
Comitato scientifico:

Elisabetta BERTACCHINI (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Giuseppe BUFFONE (Magistrato) - Costanzo Mario CEA (Magistrato, Presidente di sezione) - Paolo CENDON (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco CESARI (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Caterina CHIARAVALLI (Presidente di Tribunale) - Bona CIACCIA (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo CIRCELLI (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio CORASANITI (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) - Lorenzo DELLI PRISCOLI (Magistrato, Ufficio Massimario presso la Suprema Corte di Cassazione, Ufficio Studi presso la Corte Costituzionale) - Francesco ELEFANTE (Magistrato T.A.R.) - Annamaria FASANO (Magistrato, Ufficio massimario presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo FERRI (Magistrato, Sottosegretario di Stato alla Giustizia) - Francesco FIMMANO' (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio FORGILLO (Presidente di Tribunale) - Mariacarla GIORGETTI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi IANNI (Magistrato) - Francesco LUPIA (Magistrato) - Giuseppe MARSEGLIA (Magistrato) - Francesca PROIETTI (Magistrato) - Serafino RUSCICA (Consigliere parlamentare, Senato della Repubblica) - Piero SANDULLI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano SCHIRO' (Presidente di Corte di Appello) - Bruno SPAGNA MUSSO (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo SPAZIANI (Magistrato, Vice Capo dell'Ufficio legislativo finanze del Ministro dell'economia e delle finanze) - Antonella STILO (Consigliere Corte di Appello) - Antonio VALITUTTI (Consigliere della Suprema Corte di Cassazione) - Alessio ZACCARIA (Professore ordinario di diritto privato, componente laico C.S.M.).

Testimonianza: che valore ha la deposizione dei testimoni "de relato actoris"?

In tema di prova testimoniale, quanto ai testimoni "de relato actoris", che depongono su fatti e circostanze di cui sono stati informati dal soggetto che ha proposto il giudizio, va confermato che la rilevanza del loro assunto è sostanzialmente nulla, in quanto vertente sul fatto della dichiarazione di una parte e non sul fatto oggetto dell'accertamento, fondamento storico della pretesa.

Tribunale di Grosseto, sentenza del 14.9.2015, n. 800

...omissis...

In punto di rito va premesso come l'opposizione a decreto ingiuntivo dia luogo ad un ordinario giudizio di cognizione in cui il giudice non deve limitarsi a stabilire se l'ingiunzione fu emessa legittimamente in relazione alle condizioni previste dalla legge per l'emanazione del provvedimento monitorio, ma accertare il fondamento della pretesa fatta valere con il ricorso per ingiunzione; per cui ove il credito risulti in tutto o in parte fondato la domanda dovrà essere accolta indipendentemente dalla circostanza della regolarità, sufficienza e validità degli elementi probatori alla stregua dei quali l'ingiunzione fu emessa, rimanendo irrilevanti, ai fini di tale accertamento, eventuali vizi della procedura monitoria che non importino l'insussistenza del diritto fatto valere con tale procedura (cfr. Cass. 17.02.2004 n. 2997; Cass. 24.06.2004 n. 11762).

Ciò posto, la preliminare eccezione di carenza di legittimazione passiva sollevata da parte opponente con riferimento a xxxxx deve essere ritenuta fondata e va accolta, atteso che, a fronte di un contratto di appalto stipulato da T. xxxx con scrittura privata datata 5.03.2007 nei confronti del xx, parte opposta non ha fornito, come era suo onere, adeguata prova circa la sussistenza di instaurazione verbale di ulteriore rapporto contrattuale anche con xxx in senso contrario puo' darsi rilievo alla qualità della stessa di comproprietaria dell'immobile e non risultando sufficiente a provare la sussistenza di obbligazioni contrattuali l'aver agito congiuntamente al BF in sede di ricorso per ATP (circostanza che comunque ha sicuramente contribuito a creare incertezza nella promozione dell'ingiunzione nei confronti di entrambi, considerato peraltro il tenore dell'atto in cui si afferma che entrambi i ricorrenti affidarono l'appalto).

Venendo all'esame del merito, va premesso che la pronuncia del decreto inverte solo l'onere di instaurazione dell'effettivo contraddittorio senza ulteriormente influire sulla posizione delle parti davanti al giudice, ed in particolare senza invertire l'onere della prova, gravante sull'opposto, ovvero colui che nel giudizio ordinario sarebbe stato attore.

Nel caso in esame risulta documentalmente e non è oggetto di contestazione che con scrittura privata xxxx ad affidare xx Edilizia l'esecuzione in appalto delle opere relative alla manutenzione straordinaria interna ed esterna, comprensive di installazione di fossa imhoff, dell'unità immobiliare sita in xxxxxx per un corrispettivo indicato a misura in euro 63.526,15 oltre IVA.

Il CTU nominato in corso di causa, utilizzando come riferimento le risultanze dell'ATP ante causam ed esaminando la documentazione contabile prodotta in atti ha, con congrua motivazione, quantificato l'importo complessivo dei lavori espletati in euro 95.319,94 oltre IVA.

