

LA CONSULENZA TECNICA PREVENTIVA AI FINI DELLA COMPOSIZIONE DELLA LITE: QUALE FUTURO?*

ANDREA BALBA

Sommario: 1. Introduzione e fonti, 2. Natura giuridica 2.1 Presupposti ed ambito applicativo, 2.2 Valore dell'elaborato peritale, 3. La disciplina, 4. L'impugnabilità, 5. Conclusioni.

1. Introduzione e fonti

Come è noto l'istituto oggetto dell'odierno convegno è stato introdotto ex novo dal D.L. 35/2005 poi convertito nella Legge 80/2005, il c.d. decreto competitività, mediante la tecnica della novellazione ovvero introducendo l'art. 696bis nel c.p.c.

Il legislatore ha inserito tale istituto nel Capo III Titolo I del IV libro del Codice, concernente i procedimenti cautelari ed, in particolare tra i procedimenti di istruzione preventiva anche se, sin da una prima lettura, la consulenza tecnica preventiva pare essere stata concepita più (se non esclusivamente) come strumento di risoluzione delle controversie alternativo alla promozione di un ordinario giudizio di cognizione che come strumento di costituzione preventiva di un mezzo di prova, funzione che, come vedremo, comunque non viene definitivamente meno.

Si tratta, quindi, di un meccanismo processuale conciliativo apparentemente unico nel panorama codicistico.

Per meglio comprendere la ratio dell'istituto in questione nonché, all'evidenza, le ragioni di politica legislativa sottostanti alla sua introduzione, si ritiene opportuno fare un breve cenno ai Lavori Preparatori ed in particolare ai lavori della commissione Vaccarella dal cui esame si ricava come la stessa aveva espresso alcune considerazioni che si possono così brevemente riassumere:

* Relazione al convegno "La CTU conciliativa ex art. 696bis del codice di procedura civile: utilità e criticità in materia di responsabilità medica" che ha avuto luogo presso la Certosa di Pavia il 17 ottobre 2008.

a) nella concreta realtà dei processi le parti controvertono essenzialmente in ordine a questioni meramente di fatto, per cui una volta che il fatto controverso venga acclarato è possibile raggiungere una soluzione conciliativa della lite;

b) ove tale accertamento riesca ad effettuarsi prima che un processo ordinario venga instaurato, allora sussistono serie probabilità che tali controversie non entrino in un'aula di tribunale;

c) questo solo, e nei limiti in cui le parti ed i rispettivi legali si dimostrino capaci di raggiungere e quindi anticipare la formazione della prova, e quindi risolvere il contrasto sul fatto, prima di fare causa;

d) fino alla riforma, la possibilità di anticipare la formazione della prova rispetto o indipendentemente alla introduzione di un giudizio era prevista unicamente al ricorrere del c.d. *periculum* in mora, di guisa che ove tale pericolo non fosse stato ravvisabile, tale possibilità era preclusa; da ciò la natura essenzialmente cautelare, della istruzione preventiva;

e) ulteriore angusto limite del sistema ante riforma era costituito dall'ambito di operatività ridotta dei procedimenti di accertamento tecnico preventivo, istituzionalmente limitati e circoscritti alla realizzazione di una fotografia della situazione, ed in quanto tali non in grado di superare e comporre il contrasto fattuale.

2. Natura giuridica

Come sopra già anticipato la consulenza tecnica preventiva è uno strumento essenzialmente conciliativo che si inserisce, seppur in modo peculiare, nell'ambito del sistema delle c.d. ADR volte a decongestionare il contenzioso dei Tribunali ed a permettere celeri soluzioni dei conflitti che coinvolgono le parti.

Occorre verificare se tale istituto costituisca, e se sì in che termini, quell'anticipazione della prova del fatto che la commissione Vaccarella riteneva necessaria ai fini della conciliazione della lite.

Occorre quindi verificare quale sia il valore dell'elaborato peritale qualora la conciliazione non riesca e le parti promuovano un ordinario giudizio di merito.

L'esame dell'istituto, peraltro, non può che procedere, anche se solo in parte, in parallelo con quello dell'accertamento tecnico preventivo onde evidenziarne le differenze e le affinità (essenzialmente procedurali).

Dalla novella legislativa vengono fuori, infatti, due istituti profondamente diversi, i quali non condividono tra loro né presupposti né

effetti processuali, con il necessario corollario, sul quale di seguito sarà opportuno fare le dovute considerazioni, che le due figure giuridiche non possono assimilarsi neppure riguardo all'efficacia istruttoria che le relazioni tecniche, formate nei rispettivi ambiti, siano in grado di produrre all'interno del giudizio di merito successivamente instaurato.

Come è stato argutamente sostenuto in dottrina “...si può affermare che, mentre l'accertamento tecnico preventivo è strumento che mira a costituire una prova prima del processo ed in vista del processo, l'istituto disciplinato dal nuovo art. 696-bis pare configurare una prova in luogo del processo...”.

L'A.T.P. è sempre stato tradizionalmente considerato un mezzo di istruzione preventiva di natura cautelare, presupponendo l'istituto la sussistenza necessaria e cumulativa del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*.

L'intervento della novella non ha inciso sul punto, recependo, peraltro, gli arresti giurisprudenziali in materia sia della Corte Costituzionale che della Corte di Cassazione¹.

In primo luogo è stata estesa l'operatività dell'accertamento alla persona dell'istante e, previo consenso dell'interessato, alla persona nei cui confronti l'istanza è proposta.

¹ L'accertamento sulla persona dell'istante è stato ammesso nell'ordinamento da Corte Cost. n. 471 del 22 ottobre 1990; Corte Cost. n. 257 del 19 luglio 1996 ha dichiarato altresì l'illegittimità costituzionale nella norma di cui all'art. 696 c.p.c. nella parte in cui non prevedeva la possibilità di accertamento anche sulla persona nei cui confronti l'istanza veniva proposta, e ciò sulla scorta del principio della “parità delle armi processuali” in riferimento all'art. 24 Cost..

In merito invece all'estensione delle indagini in sede preventiva alla valutazione delle cause, l'intervento della novella si pone in contrasto con Corte Cost. n. 49 del 20 febbraio 1997, secondo cui non possono essere espresse in sede di A.T.P. “Le valutazioni tecniche che, sulla scorta degli elementi acquisiti in via d'urgenza, possono essere svolte successivamente con la consulenza nel processo di merito”, nonché con Corte Cost. n. 388 del 22 ottobre 1999, secondo la quale la finalità cautelare dell'istituto non consente di trasformare “L'atto di istruzione preventiva in sostanziale anticipazione del giudizio”. La giurisprudenza di Cassazione, d'altro canto, aveva subito una progressiva evoluzione in senso estensivo, fino alla pronuncia n. 12007 dell'08 agosto 2002, in cui si statuisce che “Lo sconfinamento dai limiti dell'accertamento integra una violazione del principio del contraddittorio, con la conseguenza che, ove tale violazione non sia configurabile per avere le parti effettivamente partecipato all'accertamento tecnico, anche nei punti esorbitanti dall'incarico, ovvero allorché la relazione del consulente sia stata ritualmente acquisita agli atti senza opposizione delle parti stesse, si realizza la sanatoria di detta esorbitanza e la conseguente utilizzabilità dell'accertamento”.

