

**Cass. Civ., sez. II, 11-08-1997, n. 7477.**

### **SVOLGIMENTO DEL PROCESSO**

Ricevuta notifica di un decreto ingiuntivo emesso nei suoi confronti il 26.8.1969 dal Presidente del Tribunale di Pescara per il pagamento della somma di L. 2.404.860, a titolo di compensi professionali, a favore del commercialista dott. Fausto Di Bartolomeo, l'intimata S.n.c. Torremare Rocco D'Andreamatteo & C. propose opposizione, negando di aver mai conferito incarichi al professionista, sostenendo che questi aveva avuto soltanto rapporti "a titolo personale" con Amerigo Di Blasio, il quale, all'epoca, oltre ad essere socio amministratore di essa società, svolgeva anche un'attività commerciale in proprio, e deducendo, altresì, che le specifiche prestazioni indicate nella parcella posta a base del ricorso per ingiunzione non erano state effettuate dal Di Bartolomeo, bensì da altri professionisti appositamente incaricati da essa opponente, tra i quali gli avv. Biello e Peruzzo.

Chiese, pertanto, la dichiarazione di nullità ed inefficacia del decreto ingiuntivo e, comunque, la riduzione della somma portata dallo stesso, sollecitando, inoltre, ma senza successo, la concessione di un termine per chiamare in causa il nominato Di Blasio perché la rivalessa di ogni eventuale esborso, il tutto con condanna del Di Bartolomeo al risarcimento dei danni ex art. 96 cod proc. civ.

Nella resistenza del Di Bartolomeo il Tribunale, con sentenza del 18.11.1989 (sic), rigettò l'opposizione e condannò l'opponente a corrispondere al creditore gli interessi legali sulla somma dovuta con decorrenza dal 1° ottobre 1969 e fino al soddisfo, nonché a rifondergli le spese del giudizio.

Proposti gravami, in via principale dalla S.n.c. Torremare e in via incidentale dal Di Bartolomeo, la Corte d'appello de L'Aquila, con la sentenza precisata in epigrafe, in accoglimento dell'impugnazione incidentale e in parziale riforma della decisione di primo grado, ha riconosciuto al professionista In rivalutazione monetaria secondo gli indici Istat dalla data del decreto ingiuntivo con gli interessi legali sulla somma rivalutata.

Nel respingere il gravame principale, il giudice di secondo grado ha osservato quanto segue:

- Correttamente era stata assunta la testimonianza di tal Nicola Maselli, a nulla rilevando che il teste fosse stato citato con soli due giorni di anticipo (anziché almeno tre) per l'udienza, poi rinviata, del 10.6.1982, poiché l'art. 103 disp. att. c.p.c., a differenza del successivo art. 104 riguardante l'ipotesi di ingiustificata mancanza dell'intimazione dei testimoni, non commina alcuna sanzione di decadenza dalla prova nel caso di intimazione in un termine più breve di quello prescritto, lasciando, così, alla discrezionalità dell'istruttore lo stabilire quali possano essere le conseguenze del ritardo, soprattutto quando, come nel caso di specie, il teste si sia comunque presentato all'udienza, presenza negata, in verità, dall'appellante società ma senza l'ausilio di alcun elemento probatorio;

- Altrettanto correttamente il G.I. aveva escluso dal novero dei testimoni l'avv. Biello e l'avv. Peruzzo: il primo per incapacità a testimoniare ex art. 246 cod. proc. civ. perché, essendo chiamato a deporre sul fatto di avere eseguito lui, e non il Di Bartolomeo, le prestazioni da questi dedotte a fondamento della sua pretesa, aveva nella causa un interesse che poteva legittimarlo a partecipare al giudizio; il secondo perché la sua assunzione era stata richiesta sulle stesse circostanze sulle quali, a suo tempo, era stata ammessa la prova con altri testimoni, con conseguente violazione del principio dell'unicità della prova.

- Nel merito, come esattamente rilevato dal Tribunale, doveva ritenersi raggiunta la prova della effettività delle singole prestazioni indicate nella parcella: per alcune, infatti, come quelle riguardanti la stipula dell'appalto con l'impresa Marrone, la predisposizione di un

"compromesso tipo" e la risoluzione del contratto di vendita con tal Vincenzo Di Bartolomeo, ci erano le ammissioni della stessa società appellante la quale si era limitata a minimizzarne l'entità asserendo che le prime due erano consistite nell'apportare solo delle modifiche più o meno lievi a testi predisposti da altri e la terza nel tradurre semplicemente per iscritto gli accordi da essa già raggiunti con la controparte a mezzo dell'avv. Biello; per altre, come la richiesta di fido alla Banca Popolare di Teramo e l'aumento del capitale sociale, non poteva negarsi il contributo dell'opera del professionista, essendo risultato, attraverso la testimonianza del Maselli, che i tre soci della Torremare S.n.c., Di Blasio, D'Andreamatteo e Agostinacchio, si erano recati spesso nello studio del Di Bartolomeo per consultazioni di vario genere attinenti all'attività della società.