Il consulente dell'ufficio, riprendendo anche le risultanze dell'ATP, ha quindi proceduto ad un approfondito esame circa la corretta esecuzione delle opere, rinvenendo tutta una serie di vizi e difetti di esecuzione attribuibili all'operato non a regola d'arte della ditta opposta.

Con motivazione completa e scevra da vizi logici il consulente dell'ufficio ha quindi quantificato il costo degli interventi necessari per l'eliminazione dei suddetti vizi e/o difetti in complessive euro 17.600,00 oltre IVA.

Con riferimento ai pagamenti del prezzo, al punto 13 del contratto di appalto era stata prevista la corresponsione del 20% del prezzo indicato, pari ad euro 12.705,30 all'inizio dei lavori, a titolo di acconto, il pagamento di ulteriori euro 19.057,84, pari al 30% dell'importo indicato in contratto, al momento della

completa realizzazione delle lavorazioni interne, di un ulteriore 30% in coincidenza della realizzazione del solaio di copertura ed il saldo al momento del collaudo finale.

Mentre non vi è contestazione circa l'effettivo pagamento dei primi due acconti per complessive euro 30.464,39 oltre IVA, la controversia inerisce l'effettuazione di un ulteriore pagamento di euro 37.500,00.

Con riferimento a tale importo riferimento documentale è costituito dal certificato di pagamento n. 2 (all. 2 di parte opponente) emesso e sottoscritto dal solo direttore dei lavori in data 7.07.2007.

Nel suddetto documento si dà atto dell'emissione di un precedente certificato di pagamento in data 16.05.2007 per un importo di euro 17.759,09 oltre IVA e si attestano avvenute anticipazioni per complessive euro 30.464,32 ed importo da pagare pari ad euro 37.686,61 oltre IVA, tenuto conto dello stato di avanzamento in pari data.

Il direttore dei lavori xxxxx sentito come testimone, ha confermato la propria sottoscrizione dell'allegato certificato di pagamento ed ha aggiunto "dopo qualche giorno io e xxxxxxxx ci siamo sentiti e lui mi ha detto "per quel pagamento tutto a posto" riferendosi al pagamento del secondo stato di avanzamento. Qualche giorno dopo ancora ci siamo incontrati in cantiere e mi ha detto che quel pagamento era stato effettuato in nero" aggiungendo "per quanto ne so il L. non ha mai sollecitato nei mesi successivi xxx il pagamento del secondo stato di avanzamento".

In proposito va sottolineato come il suddetto teste riferisce quanto a sua conoscenza relativamente all'avvenuto pagamento 'in nero' dell'importo di euro 37.500 per averlo appreso direttamente dalla xxxxxxx.

Ora in tema di prova testimoniale, quanto ai testimoni "de relato actoris", che depongono su fatti e circostanze di cui sono stati informati dal soggetto che ha proposto il giudizio, la rilevanza del loro assunto è sostanzialmente nulla, in quanto vertente sul fatto della dichiarazione di una parte e non sul fatto oggetto dell'accertamento, fondamento storico della pretesa (cfr. da ultimo Cass. n. 569 del 15.01.2015).

Nessuna idoneità probatoria puo' quindi essere attribuita alle dichiarazioni del suddetto teste con riferimento al riferito saldo del secondo certificato di pagamento.

L'unico caso in cui la dichiarazione testimoniale resa de relato actoris puo' avere un rilievo a livello probatorio è quando le dichiarazioni che si riferiscono apprese dalla parte abbiano un contenuto sfavorevole per la stessa parte, di talchè si possano configurare gli estremi della c.d. confessione stragiudiziale.

È questo il caso delle dichiarazioni rese dal teste xxxxx che ha riferito che a fine luglio 2007 "ricordo che io parlando con il xxxx in cantiere gli chiesi quanto aveva preso a lui mi disse che aveva preso euro 37.500,00 in nero" spiegando "si parlava dei guadagni e lui disse che aveva fatto risparmiare xxxxx ed io gli risposi 'sì, ma tu hai risparmiato le tasse".

A sostegno della propria ricostruzione in termini di avvenuto pagamento in contanti, parte opponente ha quindi prodotto (all. 11) copia di estratto del conto corrente presso xxxxx, intestato ad entrambi gli attori, da cui risulta il prelevamento in contanti dell'importo di euro 37.500,00 in data 12.07.2007.