In secondo luogo il nuovo art. 696, comma 2, c.p.c. prevede che l'accertamento “può comprendere anche valutazioni in ordine alle cause ed ai danni relativi all'oggetto della verifica”, così superandosi il precedente orientamento che portava a concepire l'A.T.P. come la “fotografia dello stato dei luoghi e/o delle cose”, senza possibilità di indagine o valutazione di cause o danni².

Efficacemente la dottrina ha parlato sul punto di un nuovo accertamento di natura “valutativa”³.

L'espletamento della nuova consulenza tecnica preventiva ex art. 696-bis, differentemente, pare prescindere del tutto dai presupposti del *fumus* e del *periculum in mora*, potendo senz'altro essere domandata anche laddove non vi sia affatto urgenza di verifica e, pertanto, perde la natura cautelare propria dell'ATP⁴.

Permane, invece, il necessario controllo sulla sussistenza degli altri presupposti processuali quali integrità del contraddittorio, legittimazione attiva e passiva nonché l'interesse ad agire ex art. 100 c.p.c., in ragione del fatto che il procedimento in esame deve, comunque, considerarsi strumentale ed accessorio (sulla valenza di questo carattere vedremo in seguito) rispetto all'eventuale futuro giudizio di merito così che non potrebbe essere adottato in aperto contrasto con i requisiti di ritualità previsti dai principi generali del processo civile, se non rassegnandosi fin dal principio a poter compiere in

² Nella prassi giudiziaria solo l'accordo delle parti poteva superare la rigidità del testo normativo; la giurisprudenza aveva peraltro precisato come, se rispettato il contraddittorio tra le parti, eventuali “sconfinamenti” del consulente restavano sanati ex art. 157 c.p.c. se non tempestivamente eccepiti.

³ V. Di Giacinto – De Amicis – La nuova funzione conciliativa dell'accertamento tecnico preventivo – in Ventiquattrore Avvocato – n. 4 Aprile 2006.

⁴ In questo senso anche i recenti provvedimenti emessi dal tribunale di Pavia in data 14.7.2008, est Piergiovanni Palminota, pubblicato in *www.ilcaso.it*, I, 1302, ed in data 20.5.2008 e successivamente in data 4.6.2008 Est. Erminia Lombardi, inedite, dal seguente tenore: “...va rilevato che la circostanza che all'istituto in parola si possa ricorrere “anche al di fuori delle condizioni di cui al primo comma dell'art. 969 c.p.c., comporta il venir meno del presupposto del *periculum in mora*...”. Tali provvedimenti peraltro, pur concordando sul venir meno del presupposto del *periculum* ritengono necessaria la valutazione del *fumus boni iuris* in quanto, si sostiene, “...la consulenza è destinata, qualora la conciliazione non intervenga, ad essere utilizzata nel futuro processo di merito, ragione per cui, anche al fine di evitare consulenze meramente esplorative, non può prescindere da una valutazione della sua ammissibilità e rilevanza...”. Chi scrive non concorda pienamente con tale assunto sia per la natura assolutamente conciliativa dell'istituto, sia perché nell'eventuale giudizio di merito, come peraltro avviene anche per gli ATP alla richiesta della parte di acquisizione degli atti spetterà comunque al Giudice il giudizio di ammissibilità e rilevanza ex art. 698 c.p.c.

sede preventiva un'attività *inutiliter data*, poiché in alcun modo utilizzabile nel successivo giudizio di cognizione.

Bisogna a questo punto precisare come la consulenza conciliativa non sia *ex se* istituto avulso dal sistema. Già gli artt. 198, 199 e 200 del c.p.c. prevedevano il compito del consulente tecnico nominato di tentare la conciliazione delle parti⁵. Non sono rare le ipotesi in cui il tribunale attribuisce specifico mandato conciliativo al perito al momento del conferimento dell'incarico. Questo però a causa già pendente e, quindi, con finalità deflative certamente depotenziate

Anche grazie al raffronto con l'Accertamento tecnico preventivo, deve ora affrontarsi il nodo della natura giuridica della consulenza preventiva conciliativa

In dottrina sono state proposte due ricostruzioni dell'istituto diametralmente opposte.

Secondo una prima tesi la consulenza ex art. 696bis c.p.c. ha natura di strumento di istruzione preventiva non cautelare.

Tale strumento permette alle parti, a tutela delle proprie posizioni soggettive, di ottenere una anticipazione della formazione della prova rispetto ai tempi necessari per la sua assunzione in un ordinario giudizio di merito e questo, come sopra già precisato, a prescindere dal presupposto del *periculum* nell'assunzione della stessa. Tale assunzione poi, pur avendo una precipua funzione conciliativa tra le parti, non perdendo il carattere proprio di istruzione anticipata, può essere acquisita su domanda delle parti nell'eventuale giudizio di merito e valutata come tale dal giudice procedente.

Secondo una diversa impostazione la consulenza preventiva ha essenzialmente natura conciliativa. L'attività istruttoria espletata è funzionalmente collegata all'esperimento del tentativo di conciliazione tra le parti. Qualora la conciliazione non riesca e la parte, promuovendo un ordinario giudizio di merito richieda l'acquisizione dell'elaborato in giudizio, il medesimo avrebbe unicamente il ruolo di strumento di valutazione del comportamento delle parti nella fase conciliativa ai soli fini della decisione sulle spese di lite.

⁵ In particolare l'art. 198 comma primo c.p.c. contempla il tentativo di conciliazione in sede di esame contabile. Le due norme successive si occupano del processo verbale di conciliazione e degli effetti della mancata conciliazione. E' utile qui rilevare che, nella prassi, ad ogni c.t.u., tra gli altri quesiti, è di norma affidato dal Giudice esplicitamente o implicitamente, tra gli altri, il compito di "tentare ove possibile la conciliazione".

Si è fatto strada anche una tesi, che potrebbe definirsi intermedia e che, come vedremo, merita di essere condivisa e sviluppata, secondo la quale l'istituto in commento avrebbe una duplice natura, di composizione della controversia non ancora sfociata in una lite giudiziaria e di anticipazione di una parte dell'istruttoria ordinaria pur in assenza di esigenze cautelari.⁶

Ciò premesso può ora passarsi ad esaminare nel dettaglio i presupposti, l'ambito applicativo dell'istituto ed i poteri attribuiti al consulente nominato dal Tribunale.

2.1 Presupposti, ambito applicativo e poteri del consulente

L'art. 696bis dispone che la consulenza tecnica preventiva possa essere richiesta, anche al di fuori delle condizioni previste per l'accertamento tecnico preventivo, ai fini dell'accertamento e della relativa determinazione dei crediti derivanti dalla mancata o inesatta esecuzione di obbligazioni contrattuali o da fatto illecito.

Trattasi di ambito applicativo certamente ampio, non più legato al pericolo di non poter più procedere in seguito e che non è volto ad attuare una mera fotografia dello stato delle cose o dei luoghi ai fini di preservare la prova ma che è volto, differentemente, all'accertamento dei crediti vantati dal ricorrente.

Il Legislatore ha dotato la parte privata del potere di convenire controparte innanzi ad un giudice onde intraprendere un percorso che, avvalendosi dell'attività professionale di consulenza prestata da un professionista terzo ed esperto della materia, possa portare a determinare un'ipotesi di soluzione della controversia, sulla quale le parti possano liberamente far convergere la propria volontà negoziale.

Essenzialmente possa determinare il contenuto di una transazione tra le parti.

Fin da una prima lettura della norma si evince chiaramente come il consulente nominato dal giudice possa essere investito di poteri ben più ampi di quelli spettanti in sede di CTU disposta in corso di giudizio.