Nell'accogliere, poi, l'appello incidentale, la Corte abruzzese ha osservato che erroneamente il Tribunale aveva considerato nuova e inammissibile, per essere stato rifiutato su di essa il contraddittorio, la domanda di rivalutazione monetaria ex art. 1224 cod. civ. avanzata dal Di Bartolomeo in sede di precisazione delle conclusioni, poiché tale domanda doveva ritenersi compresa in quella principale sin dalla sua proposizione, essendo il reclamato credito professionale equiparato ai crediti di lavoro e, quindi, assistito da rivalutazione automatica.

Ricorre per cassazione la S.n.c. Torremare sulla base di quattro motivi, poi illustrati con memoria, ai quali il Di Bartolomeo replica con controricorso.

### **MOTIVI DELLA DECISIONE**

Con il primo mezzo di ricorso - denunziandosi violazione e falsa applicazione dell'art. 2697 cod. civ. in relazione agli artt. 2222-2229 stesso codice e agli artt. 633, 634, 636 cod. proc. civ., nonché difettosa ed insufficiente motivazione, il tutto in relazione all'art. 360 nn. 3,4 e 5 cod. proc. civ. - si lamenta che i giudici del merito abbiano ritenuto sussistente il rapporto

di incarico professionale sebbene non dedotto in forma scritta e, comunque, fondato su assunti unilaterali del professionista.

Più in particolare, la società ricorrente, dopo una premessa sul valore probatorio praticamente nullo della parcella e sull'efficacia non vincolante per il giudice, tranne che in sede di emissione del decreto ingiuntivo, del parere appostovi dall'associazione professionale, sostiene che nel giudizio di opposizione il professionista, per dimostrare la fondatezza della sua pretesa, avrebbe dovuto produrre "lettera d'incarico scritta" e che, in difetto di ciò, le sue prestazioni andavano vagliate, non alla luce di una normale azione di adempimento contrattuale, ma semmai nella diversa ottica di quanto la società opponente si era eventualmente arricchita di dette prestazioni in forza di concreta utilizzazione delle stesse.

La censura non merita accoglimento.

Nessuna norma di legge, infatti, prescrive per il contratto d'opera professionale la forma scritta, neppure ad probationem (v., tra le altre sent. 27.4.1991 n. 4662), per cui è privo di qualsiasi consistenza l'assunto della società ricorrente circa la necessità che il Di Bartolomeo, per far valere la propria pretesa creditoria nei suoi confronti, dovesse produrre una lettera di incarico.

Altro discorso è quello relativo alla parcella delle spese e prestazioni, ma le considerazioni svolte al riguardo nel ricorso, pur valide in astratto, sono assolutamente inconferenti nella concreta fattispecie, dal momento che i giudici del merito, lungi dall'attribuire una qualsiasi valenza probatoria, in sede cognitiva, alla parcella, col parere della competente associazione professionale, posta legittimamente a base del decreto ingiuntivo opposto, hanno ancorato ad altri elementi di prova acquisiti nel corso del giudizio di opposizione e, in particolare, alla deposizione del teste Maselli (salvo a vedere in seguito se correttamente o meno sul piano procedimentale), il proprio convincimento in ordine al conferimento dell'Incarico al

professionista da parte della società e alla effettività delle prestazioni esposte in detta parcella.

Con il secondo mezzo - denunciandosi violazione e falsa applicazione degli artt. 246-247 cod. proc. civ., 103-104 disp. att. stesso codice, nonché difetto di motivazione su più punti decisivi della controversia, il tutto in relazione all'art. 360 nn. 3, 4 e 5 cod. proc. civ. - si censura la sentenza impugnata per aver decretato l'incapacità a testimoniare degli avv. Biello e Peruzzo adottati dalla società opponente e per non aver pronunciato la decadenza della prova quanto al teste Maselli addotto dal convenuto in opposizione.

