inammissibili. Inoltre, in quanto ribadite e riproposte con la consulenza tecnica di parte prodotta in sede di appello, parimenti avrebbero dovuto esaminarsi e così la consulenza in quanto ripropositiva di esse.

Ne segue che il primo motivo non è fondato quanto alla violazione dell'art. 190 c.p.c. (è appena il caso di rilevare che è priva di pertinenza la giurisprudenza evocata sub lett. a) a pag. 16, dato che concerne il caso di deposito della sola memoria di replica in mancanza di conclusionale).

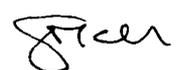
E' fondato quanto alla violazione dell'art. 345 c.p.c., giusta le SS.UU. del 2022, atteso che quanto dedotto in via argomentativa con la memoria di replica poteva dedursi con l'appello.

La sentenza va cassata con prescrizione al giudice del rinvio di esaminare le argomentazioni *de quibus* e ciò sia in quanto riprese dalla perizia di parte prodotta in appello sia in quanto fatte valere con il motivo di appello.

Il secondo motivo resta assorbito per effetto dell'accoglimento del primo.

Il terzo va accolto sulla base di Cass., Sez. Un., n. 10790 del 2017, applicabile giusta il regime dell'art. 345 c.p.c. che opera per il giudizio e la nozione di indispensabilità da essa accolta. Per un verso la corte aquilana ha errato nel negare l'ammissibilità sull'assunto che i documenti servissero ad introdurre elementi, cioè fatti (secondari) dalla cui introduzione parte ricorrente era decaduta, non avendoli dedotti con la conclusionale (quella che la corte chiama "memoria conclusionale"), per altro verso ha in ogni caso erroneamente valutato l'indispensabilità alla stregua della citata sentenza.

In accoglimento del terzo motivo, inoltre, la sentenza va cassata prescrivendo al giudice del rinvio di esaminare la perizia anche quanto ai fatti nuovi secondari che essa allega e fonda sui documenti prodotti.



10.- I motivi quarto e quinto attengono alla regolamentazione delle spese effettuata dal giudice di secondo grado, e dunque pongono questioni da ritenersi assorbite dall'accoglimento dei primi tre, e rimesse al giudice del rinvio.

P.Q.M.

La Corte accoglie parzialmente il primo motivo, ed integralmente il terzo, dichiara assorbiti gli altri. Cassa la decisione impugnata e rinvia alla Corte d'Appello de L'Aquila in diversa composizione anche per le spese.

Così deciso in Roma 17.5.2022

~ 1