Nella consulenza preventiva, infatti, il perito non è chiamato ad operare in veste di semplice ausiliario del giudice ma, in sostanza, esercita in prima persona anche attività essenzialmente giurisdizionale: il consulente, infatti, non potrà esimersi dall'effettuare anche una valutazione dal punto di vista del diritto di quelle che sono le condotte delle parti: tanto per fare

⁶ In questo senso le già citate ordinanze del 20.5.2008 e del 4.6.2008 del Tribunale di Pavia est. Lombardi

alcune ipotesi, il consulente dovrebbe pronunciarsi sulla imputabilità di un danno, valutare se una condotta costituisca adempimento e/o inadempimento di un contratto ovvero sulla validità di una obbligazione che deriva dalla questione di fatto controversa.

Tale circostanza è essenzialmente legata alla natura ed alla funzione dell'istituto che è, come detto, essenzialmente conciliativa. I risultati cui giunge il consulente dovrebbero essere condivisi dalle parti e fatte proprie mediante una transazione vera e propria.

Su tali conclusioni pare unanime la giurisprudenza intervenuta in materia⁷, anche se solo per prospettare interpretazioni di tipo restrittivo volte a limitare i poteri del consulente tecnico nominato.

Tale ampi poteri sono stati oggetti di dure osservazioni da una parte della dottrina. Si è sostenuto, infatti, che il riconoscere al consulente il potere di accertare e determinare i crediti, non potendo che comportare che il medesimo effettui anche una valutazione dal punto di vista del diritto di quelle che sono le condotte delle parti, determina, di necessità che il consulente si pronunci sulla imputabilità di un danno, che valuti se una condotta costituisca adempimento e/o inadempimento di un contratto ovvero che si pronunci sulla validità di una obbligazione oggetto della questione di fatto controversa.

⁷ Ordinanze del Tribunale di Pavia cit., Ordinanza Tribunale di Ravenna del 29.3.2008 dal seguente tenore: “...*Nell'ipotesi dell'art. 696 bis, invece, la necessità dei citati requisiti non è affatto rappresentata, prevalendo il fine conciliativo. Partendo dal presupposto dell'esistenza e dell'individuazione delle cause di determinati danni, che comportano una responsabilità di tipo contrattuale e/o extracontrattuale a carico dell'autore della condotta, l'esigenza della parte non è tanto quella di preconstituirsì una prova prima del processo, quanto piuttosto quella di poter disporre di uno strumento base dal quale poter partire per giungere a una soluzione conciliativa della controversia, evitando proprio il successivo giudizio di merito. Più in particolare, la disposizione dell'art. 696 bis consente l'accertamento e la relativa determinazione dei crediti derivanti dalla mancata o inesatta esecuzione di obbligazioni contrattuali o da fatto illecito. Ciò tuttavia postula che il CTU incaricato possa (e debba) anche accertare le cause della mancata o inesatta esecuzione di obbligazioni contrattuali o del fatto illecito che ha cagionato i lamentati danni da quantificare. In altre parole, l'oggetto della verifica ex art. 696 bis deve essere supportato dalla positiva indagine delle cause (a meno che la prova della responsabilità non sia già documentata e in possesso del CTU e, dunque, il fatto non sia contestato). Chiedere al CTU un accertamento tecnico, anche a fini conciliativi, che abbia a oggetto la quantificazione di determinate somme, significa comunque che lo stesso CTU deve disporre delle prove dell'esistenza di una certa responsabilità; in alternativa, deve essere messo nelle condizioni (rectius nel potere) di accertare e verificare direttamente, attraverso la sua indagine tecnica e prescindendo dalla ricorrenza dei presupposti del *fumus* e del *periculum*, anche le cause che hanno determinato il danno. Intendendo in tal senso lo spirito della norma, si superano agevolmente alcune difficoltà interpretative, che farebbero altrimenti prospettare come eccessivamente riduttivo il *quid novi* dell'atp con funzione conciliativa della controversia tra le parti. Mette d'altronde conto sottolineare che la conciliazione dovrebbe ragionevolmente rispondere all'interesse non soltanto della parte ricorrente, ma anche di quella resistente...*”.

Questo sostituirsi del consulente al giudice è considerato un serio problema, ancor più grave, si sostiene, in riferimento a fattispecie particolari, quali ad esempio quelle in cui si controverta circa una presunta colpa professionale medica, che non si esaurisce affatto solo nel ricostruire il fatto alla luce di criteri medico-scientifici ed a successivamente quantificare l'eventuale danno, ma richiede necessariamente che il giudice proceda prima a verificare la sussistenza, e poi a valutare dal punto di vista giuridico, anche di ulteriori e certo non meno importanti aspetti attinenti ad un giudizio di responsabilità e conseguente imputabilità del fatto e delle eventuali conseguenze dannose derivatene.

Invero, proprio per la delicatezza intrinseca di simili fattispecie, si rischierebbe di pregiudicare il diritto alla difesa delle parti in quanto il consulente dovrebbe affrontare e risolvere anche le eccezioni giuridiche dalle stesse sollevate potendo non avere cognizione sufficienti in materia.

Conseguentemente, si evidenzia, si corre il serio e grave rischio, per il caso di utilizzazione dell'elaborato nel futuro giudizio di merito quale prova precostituita, di esautorare il giudice di merito dalla funzione che gli è propria – quella giurisdizionale – trasferendola ad un soggetto che certo non è in grado di svolgerla.

Non sembra, peraltro, che tali timori siano giustificati (o comunque nella loro interezza) per le seguenti ragioni:

1) Il testo legislativo non lascia margini a dubbi: il consulente tecnico nominato dal giudice, se la fattispecie lo richiede per il contrasto sussistente tra le parti sul punto, non può sottrarsi anche dall'effettuare alcune valutazioni di tipo giuridico che normalmente spettano al giudice, in quanto volte a provocare la conciliazione delle parti e, pertanto, tutti i punti controversi devono di necessità essere affrontati (potrebbe anche accadere che le parti dibattano solo ed esclusivamente su di un quantum per cui nessuna valutazione giuridica debba essere lasciata al consulente);

2) in sede ordinaria ciò non accade in quanto la consulenza tecnica, sembra quasi offensivo ribadirlo, non è un mezzo di prova ma un mezzo di valutazione dei fatti tecnici per cui vi è necessità di una competenza generalmente non posseduta dal giudice: è il giudice pertanto che affronterà e scioglierà i nodi giuridici esistenti prima o dopo l'espletamento dell'indagine tecnica;

3) le parti possono farsi assistere da propri consulenti in grado di collaborare con il consulente nominato dal Tribunale per la soluzione conciliativa della controversia: tale partecipazione, ad avviso di chi scrive, non trova ostacolo nell'ultimo capoverso dell'art. 696-bis, il quale nel

dichiarare applicabili alla nuova procedura, nei limiti della compatibilità, le norme codicistiche dettate in materia di nomina ed indagini del consulente tecnico, rinvia espressamente agli articoli da 191 a 197 c.p.c. con esclusione dell'art. 201 c.p.c., che disciplina la figura del consulente tecnico di parte. Il diritto discende direttamente dall'art. 24 della costituzione nell'interpretazione allo stesso data dalla Corte costituzionale e si impone vieppiù proprio per il carattere non solo tecnico dell'incarico che il consulente può essere chiamato a svolgere (vedremo poi le ricadute di tale impostazione sul valore dell'elaborato peritale per il caso di mancata conciliazione delle parti);

4) infine, affinché la procedura preventiva possa assolvere alla sua funzione, è necessario che le stesse parti assumano un atteggiamento non già "difensivo", ma, al contrario, il più possibile conciliativo, fornendo al consulente tutte le notizie e facendo tutte le dichiarazioni che possano essere utili allo sforzo di ricerca di una soluzione condivisa.