Con riferimento a tale operazione il teste Txx che riferiva di essersi occupato insieme al padre, dei lavori relativi agli infissi in legno, dichiarava di aver assistito ad una conversazione nel corso della quale xxx chiedeva a suo padre

di accompagnarlo in banca in quanto doveva prelevare una grossa somma che sarebbe dovuta servire per pagare xxx.. Il medesimo teste spiegava di aver a sua volta accompagnato in macchina il padre che si era recato dentro la banca insieme ai coniugi xxx mentre lui aveva atteso fuori. Confermava quindi che all'uscita dalla banca, mentre suo padre era tornato alla loro macchina, xxxx si era diretto verso un'auto nella quale si trovava il xxx. a cui aveva consegnato un plico.

xxxxx confermava che a luglio 2007 su richiesta del xxxsi era trovato con suo figlio presso la banca spiegando "mentre mio figlio rimase in macchina io sono entrato in banca con il BF e la moglie e rimasi accanto alla cassa, fecero delle operazioni che io non vidi e non conosco ed alla fine venne consegnato dal cassiere un plico". Aggiungeva che all'uscita, mentre lui era tornato alla sua auto, xxxxx si era diretto verso una macchina dove si trovava il xxxxx. a cui consegnò il plico.

deve essere ritenuta infondata la reiterata eccezione di incapacità dei due testi T., atteso che l'incapacità a deporre prevista dall'art. 246 cod. proc. civ. si verifica solo quando il teste è titolare di un interesse personale, attuale e concreto, che lo coinvolga nel rapporto controverso, alla stregua dell'interesse ad agire di cui all'art. 100 cod. proc. civ., sì da legittimarlo a partecipare al giudizio in cui è richiesta la sua testimonianza, con riferimento alla materia che ivi è in discussione, non avendo, invece, rilevanza l'interesse di fatto a un determinato esito del giudizio stesso, né un interesse, riferito ad azioni ipotetiche, diverse da quelle oggetto della causa in atto, proponibili dal teste medesimo o contro di lui.

In base alle complessive risultanze istruttorie deve dunque ritenersi provato l'avvenuto pagamento in nero della somma di euro 37.500.

Le somme complessivamente corrisposte dal BF quale corrispettivo dei lavori per cui è causa devono quantificarsi dunque in complessive euro 67.964,39, con IVA per la sola parte fatturata.

Considerato l'importo complessivo dei lavori effettuati come condivisibilmente quantificato dal CTU, detratti gli importi corrispondenti al costo delle opere necessarie per l'eliminazione di vizi e difetti, come adeguatamente indicate dal CTU in corso di causa, detratti altresì gli importi già versati a titolo di acconto, per come risultato dall'istruttoria, la somma che parte BF deve ancora versare alla ditta opposta ammonta complessive euro 9.750,55 oltre IVA come per legge.

Il decreto ingiuntivo deve dunque essere revocato e parte xxxxxx condannata a corrispondere alla ditta opposta l'importo complessivo di euro 9.750,55 oltre IVA come per legge a titolo di saldo dovuto per il corrispettivo dei lavori, oltre interessi nella misura di legge dal dovuto al saldo effettivo.

Quanto alla domanda riconvenzionale di risarcimento danno da lite temeraria spiegata da parte convenuta, la stessa deve ritenersi infondata, non si ravvisandosi i richiesti requisiti per l'accoglimento della domanda. L'azione esperita può infatti considerarsi temeraria solo allorché, oltre ad essere erronea in diritto, appalesi consapevolezza della non spettanza della prestazione richiesta o evidenzi un grado di imprudenza, imperizia o negligenza accentuatamente anormali, non essendo il alcun modo sufficiente quindi la mera infondatezza della domanda, come nel caso di specie (cfr. Cass. 26.06.2007 n. 14789).

Considerata la parziale reciproca soccombenza tra le parti sussistono i presupposti per compensare le spese di lite in ragione della metà; quanto alla restante metà le spese di lite, sia di fase di ATP ante causam, sia di fase di merito, sono poste a carico di parte convenuta opposta in ragione della prevalente soccombenza determinata dalla notevole sproporzione tra la somma richiesta e quella risultata dovuta, con liquidazione come in dispositivo.

Sulla base dei medesimi presupposti le spese di CTU, sia con riferimento all'elaborato espletato in corso di causa, sia con riferimento all'ATP, sono poste per 1/3 a carico di parte attrice opponente e per 2/3 a carico di parte convenuta opposta.

p.q.m.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando sulla domanda proposta tra le parti come in epigrafe emarginate, così provvede: revoca il decreto ingiuntivo n. 1066/09 emesso dal Tribunale di Grosseto il 27.10.2009; dichiara la carenza di legittimazione passiva di LDDD; xxxxxxxxxxxxxxxF a corrispondere alla società opposta l'importo di euro 9.750,55 per il titolo e con gli interessi di cui in parte motiva; respinge la domanda proposta da parte opponente ex art. 96 c.p.c; dichiara le spese di lite compensate tra le parti in ragione della metà; condanna parte convenuta opposta a rifondere a parte attrice opponente la restante metà delle spese di lite che si liquidano, con riferimento alla suddetta metà, quanto alla fase di merito in euro 6.100,00 per compenso professionale, oltre rimb forf. IVA e CPA come per legge; quanto alla fase di ATP, sempre con riferimento alla metà, in euro 1.500 per compenso professionale, oltre rimb forf. IVA e CPA come per legge; pone le spese di CTU in corso di causa e di CTU espletata in sede di ATP definitivamente per 1/3 a carico di parte attrice opponente e per 2/3 a carico di parte convenuta opposta.