L'AMBITO DELLE "ACQUISIZIONI" DOCUMENTALI NEL PROCESSO CIVILE: PRODUZIONI DELLE PARTI, ACQUISIZIONI DEL GIUDICE NELL'ESERCIZIO DEI POTERI ISTRUTTORI OFFICIOSI E ACQUISIZIONI DEL CTU ALLA LUCE DELLE RECENTI SENTENZE DELLA CORTE DI CASSAZIONE A SSUU N.3086/2022 E N.6500/2022.

(*di Felice Manna*)

C.: P23002 - Il punto sulla CTU nel processo civile (corso online).

SOMMARIO: 1. - Premessa. 2. - Le ordinanze di rimessione. 3. - Le pronunce delle S.U. 4. - Considerazioni finali e di sintesi.

1. Premessa. Sebbene il c.p.c. menzioni il verbo "acquisire" e il sostantivo "acquisizione" poche volte e in contesti vari e disomogenei (v. rispettivamente gli artt. 213, 669-*terdecies* e 816-*ter* c.p.c. e gli artt. 210 e 492-*bis* c.p.c. e 173-*bis* e 196-*septies* disp. att. c.p.c.), l'elemento unificante del significato risiede in ciò, che dette parole designano attività officiose volte ad ottenere dati informativi necessari od opportuni per il miglior esercizio della funzione giurisdizionale. Dunque, l'acquisizione non esprime la difesa delle parti, ma l'attività del giudice o di altro soggetto che con lui cooperi, collocandosi nell'area in cui l'attività difensiva stenta ad attuarsi in maniera completa ed esaustiva. Non di meno, è noto che la difesa (con il corredo di garanzie connesse) e l'esercizio del potere giurisdizionale (il cui compito è perseguire verità e giustizia nel rispetto della sua posizione terza) vivano in tensione tra loro, poiché il rapporto processuale tra le parti è per sua stessa definizione mediato dalla legge e dai provvedimenti che, in base a questa, il giudice è chiamato ad emettere.

Alla prova dei fatti, la tendenza del legislatore verso un'opzione "inquisitoria" nel processo civile (inverso il moto nel processo penale) non mi sembra che ipotechi più di tanto questo rapporto di tensione. Una cosa è l'ampliamento dei poteri pubblici per implementare l'effettività della tutela giurisdizionale; un'altra è l'indiscussa scelta garantistica alla base del processo civile. L'estensione dei margini dell'uno non snatura il contesto dell'altra e, pertanto, non autorizza inedite metodiche interpretative.

Chiarita la cornice, è ad essa che l'interprete deve fare riferimento per comprendere entro quali limiti opera il potere di acquisizione officiosa. Limitando il discorso al processo di cognizione, e segnatamente agli artt. 194 e 198 c.p.c. per quanto ci riguarda, si potrebbe affermare che la cornice è data dalla domanda e dalle eccezioni in senso stretto, che ne costituiscono l'oggetto disponibile. Ma si tratta di affermazione ovvia, che non indirizza verso la soluzione. Se è vero com'è vero che il giudice non è un mero arbitro chiamato a fischiare i falli di gioco affinché, nel rispetto delle regole, vinca il più forte, occorre un punto di sintesi tra poteri delle parti e potere del giudice, poiché per esercitare lo *ius dicere* occorre innanzi tutto accertare i fatti in maniera da renderli quanto più possibile completi ed intelligibili. In difetto, l'unico *ius dicere* possibile consiste nell'applicare l'art. 2697 c.c. in funzione di regola di giudizio.

2. Le ordinanze di rimessione. Di recente, com'è noto, il problema di cui parliamo si è riproposto per effetto di due sentenze delle S.U. – nn. 3086 e 6500, entrambe del 1° febbraio 2022 – occasionate, rispettivamente, dalle ordinanze interlocutorie 14 aprile 2021, n. 9811 e 31 marzo 2021, n. 8924, entrambe della prima sezione civile.