Ciò non toglie che alcuni limiti di indagine si impongono.

A parere di chi scrive dovrà essere il giudice nel momento della determinazione del quesito a predisporre le linee guida anche di questa indagine non prettamente tecnica con un solo limite, come si dirà a breve, ovvero quello della dichiarata indisponibilità di una delle parti a conciliare.

2.2 Valore dell'elaborato peritale

Può ora passarsi ad esaminare quello che è forse il punto più spinoso della consulenza conciliativa e che, ad avviso di chi scrive, è l'elemento determinante al fine di individuare il possibile successo o insuccesso dell'istituto o, come meglio suggeritomi dal titolo della relazione assegnatami, quale futuro questo istituto potrà avere nel nostro ordinamento.

Sul punto, in dottrina, esistono visioni divergenti che paiono confermate anche dalla prima giurisprudenza intervenuta in materia, anche se in quest'ultima, come forse è naturale, pare dominare un sano pragmatismo.

Si dibatte sull'efficacia da riconoscersi alla relazione di consulenza nel successivo giudizio di merito ed, in generale, sulle conseguenze giuridiche e processuali da riconnettersi all'avvenuto espletamento della procedura conciliativa che abbia avuto esito negativo. Il problema sorge in quanto, contrariamente a ciò che avviene per l'ipotesi di buon esito della conciliazione, per il caso (inverso) di successiva instaurazione del giudizio di cognizione la norma appare generica, limitandosi a riconoscere alle parti la facoltà di chiedere l'acquisizione agli atti della relazione depositata dal consulente (penultimo comma dell'art. 696-bis).

La soluzione ai suddetti problemi non può che essere logica conseguenza della natura giuridica che si riconosce all'istituto in questione, al suo precipuo scopo ed ai poteri che si ritengono esperibili dal consulente incaricato.

Secondo la tesi che potremmo definire della natura istruttoria dell'istituto, la consulenza preventiva ha essenzialmente natura di anticipazione nell'assunzione della prova del fatto controverso onde consentire alle parti di conciliare la vertenza anche in assenza di un ordinario giudizio di merito.

Tale tesi, peraltro, evidenzia con preoccupazione come l'accertamento e la determinazione dei crediti potrebbe involgere la valutazione giuridica e non tecnico-scientifica delle condotte delle parti, e quindi l'ingresso del consulente, ad esempio, nel giudizio di imputabilità o meno del danno, nella valutazione dell'adempimento/inadempimento contrattuale, o della validità dell'obbligazione posta a sostrato della pretesa fatta valere.

Si sostiene come il dettato normativo, onde evitare l'attribuzione di competenze esclusivamente giurisdizionali ad un consulente tecnico, deve essere interpretato in armonia con i principi generali ricavabili dal codice di procedura civile. In particolare i dettati positivi secondo cui il consulente ha funzioni ausiliarie del Giudice limitate alle proprie cognizioni di stampo eminentemente tecnico, ed in virtù del richiamo da parte dell'art. 696bis del complesso della disciplina dettata in tema di consulenza tecnica.

L'argomento testuale, si prosegue, deve essere valorizzato in modo da non creare una figura abnorme, esorbitante dal sistema⁸.

Questa dottrina trae, quindi, i necessari corollari:

- l'opera del consulente deve limitarsi all'accertamento anticipato del *quantum debeatur*, senza sconfinare nell'*an debeatur*;
- la determinazione del *quantum* è attività pienamente sufficiente a non frustrare l'esigenza deflattiva del contenzioso sottesa alla norma, garantendo essa il sostrato fattuale preordinato alla dialettica tra le parti ed alla conseguente ed auspicata formazione dell'accordo⁹;

⁸ *Tractent fabrilis fabri*: i consulenti siano consulenti: venga lasciato alla dialettica delle parti dinanzi al Giudice lo sviluppo delle questioni di diritto.

⁹ Sul punto la norma ha già dato adito a due diverse letture, che si fronteggiano in dottrina. Per Nardo, "La nuova funzione conciliativa dell'accertamento tecnico preventivo alla luce della recente legge n. 80/2005", in www.judicium.it, il c.t.u. "non ha alcun potere di indagare sulla validità della obbligazione contrattuale che genera il diritto di credito, ma deve limitarsi ad una quantificazione e quindi al calcolo della somma asseritamente rivendicata da una delle parti." Per Giallongo, "Le modifiche al Codice di Procedura Civile – contributi per una riflessione", in

- il ricorso per Consulenza tecnica preventiva dovrebbe, quindi, esser dichiarato inammissibile solo in caso di contestazioni sull'*an debeatur*, ma non per il caso di espressa volontà di non conciliare manifestata dal convenuto nonché per il caso di mancata partecipazione del medesimo, sia perché nulla escluderebbe un possibile mutamento di prospettiva a seguito del deposito dell'elaborato peritale, ma soprattutto perché l'elaborato è destinato alla precostituzione ante giudizio della prova del fatto;
- piena utilizzabilità dell'elaborato peritale anche in caso di esito negativo della conciliazione, stante la funzione di accertamento preventivo del fatto controverso.

Tale tesi ha, quindi, precisato come il legislatore, determinando l'ambito di applicazione dell'istituto, ha utilizzato una formula molto ampia: "crediti derivanti dalla mancata o inesatta esecuzione di obbligazioni contrattuali o da fatto illecito": tale locuzione pare escludere solamente le obbligazioni derivanti da *negotiorum gestio*, *soluti retentio*, e da arricchimento senza causa ex art. 2041 c.c..

La consulenza preventiva, quindi, potrà trovare le più svariate applicazioni: dall'ipotesi della esatta determinazione della rata di mutuo (responsabilità contrattuale da mancato pagamento) alla verifica della sussistenza di vizi occulti con relativa determinazione dei costi di ripristino (responsabilità contrattuale derivante da appalto, contratto d'opera, compravendita), alla determinazione dei corrispettivi nei contratti d'appalto a misura, fino alla determinazione dei danni patrimoniali o biologici derivanti da sinistro stradale. Per quest'ultimo caso, si precisa, la CTU conciliativa potrebbe fornire una valida alternativa nel contenzioso in tutte quelle ipotesi in cui non vi sia contestazione in tema di responsabilità, ma si discuta soltanto sulla corretta quantificazione del danno (così anche in tema di responsabilità medica).

Tale ricostruzione é stata accolta dal tribunale di Pavia con ordinanza del 14.7.2008 ove si sostiene come "*non può quindi nominarsi un consulente tecnico d'ufficio ex art. 696bis c.p.c. quando la decisione della controversia implicherebbe la soluzione di questioni giuridiche complesse oppure l'accertamento di fatti che esulino dall'ambito delle indagini di natura tecnica...*"¹⁰.

www.judicium.it, d'altro canto, "*l'attività del consulente, non può che estendersi anche a profili di diritto*".