Si deduce al riguardo che la questione del preteso interesse nella causa del teste avv. Biello era di labile e quasi nulla consistenza poiché, a parte il fatto che egli aveva subito dismesso il proprio mandato e si era limitato a sostituire sporadicamente per qualche udienza l'altro collega officiato, ero state prodotte dalla società opponente fatture da lui quietanzate a riprova della totale elisione di ogni parvenza di un suo interesse attuale e concreto, tale da coinvolgerlo nel rapporto controverso e da legittimarne l'assunzione della qualità di parte in senso sostanziale e processuale nel giudizio.

Quanto al teste Maselli si deduce che la decadenza dal diritto di farlo escutere era stata eccepita a causa della sua mancata intimazione per l'udienza del 12.5.1982; e poiché in tale udienza la prova non era stata raccolta, la sua eventuale presenza, non verbalizzata, era del tutto indifferente, potendo la presenza del teste valere come sanatoria della sua mancata citazione solo quando sia verbalizzata e la prova sia raccolta.

Delle censure ora esposte quelle riguardanti i testi Peruzzo e Maselli non meritano accoglimento.

La prima, infatti, risulta soltanto genericamente enunciata unitamente a quella concernente il teste Biello, sul falso presupposto che anche del Peruzzo sia stata decretata l'incapacità a testimoniare, mentre, in realtà, il motivo della sua esclusione, come chiaramente esposto a

pg. 8 dell'impugnata sentenza, risiede nella violazione del principio della contestualità e unicità della prova, in quanto ne tu richiesta l'escussione, non su fatti nuoci e diversi, ma "sugli stessi fatti sui quali, a suo tempo, era stata ammessa la prova con altri testimoni", ratio, questa, non investita minimamente dal ricorso.

La seconda, con cui si lamenta la mancata declaratoria di decadenza del Di Bartolomeo dalla prova con riguardo al teste Maselli, è priva di fondamento.

Si legge, invero, nella sentenza impugnata (pg. 6-7) che, come rilevato dall'istruttore di primo grado nella sua ordinanza il teste in parola risultava essere stato citato per le varie udienze nelle quali si era svolta la prova (8.1.1982, 20.10.1982, 10.6.1983, 8.11.1983), per cui difettava il presupposto dell'eccepita decadenza (mancata citazione), né valeva addurre che per una di dette udienze (10.6) il teste era stato citato solo due giorni prima, anziché tre come prescritto dall'art. 103 disp. att. c.p.c., poiché tale norma, a differenza del successivo art. 104 riguardante la totale mancanza dell'intimazione, non commina alcuna decadenza per l'insufficienza del termine, soprattutto quando, come nel caso di specie, il teste si sia presentato, circostanza, questa, negata dall'appellante ma senza l'ausilio di alcun elemento probatorio.

Orbene, si assume, al contrario, nel ricorso che il Maselli non aveva ricevuto alcuna intimazione per l'udienza di espletamento della prova fissata al 12.5.1982, il che, ove fosse vero, implicherebbe un errore di fatto, ossia di percezione della realtà processuale, da parte del giudice a quo là dove questo ha affermato che il teste risultava citato per le varie udienze nelle quali si era svolta la prova, anche se per una di esse l'intimazione era avvenuta in ritardo. E un errore del genere, per altro non denunziato in maniera esplicita, avrebbe potuto costituire motivo di revocazione ex art. 395 n. 4 cod. proc. civ. ma non di cassazione.

Rimane ferma, quindi, perché non fatta oggetto della benché minima censura, la ratio, posta a base del rigetto dell'eccezione di decadenza dalla prova e riferita all'ipotesi, l'unica

ritenuta sussistente in fatto dal giudice, di intimazione del teste in un termine più breve di quello prescritto dall'art. 103 disp. att. c.p.c., ratio secondo cui in tale ipotesi nessuna decadenza si verifica perché non comminata dal richiamato articolo (ma solo dal successivo art 104 riguardante esclusivamente il caso di intimazione del tutto omessa).

Occorre solo aggiungere, a confutazione di quanto si sostiene nel ricorso, che la mancata verbalizzazione della presenza del teste nell'udienza fissata per l'espletamento della prova ma poi rinviata per altre cause (presenza che può essere anche spontanea, cioè indipendente da un'intimazione della parte interessata - v. sent. 6.4.1951 n. 810) non equivale a prova della sua assenza, spettando a chi intende trarne conseguenze a proprio favore sollecitare la verbalizzazione di tale assenza o provare in altro modo la mancata comparizione del testimone.

Fondata è, invece, la censura concernente la ritenuta incapacità a testimoniare dell'Avv. Biello.