L'ordinanza n. 8924 del 2021, che ha condotto alla sentenza S.U. n. 6500 del 2022, era stata provocata da una fattispecie in cui, nell'ambito di una controversia tra una banca e un cliente in punto di (ri)determinazione del saldo di un c/c, il c.t.u. nominato a tale scopo aveva basato il proprio accertamento su di una richiesta di fido che la banca non aveva prodotto nel termine fissato per le memorie istruttorie, ma aveva poi sottoposto al c.t.u. durante le indagini. Di qui il motivo di censura inerente alla nullità della consulenza tecnica[1], e l'interrogativo se detta nullità abbia carattere relativo, secondo la prevalente e risalente giurisprudenza della Corte, o assoluto, come invece ritenuto da una recente pronuncia della terza sezione civile, del 6 dicembre 2019, n. 31886. Quest'ultima, in particolare, aveva osservato che l'associazione della nullità relativa alla consulenza tecnica era sempre avvenuto, in passato, in casi nei quali la nullità era dipesa dall'omessa comunicazione della data di inizio delle operazioni, per poi essere estesa all'ipotesi di svolgimento di indagini su fatti estranei al *thema decidendum* o, più spesso, di acquisizione da parte del c.t.u. di documenti non ritualmente prodotti dalle parti. Il che, aveva osservato la sentenza n. 31886 del 2019, se era omogeneo alla strutturazione «senza barriere» del giudizio di cognizione delineato dall'originario impianto del codice

[1] Sebbene il c.p.c. conosca "il consulente tecnico" e non "la consulenza tecnica", è tuttavia del tutto pacifico che l'attività di quest'ultimo metta capo ad un tipico atto d'istruzione probatoria, che in quanto tale soggiace al regime delle nullità formali degli atti del processo: cfr. per tutte, e prima delle S.U. in commento, l'ordinanza 15 giugno 2018, n. 15747. Inoltre, la nota distinzione tra consulenza in funzione (solo) deducente e consulenza in funzione (anche) percipiente, inclina nel senso d'un vero e proprio mezzo istruttorio rimesso al potere del giudice.

processuale, «perché in quel tipo di processo tutte le nullità istruttorie non potevano che essere relative, non prevedendo la legge alcun termine perentorio per compierle», non era più coerente con il sistema delle preclusioni, assertive ed asseverative, che attualmente informa il processo civile ed è preordinato alla tutela di interessi generali. Ed allora, aveva concluso detta sentenza, se «la violazione delle preclusioni assertive ed istruttorie non è sanata dall'acquiescenza delle parti, ed è rilevabile d'ufficio, non è possibile continuare a sostenere che tali violazioni nuocciano all'interesse generale, e siano causa di nullità assoluta, se commesse dalle parti; ledano invece un interesse particolare, e siano causa d'una mera "nullità relativa", se commesse dal c.t.u.».

Analogamente l'ordinanza n. 9811 del 2021, che ha originato la sentenza n. 3086 del 2022 delle S.U., solo che la fattispecie riguardava una c.t.u. grafologica espletata con l'esame di documenti non prodotti dalle parti[2].

Su tali ordinanze di rimessione al Primo Presidente e sul precedente da cui si è originato il contrasto, si possono operare, in prima battuta, due (a mio avviso, importanti) riflessioni.

La prima è che non pare condivisibile, a ben vedere, che l'assetto del "nuovo" processo civile (che data pur sempre trent'anni a dietro!) imponga di per sé una rimeditazione del tema, e che ciò che prima era deducibile *sine die* e rispondeva ad interessi di parte oggi è precluso dalle strette cadenze del rito e risponde a non eludibili esigenze di carattere generale.