¹⁰ Aderiscono a tale tesi anche le successive ordinanze del medesimo Tribunale sopra citate quanto precisano "...*Né consegue che il fatto che la parte resistente, come nella specie, contesti l'an debeatur e comunque si dichiari non disponibile a una definizione della controversia non rileva ai fini dell'ammissibilità dell'istituto, sia perché non può escludersi che, all'esito della consulenza,*

Negli stessi termini il Tribunale di Milano, sez. X 23.1.2007 secondo cui *“presupposto dell'accertamento tecnico preventivo di cui all'art. 696 bis c.p.c., (introdotto con la l. n. 80 del 2005) è che la controversia fra le parti abbia come unico punto di dissenso ciò che, in sede di processo di cognizione, può costituire oggetto di consulenza tecnica, acquisita la quale, secondo le preventivamente dichiarate intenzioni delle parti, appare assai probabile che esse si concilieranno, non residuando - con valutazione da compiersi in concreto ed "ex ante" - altre questioni controverse”*.

Così recentissimamente anche il Tribunale di Mantova per il quale *“Non può nominarsi un consulente tecnico ai sensi dell'art. 696 bis c.p.c. al fine di demandargli la soluzione di questioni giuridiche controverse fra le parti e che richiedono invece l'espletamento di una istruttoria da svolgersi con le forme e le garanzie di un procedimento ordinario di cognizione”*.¹¹

Differentemente la c.d. tesi conciliativa.

Si precisa che ogni analisi e valutazione dell'istituto non possa prescindere dalla *ratio* conciliativa che permea l'istituto onde evitare di avallare soluzioni di tipo utilitaristico che, pur di conservare una qualche efficacia alla relazione tecnica, sono troppo frettolosamente propense a trascurarne il percorso generativo.

La relazione di consulenza formata nel procedimento ex art. 696-bis, si sostiene, non è assimilabile, *quoad effectum*, alla relazione di C.T.U., sia essa espletata nel corso del giudizio di cognizione ovvero nell'ambito del procedimento di accertamento tecnico preventivo ex art. 696 c.p.c.

A favore di questa conclusione militano, prima di tutto, le considerazioni sulla natura giuridica e sulle finalità della relazione ex art. 696-bis, come sopra precisate.

“Al consulente, infatti, è riconosciuta la possibilità di travalicare i limiti della propria competenza professionale e di allontanarsi dalla semplice descrizione di fatti ed eventi e dalla valutazione tecnica e/o scientifica dei relativi processi causali e gli è consentito di esprimersi intorno all' “accertamento e alla relativa determinazione di crediti”. Si tratta, cioè, di attività giuridica che, nel processo di cognizione, è di competenza esclusiva ed “indelegabile” del giudice. Nella procedura preventiva in parola, tale funzione è demandata al consulente nominato e ciò non può essere “motivo di scandalo” proprio perché il relativo esercizio non

la parte possa mutare opinione, sia perché in ogni caso, come in pendenza evidenziato, accanto alla finalità conciliativa vi è quella di formazione preventiva della prova, la quale può essere utilizzata, nell'eventualità che la conciliazione non intervenga, nel futuro giudizio di merito...”

¹¹ Tribunale di Mantova ordinanza 4.9.2008 est. Mauro Bernardi, in www.ilcaso.it, I, 1323.

avviene in forma di statuizione officiosa, ma, semplicemente, di ipotesi conciliativa. In questa prospettiva, come anticipato, anche le semplici considerazioni tecniche del consulente sono orientate verso un “accertamento conciliativo dei crediti” e non scaturiscono da un approccio propriamente tecnico-scientifico.

Il consulente, e non potrebbe essere diversamente, non statuisce sul fatto con sentenza o provvedimento comunque definitivo e vincolante ma predispone semplicemente un elaborato tecnico volto a favorire la conciliazione tra le parti.

A ciò si aggiunga che, affinché la procedura preventiva possa assolvere alla sua funzione, è auspicabile che le stesse parti assumano un atteggiamento non già difensivo...”, ma, come sopra ricordato conciliativo. “...Riconoscere a tali contegni ed alle valutazioni che su di essi abbia operato il consulente una valenza probatoria azionabile nel giudizio di merito, sia pure sotto forma di argomenti di prova ex art. 116 c.p.c., come è stato acutamente osservato, comporterebbe una compressione del diritto di difesa. In questo caso, l’atteggiamento collaborativo della parte durante la procedura conciliativa le si ritorcerebbe contro nel corso del successivo giudizio di merito o, al contrario, l’esigenza di non pregiudicare la propria posizione nell’(eventuale) successivo giudizio, potrebbe indurla a non prestare un’adeguata collaborazione durante la fase conciliativa, pregiudicando seriamente, così, le possibilità di composizione della vertenza e mortificando la finalità stessa della norma in esame...”¹²

Ciò premesso, in caso di esito negativo della procedura preventiva a fini di conciliazione, il contenuto della relazione del consulente, nella sua parte descrittiva, di valutazione tecnica e di accertamento e determinazione dei crediti, non deve avere, nell’eventuale futuro giudizio di merito, una valenza istruttoria e non può assolvere alla funzione di integrazione della cognizione del giudice, propria della C.T.U.

Questa conclusione trova aggancio normativo nell’art. 696 c.p.c. in materia di accertamento tecnico preventivo.

Come sopra ampiamente precisato unanimemente dottrina e giurisprudenza riconoscono all’ATP natura di strumento atto a costituire la prova “prima del processo” ed “in vista del processo” al ricorrere del requisito del grave pregiudizio che il ritardo nell’assunzione pregiudichi la possibilità di costituire la prova nell’ordinario giudizio di merito.

¹² Così Raffaele Plenteda in La consulenza tecnica preventiva ai fini della conciliazione della lite su www.altalex.it

Il Legislatore, quindi, “*non ha inteso estendere la possibilità di raccolta preventiva della prova ai casi in cui ciò non sia reso necessario dal rischio della sua perdita, legato alle more del giudizio. Ne deriva che l’interprete non può pervenire ad un risultato diverso, consentendo la raccolta preventiva anche in assenza di ragioni cautelari, attraverso un’operazione esegetica che cada su una norma, quella di cui all’art. 696-bis, la cui ratio (di incentivo alla conciliazione pre-giudiziale), come chiarito, non è certamente quella di fornire alle parti uno strumento di pre-costituzione di un mezzo di prova*”¹³.

Tale tesi, quindi, ricostruisce il valore del procedimento conciliativo preventivo alla luce delle conclusioni raggiunte sul punto dal già citato progetto di riforma Vaccarella: con l’acquisizione della relazione la parte mira, primariamente, a far valere una precisa responsabilità processuale dell’altra parte, da valutarsi ai sensi dell’art. 96 c.p.c.

In caso di mancata conciliazione per mancata adesione di una parte all’orientamento valutativo espresso dal consulente nominato dal giudice, qualora la sentenza di merito profili una soluzione della vertenza in linea con tale (preventivo) orientamento, l’altra parte sarà legittimata a richiedere la condanna al risarcimento per lite temeraria.¹⁴

Non unanimi invece sono i raggiungimenti in punto mancata partecipazione alla consulenza preventiva. Secondo alcuni studiosi il ricorso sarebbe inammissibile perché destinato a non poter raggiungere il proprio scopo (conciliare la causa); altri ritengono che la consulenza debba comunque svolgersi salva la valutazione di cui sopra in punto lite temeraria.

¹³ Vedi nota 10.