Al riguardo va osservato che l'art. 246 cod. proc. civ., nel sancire detta incapacità, come ha chiarito la Corte Costituzionale con la sentenza n. 184 del 10.7.1974, non si riferisce a chiunque abbia un qualche interesse nella causa ma solo alle persone aventi un interesse "che potrebbe legittimare la loro partecipazione al giudizio" e, essendo dettata in finzione del principio, proprio del nostro ordinamento, di incompatibilità delle posizioni di parte e di teste nel giudizio, mira soltanto ad impedire che il giudicato si formi con il contributo di chi potrebbe, secondo le regole del diritto sostanziale, invocarne poi l'efficacia diretta o riflessa. Il divieto in parola, dunque, è correlabile soltanto ad un diretto coinvolgimento della persona chiamata a deporre nella situazione e nel rapporto controversi, e non già alla ravvisata esistenza di un qualche interesse di detta persona in relazione a situazioni e a rapporti diversi da quelli oggetto della vertenza anche se con questo in qualche modo connessi (v. sent. 4.8.1995 n. 8605).

Di questi principi la Corte di merito non ha fatto buon governo, avendo giustificato il proprio convincimento circa l'incapacità a deporre dell'avv. Biello con l'acritica affermazione - mutuata dall'ordinanza del G.I. che aveva disatteso la richiesta di revoca del precedente provvedimento di esclusione del predetto dal novero dei testimoni - che costui rivendicava di avere eseguito le stesse prestazioni addotte dall'appellato, senza spiegare perché mai tale circostanza integrasse un suo giuridico interesse atto a legittimarne la partecipazione al giudizio, dal momento che l'accertamento, negativo o positivo, circa l'espletamento di quelle prestazioni da parte del Di Bartolomeo, non valendo a provare o ad escludere che anch'egli le avesse svolte, separatamente o in concorso con quest'ultimo, non poteva in alcun modo essere di giovamento o di pregiudizio per il suo diritto al compenso nei confronti della società. E ciò anche a prescindere dalla circostanza, dedotta in ricorso, della già avvenuta soddisfazione delle sue pretese creditorie da parte di detta società.

Tutt'al più, quindi, poteva ipotizzarsi un interesse di mero fatto del Biello, tale da indurlo a deporre in un modo piuttosto che in un altro, il che, ovviamente, è del tutto estraneo al paradigma dell'incapacità a testimoniare, rientrando, invece, nel campo della valutazione del giudice in ordine all'attendibilità del teste.

Sul punto si impone, pertanto, la cassazione della sentenza impugnata, con rinvio della causa, anche per le spese del presente procedimento, ad altra Corte d'appello, designabile in quella di Perugia, la quale si uniformerà ai principi di diritto poc'anzi enunciati.

Con il terzo mezzo - denunziandosi violazione degli artt. 115-116 cod. proc. civ. in relazione all'art. 360 nn. 3, 4 e 5 stesso codice, ossia dei principi in materia di disponibilità e valutazione delle prove - si muovono alla sentenza impugnata una serie di censure attinenti alla ritenuta sussistenza delle singole prestazioni indicate nella parcella.

Tali censure restano assorbite dall'accoglimento di quella di cui al motivo precedente, essendo evidente che il giudice del rinvio dovrà procedere ad una nuova valutazione delle



prove anche alla luce di quanto potrà emergere dalla testimonianza del Biello prima non ammessa.

Anche il quarto motivo - enunciato come violazione e falsa applicazione dell'art. 1224, comma 2°, cod. civ. e degli artt. 101, 339, 343 cod. proc. civ., in relazione all'art. 360 un. 3,4 e 5 cod. proc. civ. - resta assorbito, in quanto le relative censure investono il capo della sentenza concernente l'automatica rivalutazione monetaria (riconosciuta sull'erroneo presupposto della piena equiparazione dei crediti professionali a quelli di lavoro subordinato), questione il cui esame è logicamente posteriore all'accertamento del credito e del suo ammontare cui dovrà procedere il giudice di rinvio in base al complessivo quadro probatorio che si sarà delineato all'esito di detta testimonianza.

#### **PER QUESTI MOTIVI**

La Corte rigetta il primo motivo del ricorso, accoglie per quanto di ragione il secondo motivo e dichiara assorbiti il terzo e il quarto.

Cassa la sentenza impugnata in relazione alle censure accolte od assorbite e rinvia la causa, anche in ordine alle spese del procedimento di Cassazione, alla Corte d'appello di Perugia.