¹⁴ In tema pare opportuno segnalare come l’art. 52 del disegno di legge n. 1441bis recentemente approvato dalla Camera dei Deputati in tema di riforma del processo civile espressamente prevede: Il primo comma dell’articolo 91 del codice di procedura civile è sostituito dal seguente: “*Il giudice, con il provvedimento che chiude il processo davanti a lui, condanna la parte soccombente al rimborso delle spese a favore dell’altra parte e ne liquida l’ammontare insieme con gli onorari di difesa. Se accoglie la domanda in misura non superiore all’eventuale proposta conciliativa, condanna la parte che ha rifiutato senza giustificato motivo la proposta al pagamento delle spese del processo, salvo quanto disposto dal secondo comma dell’articolo 92*”. Ed ancora al primo comma dell’articolo 91 del c.p.c., il secondo periodo è sostituito dal seguente: “*Il giudice, se accoglie la domanda in misura non superiore all’eventuale proposta conciliativa, condanna la parte che ha rifiutato senza giustificato motivo la proposta al pagamento delle spese del processo, salvo quanto disposto dal secondo comma dell’articolo 92*”.

Non si esclude comunque che l'elaborato peritale possa essere utilizzato quale prova scritta per ottenere decreto ingiuntivo¹⁵ o essere

¹⁵ Così Rossella Sangineti "...Tornando all'art. 633, si è detto che, affinché il giudice pronunci ingiunzione di pagamento, è necessario che venga data prova scritta del diritto fatto valere. L'art. 634 relativo alla prova scritta fornisce all'interprete una serie di indicazioni, dove però non si fa alcun riferimento all'ATP. Tale elenco non è tassativo; infatti, "se del diritto fatto valere si dà prova scritta" non significa che il giudice utilizzi una prova tipica, altrimenti saremmo nel processo a cognizione piena; qui, invece, si intende un qualunque documento, anche non autenticato dal notaio, o che non sia un atto pubblico, poiché è sufficiente una prova atipica, in quanto siamo nell'ambito del processo sommario. Secondo il costante e acquisito orientamento di dottrina e giurisprudenza, la prova scritta è costituita da qualsiasi documento "meritevole di fede quanto alla sua autenticità, anche se sfornito dell'efficacia probatoria assoluta, e anche se proveniente da terzi". In questo caso il diritto fatto valere è il diritto al risarcimento dei danni. Dal momento che la riforma del 2005 ha esteso l'accertamento anche alla valutazione delle cause e dei danni relativi all'oggetto della verifica, "qualora l'accertamento si conduca sino alla determinazione del danno non è da escludere che le risultanze della consulenza preventiva d'urgenza possano essere allegare ad un ricorso per ingiunzione di pagamento, quale prova scritta della esistenza di un diritto e che, quindi, la parte possa giovare dei benefici del procedimento monitorio". Altra considerazione è che i mezzi di istruzione preventiva non differiscono dagli ordinari strumenti probatori. L'art. 698 c.p.c. prevede, infatti, che gli stessi vengano sottoposti all'ordinario controllo, da parte del giudice di merito, sull'ammissibilità e rilevanza. Una volta ottenuta l'istruzione preventiva, è necessario, dunque, che il mezzo probatorio acquisito, in questo caso la relazione di consulenza tecnica preventiva, prima di produrre tale atto all'interno del processo di merito, venga sottoposto, come ogni altra prova del processo civile, al giudizio di ammissibilità e rilevanza. Viene così a cadere la tesi di chi ha sostenuto la diversità tra il risultato dell'istruzione preventiva e la prova anche a causa della necessità del provvedimento di ammissione del giudice della causa di merito per ammettere in giudizio i risultati dell'istruzione preventiva. Inoltre, qualsiasi accertamento preventivo deve essere compiuto nel pieno rispetto del contraddittorio, essendo, in caso contrario, viziato da nullità assoluta. Infatti, con il decreto ammissivo dell'istruzione preventiva, il giudice deve anche fissare l'udienza di comparizione delle parti. Per cui neppure la mancanza di contraddittorio può essere addotta come elemento di diversità tra risultato dell'istruzione preventiva e quella probatoria. A sostegno della impossibilità per l' A.T.P. di fondare un ricorso per decreto ingiuntivo sono stati posti la provvisoriety e strumentality, concetti che caratterizzano i provvedimenti cautelari. Provvisoriety significa che la misura cautelare è inidonea a dettare la disciplina definitiva del rapporto giuridico controverso, l'incontrovertibilità, infatti, può essere assicurata solo dalla tutela giurisdizionale definitiva. Tale misura è destinata ad essere assorbita nella sentenza che riconosce il diritto su cui era stato disposto il provvedimento. Il provvedimento cautelare non può essere ultrattivo alla sentenza: ciò vuol dire che il provvedimento cautelare non ha gli effetti della cosa giudicata, né ha alcuna attitudine ad esserlo. Non essendo previsto l'onere per la parte che ha richiesto ed ottenuto il provvedimento di instaurare il giudizio di merito entro un certo termine, la misura diventa inefficace. Quindi, lo scopo del provvedimento cautelare sarà raggiunto nel momento in cui sarà emanato il provvedimento sul merito della controversia. Strumentality significa che il provvedimento nasce per assicurare gli effetti di una sentenza futura ed ha un contenuto condizionato da questa sua natura. Il provvedimento cautelare è strumentale rispetto a ciò che sancirà la sentenza nel giudizio di merito. Per questo esso è efficace sino a quando esiste un giudizio sul merito del diritto a tutela del quale è stato pronunciato. Perde efficacia nel caso in cui il giudizio di merito non sia stato iniziato oppure quando lo stesso venga ad estinzione per qualsiasi causa; quindi, il provvedimento è diretto a garantire non l'utilità della futura regolamentazione del rapporto sostanziale, ma l'effettività della futura conoscenza dei fatti controversi da parte del giudice del merito. Il provvedimento

valutata ai fini della concessione della provvisoria ex art. 147 del nuovo Codice delle Assicurazioni o, comunque, all'interno di procedimenti di natura sommaria. La relazione, infatti, pur non avendo valore istruttorio ordinario manterrebbe valore orientativo anche se non definitivo per il Giudice.

La giurisprudenza intervenuta sul punto, occorre da ultimo evidenziare, pare aver adottato un approccio eminentemente pragmatico.

cautelare, dunque, non è mai fine a se stesso, ma è preordinato all'emanazione di un ulteriore provvedimento definitivo, di cui esso assicura preventivamente la fruttuosità pratica. In realtà, l'aver respinto il ricorso sulla base della provvisorietà e la strumentalità dell'istituto in questione non è una motivazione molto convincente, in quanto se da una parte è vero che, ai sensi dell'art. 669-novies, qualora il procedimento di merito non venga iniziato nel termine perentorio previsto, il provvedimento cautelare perde efficacia, è senz'altro vero che, ai sensi dell'art. 669-quaterdecies, le disposizioni del processo cautelare uniforme (ad esclusione dell'art. 669-septies relativo alla condanna alle spese) non si applicano ai provvedimenti di istruzione preventiva, cui si riconduce anche l'accertamento tecnico preventivo. L'art. 696-bis. Ma se si considera, comunque, la strumentalità cui allude l'art. 693 c.p.c., comma 3, in cui si rileva la necessità di preannunciare nel ricorso del procedimento di istruzione preventiva la domanda o l'eccezione di merito, si deve tener presente anche il nuovo art. 696-bis, introdotto dalla riforma del 2005, relativo alla consulenza tecnica preventiva ai fini della risoluzione della lite, che fa perno su una duplice finalità: quella conciliativa e quella cognitiva, di immediato rilievo nel giudizio di merito; la prima permette di utilizzare l'A.T.P. quale strumento di conciliazione della controversia tra le parti; la seconda riconosce alle parti il diritto di precostituire una prova prima e al di fuori del processo di merito, "a prescindere" dalla ricorrenza dei presupposti del fumus e del periculum. Infatti, tale istituto prescinde dalle condizioni dell'art. 696, ovvero dei presupposti cautelari dell'istruzione preventiva, e, in particolare, dall'urgenza di far verificare lo stato dei luoghi o la qualità o condizioni di cose o persone, coincidente con il periculum di non potere nel futuro procedere ad un'indagine tecnica su cose o persone per il loro mutamento a causa del passare del tempo e della dilazione in cui si svolge il giudizio di merito. La prova nell'art. 696-bis. La formazione della prova, nel caso dell'art. 696-bis c.p.c., non è vista come "strumentale" al successivo esercizio dell'azione di merito, ed allo scopo di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale attraverso il processo di merito, ma, piuttosto, quale "strumento base" dal quale poter partire per giungere ad una soluzione conciliativa della controversia tra le parti, evitando il successivo giudizio di merito. Viene, però, meno, conseguentemente, ogni natura e funzione cautelare dell'art. 696-bis c.p.c., per cui si può sostenere che, con il nuovo intervento legislativo, l'A.T.P. è stato affrancato dalla categoria dei procedimenti speciali con finalità cautelari, senza che ciò possa determinare una deminutio dell'istituto e della sua funzione, ma, al contrario, giungendo a riconoscere al medesimo, in virtù del combinato disposto degli artt. 696 e 696-bis c.p.c., la funzione di istituto generale di formazione della prova che, anche svincolato da qualunque finalità di cautela del processo, assicura, al contempo, una prova giudiziale al processo stesso. Viene, poi, meno ogni non più necessario giudizio di valutazione, di ammissibilità e rilevanza della prova, da parte del giudice di merito, con un automatico ingresso della prova preventiva nel relativo processo di cognizione, nelle forme del deposito di una comune prova documentale, che sarà valutata dal giudice solo nella fase della decisione. Ciò è confermato anche dalla previsione di cui all'art. 696-bis c.p.c., nella parte in cui si legge che, nel caso di mancata conciliazione ciascuna parte possa chiedere che la relazione depositata dal perito venga acquisita agli atti del successivo giudizio di merito, senza alcun necessario filtro da parte del giudice di merito, ma solo attraverso un meccanismo di introduzione della prova documentale nel processo di merito.

Da un lato pare rigida nell'ammettere la consulenza preventiva solo in caso di non contestazione dell'*an debeat*, dall'altro non dichiara inammissibile il ricorso anche in caso di manifestata volontà non conciliativa del convenuto. Nelle pronunce edite pare comunque confermata l'accoglimento della natura mista dell'istituto con conseguente valore istruttorio pieno nel caso di acquisizione dell'elaborato nell'ordinario giudizio di merito.

3. La disciplina. Cenni

Il procedimento ha i caratteri propri del procedimento per A.T.P. tradizionale: la norma opera sul punto un richiamo all'art. 696 terzo comma, e quindi agli artt. 694 e 695 c.p.c..

L'atto introduttivo è un ricorso depositato nella cancelleria del giudice competente, il quale fisserà con decreto l'udienza di conferimento dell'incarico dinanzi a sé con contestuale nomina del consulente, assegnando termine alla parte ricorrente ai fini della notifica.

All'udienza il giudice dovrà verificare la regolarità del contraddittorio e specificare i quesiti sui quali il consulente dovrà rispondere.

In questa sede dovranno essere risolte le eventuali questioni di rito, non ultime quelle vertenti sulla opportunità di disporre eventuali chiamate in causa ai sensi dell'art. 107 c.p.c..

La chiamata in causa di terzi ex art. 106 c.p.c. determina lo slittamento dell'udienza, a beneficio comunque della regolarità e completezza del contraddittorio anche considerando che la conciliazione avrà maggiori possibilità di essere raggiunta ove partecipino al procedimento tutti i potenziali interessati, ai quali, in caso di fallimento delle ipotesi transattive, potrà essere comunque opposta l'efficacia della C.T.U. nel giudizio di cognizione.

L'udienza si conclude con l'indicazione del giorno e del luogo di inizio delle operazioni peritali, del termine assegnato ai fini del deposito dell'elaborato, e dell'acconto sul compenso del perito, che sarà posto di norma a carico del ricorrente

L'ingresso della C.T.U. preventiva nel processo di cognizione, non può essere considerato automatico, dovendo invece avvenire nel rispetto delle cautele dettate dall'art. 698 c.p.c. con riferimento a tutti gli atti di istruzione preventiva, richiesta della parte e valutazione dell'ammissibilità e rilevanza del mezzo ex art.696, comma 3, c.p.c.

4. L'impugnabilità

L'istituto come sopra precisato ha carattere sommario e non cautelare.

L'applicabilità del reclamo all'A.T.P. era stata fondatamente sostenuta ragionando, da un lato, sulla natura cautelare dell'accertamento di tipo tradizionale e, dall'altro, sul carattere di mezzo di gravame generale del rimedio di cui all'art. 669-terdecies c.p.c.

In considerazione della loro non definitività, i provvedimenti relativi all'istruzione preventiva erano invece stati esclusi dall'ambito di applicazione del ricorso straordinario ex art. 111 Cost.

L'estraneità della consulenza preventiva dal novero dei procedimenti cautelari determina pianamente l'inammissibilità del reclamo.

Sul punto paiono certamente condivisibili le conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza di merito e di legittimità¹⁶.

¹⁶ Così Tribunale di Mantova 3.7.2008, Pres. Ed est. Mauro Bernardi: "...ritenuto che, secondo il maggioritario orientamento espresso dalla dottrina e pienamente condiviso da questo collegio, il procedimento disciplinato dall'art. 696 bis c.p.c. costituisce un procedimento diretto a favorire la conciliazione della controversia e, comunque, a consentire alle parti di precostituire una prova al di fuori del processo di merito prescindendo dalla ricorrenza del presupposto del periculum (mentre l'art. 696 I co. c.p.c. fa espresso riferimento all'urgenza il primo comma dell'art. 696 bis c.p.c. prevede infatti che lo strumento ivi disciplinato possa essere richiesto anche al di fuori delle condizioni di cui al primo comma dell'art. 696 c.p.c.) sicché ad esso difetta la natura cautelare; ritenuto che il reclamo disciplinato dagli artt. 669 terdecies e quaterdecies c.p.c. è accordato unicamente quale rimedio nei confronti di provvedimenti cautelari come si evince dal dato letterale di tali disposizioni e che la reclamabilità del provvedimento reiettivo dell'istanza di cui all'art. 696 c.p.c. è stata affermata dalla Corte Costituzionale con la ricordata sentenza sul presupposto dell'esplicito riconoscimento della natura cautelare della domanda di istruzione preventiva proposta ai sensi di tale norma sicché il principio espresso in tale decisione non può essere esteso all'istituto in esame; rilevato inoltre che l'ordinamento non prevede uno specifico rimedio avverso il provvedimento del rigetto dell'istanza formulata ai sensi dell'art. 696 bis c.p.c. e che d'altro canto è ricorrente l'affermazione da parte della giurisprudenza costituzionale della non necessaria previsione di un doppio grado di merito per la realizzazione del diritto di difesa che, nella fattispecie in esame (in cui peraltro nessun profilo d'urgenza viene evidenziato), resterebbe del tutto impregiudicato; ritenuto pertanto che il reclamo sia inammissibile conseguendone che le spese della presente fase debbono far carico a parte reclamante..." In punto regolamento di competenza e ricorso ex art. 111 Cost. Cass. Sez. 3 ord. N. 14187 del 29.5.2008 secondo cui "Il provvedimento col quale il giudice affermi o neghi la propria competenza per territorio a provvedere sull'istanza di accertamento tecnico preventivo a fini conciliativi, proposta ai sensi dell'art. 696 bis cod. proc. civ., non ha alcuna efficacia preclusiva o vincolante nel successivo giudizio di merito. Esso, di conseguenza, non può essere impugnato col regolamento di competenza"; nonché Cass. SS.UU. n. 14301/2007 secondo cui "Il provvedimento che ammette la consulenza tecnica preventiva (così come gli altri provvedimenti di istruzione preventiva, di cui condivide la natura) non è suscettibile di ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost., trattandosi di provvedimento connotato dal carattere della provvisorietà e strumentalità avverso il quale, pertanto, non sono ammissibili neppure il regolamento di competenza e il regolamento di giurisdizione, non potendo il giudice di legittimità risolvere quella stessa questione di competenza o di giurisdizione della quale non potrebbe essere investito a norma dell'art. 111 Cost."

5. Conclusioni

Occorre a questo punto tirare le somme del discorso e cercare di comprendere quale possa essere il futuro dell'istituto in commento.

Le opzioni a disposizione dell'interprete, come si è cercato di evidenziare in questo breve scritto, sono essenzialmente due:

- consulenza preventiva quale mera CTU ante processo con i corollari che abbiamo evidenziato; utilizzabilità solo in presenza di contestazioni sul *quantum* e non *sull'an debeat*, estensibilità ai soli giudizi tecnici con esclusione di qualsiasi valutazione giuridica, ammissibilità in caso di contumacia del convenuto e di dichiarata volontà di non definire la lite. In queste ipotesi, certamente, l'elaborato potrà essere utilizzato pienamente anche in un giudizio di merito ma tale interpretazione restringe così ampiamente il campo di applicazione dell'istituto da dubitare addirittura della sua stessa utilità. Da un lato, e per le ipotesi di urgenza nell'assunzione della prova, le parti faranno ricorso all'ATP: in mancanza di urgenza le parti ben potrebbero accordarsi sulla nomina di un perito terzo ed evitare costi e spese anche della consulenza preventiva, senza considerare poi che, una volta promosso un ordinario giudizio di merito potrebbero concordemente prospettare al giudice di anticipare l'istruttoria tecnica per definire la lite. Certamente con tempi iniziali più lunghi ma con la certezza, per il caso di mancata transazione, di non aver perso tempo e denaro e di poter contare su un elaborato tecnico pienamente utilizzabile. Oltre alla considerazione eminentemente pratica che sempre più rare sono le controversie limitate al solo *quantum debeat*.

- Consulenza preventiva esclusivamente conciliativa; utilizzabilità anche per il caso di contestazione sull'*an*, ampi poteri delegati al consulente comprensivi di valutazioni giuridiche, arresto del procedimento per mancata comparizione della controparte o dichiarata indisponibilità a conciliare la vertenza, assoluta inutilizzabilità dell'elaborato peritale quale prova o elemento di valutazione nel successivo giudizio di merito con limitato utilizzo al solo fine di regolamentare le spese di lite del procedimento. Tale impostazione, certamente, permetterebbe un utilizzo ampio dell'istituto, sia come campo di applicazione, che come campo di manovra per il consulente, libero di operare per sottoporre alle parti un percorso conciliativo credibile e

condivisibile. Ciò nondimeno un utilizzo solo conciliativo dell'elaborato potrebbe scoraggiare le parti *ab imis* nel ricorrere all'istituto in commento per paura, anche in questo caso, di perdere tempo e denaro.

Si ritiene, pertanto, che l'istituto della consulenza preventiva conciliativa possa avere un qualche futuro solo avvicinandosi allo stesso con una spirito eminentemente pragmatico ed abbandonando interpretazioni estremamente rigoristiche o fortemente evolutive anche se, e lo vedremo in conclusione, non si ritiene che questa tipologia di istituti processuali possano costituire congrue valvole di sfogo ad una giustizia ormai al collasso ed incapace di rispondere in tempi brevi alle esigenze degli utenti.

Conclusivamente chi scrive ritiene che debba riconoscersi alla consulenza conciliativa una duplice natura, conciliativa in primis, ma anche istruttoria.

Deve considerarsi ammissibile anche per il caso in cui il convenuto contesti la responsabilità o non compaia seppur regolarmente convocato in giudizio.

Deve, differentemente, dichiararsi il ricorso inammissibile in caso di dichiarata e manifesta indisponibilità del convenuto a conciliare per impossibilità del mezzo di raggiungere il suo scopo-.

Il giudice, nel momento della formazione del quesito deve, se necessario, risolvere, seppur in forma implicita, tutte le questioni giuridiche risolvibili allo stato e sulla base della prospettazione delle parti (ad esempio non ammettere indagine tecnica su diritti prescritti, anche se solo in parte).

Con queste precauzioni l'elaborato peritale, per il caso di mancata conciliazione, e se acquisito nell'eventuale processo di merito, potrà essere liberamente valutato dal giudice una volta effettuato il sindacato di cui all'art. 698 c.p.c., oltre che sempre valutato al fine della statuizione sulle spese di lite.

In conclusione si vuole sostenere che non si ritiene che l'utilizzo di tali istituti processuali eminentemente sommari siano in grado di incidere efficacemente sulla deflazione del contenzioso e sulla durata dei processi. Non è infatti introducendo una pluralità di riti sommari, e così creando una vera e propria fuga dal processo ordinario, che può essere soddisfatta la forte domanda di giustizia oggi presente.

La soluzione, ad avviso di chi scrive, non può che essere ricercata nel processo ordinario, riformando lo stesso, imponendo alle parti una immediata disclosure di tutte le tesi difensive fin dall'inizio e, soprattutto, escludendo dalla giurisdizione le controversie minori da affidarsi a conciliatori professionali, in modo da poter concentrare le risorse del sistema nella

risoluzione dei conflitti di maggiore rilevanza sociale ed economica anche come volano per la ripresa economica del paese.

Questo per una ragione meramente pratica. Cause di scarso o modesto valore economico non si conciliano in quanto le spese del procedimento sono di gran lunga superiori al valore complessivo della controversia.

Va scomparendo, inoltre la dimensione conciliativa dei legali che assistono le parti purtroppo, e spiace dirlo, sempre più spesso alla ricerca disperata di clienti in un mercato da anni saturo e che richiederebbe una riforma profonda a partire dall'ingresso dei giovani nella professione.

Ciò non toglie, come sopra ricordato, che l'interprete debba fare il possibile per utilizzare al meglio gli strumenti processuali messi a disposizione dal legislatore rigettando interpretazioni limitative del loro utilizzo pur senza tradire i principi generali del sistema in cui i medesimi devono operare.

Solo seguendo queste linee interpretative si ritiene che la consulenza conciliativa preventiva possa avere un qualche futuro nel sistema nel rispetto della sua propria funzione.