Il processo del lavoro ha ormai cinquant'anni e costituisce l'archetipo nobile (e di indiscussa efficienza) del processo a maglie strette e decadenze immediate, di cui ha tenuto conto la legge n. 353 del 1990. Eppure, la giurisprudenza della sezione lavoro della Corte non ha mai dubitato che rientri tra i poteri istruttori del giudice d'appello, che abbia dato mandato al consulente tecnico di compiere ogni opportuna indagine, l'acquisizione di atti o documenti ritenuti dal consulente necessari per l'espletamento dell'incarico, allorché l'accertamento di determinate situazioni di fatto possa effettuarsi soltanto con il ricorso a specifiche cognizioni tecniche (così, la sentenza 15 ottobre 2003, n. 15448, fermo restando che la consulenza tecnica non costituisce uno strumento previsto al fine di supplire a carenze probatorie relative a fatti che la parte può agevolmente dimostrare con prove documentali o testimoniali; nello stesso senso, v. la sentenza14 agosto 1999, n. 8659, la quale afferma, in particolare, il carattere relativo della nullità della consulenza che abbia tenuto conto di documenti non prodotti, senza il consenso delle parti).

Ed ancora, sempre con riguardo al processo del lavoro, le S.U. hanno affermato che ai sensi di quanto disposto dagli artt. 421 e 437 c.p.c., l'esercizio

[2] Poiché, tuttavia, il motivo di ricorso sulla nullità della c.t.u. era inammissibile per difetto di c.d. autosufficienza, le S.U. si sono pronunciate su di esso ai sensi dell'art. 363 c.p.c., nell'interesse della legge.

del potere d'ufficio del giudice, pur in presenza di già verificatesi decadenze o preclusioni e pur in assenza di una esplicita richiesta delle parti in causa, non è meramente discrezionale, ma si presenta come un potere - dovere, sicché il giudice del lavoro non può limitarsi ad una meccanicistica applicazione della regola formale del giudizio fondata sull'onere della prova, avendo l'obbligo - in ossequio a quanto prescritto dall'art. 134 c.p.c., ed al disposto di cui all'art. 111, primo comma, Cost. sul "giusto processo regolato dalla legge" - di esplicitare le ragioni per le quali reputi di far ricorso all'uso dei poteri istruttori o, nonostante la specifica richiesta di una delle parti, ritenga, invece, di non farvi ricorso. Nel rispetto del principio dispositivo i poteri istruttori non possono in ogni caso essere esercitati sulla base del sapere privato del giudice, con riferimento a fatti non allegati dalle parti o non acquisiti al processo in modo rituale, dandosi ingresso alle cosiddette prove atipiche, ovvero ammettendosi una prova contro la volontà delle parti di non servirsi di detta prova o, infine, in presenza di una prova già espletata su punti decisivi della controversia, ammettendo d'ufficio una prova diretta a sminuirne l'efficacia e la portata (S.U. 17 giugno 2004, n. 11353).

Dunque, preclusioni istruttorie ed attività percipiente (e non soltanto deducente) del c.t.u. sono perfettamente compatibili tra loro. Non solo, ma poteri officiosi, più o meno intensi, sono omogenei proprio ad un processo temporalmente scansionato per blocchi di attività e preclusioni istruttorie, gli uni e le altre costituendo epitomi della dimensione pubblicistica del processo.

La seconda consiste in ciò, che se è vero che il giudice deve decidere *iuxta probata et alligata partium* (artt. 99, 112 e 115 c.p.c.), non per questo allegazione e prova devono soggiacere, rispetto al tema rimesso alle S.U., alla medesima disciplina.

Ciò posto, il quadro di riferimento entro cui le S.U. erano chiamate ad operare va completato con il richiamo a due principi tra loro interagenti, da cui la giurisprudenza né prima né dopo ha mai mostrato di deflettere: *a*) la nomina del c.t.u. può essere indispensabile o anche semplicemente opportuna, ma mai di natura puramente esplorativa, alla ricerca di elementi, fatti o circostanze non provati (cfr. per tutte, ordinanza 15 dicembre 2017, n. 30218); *b*) la consulenza tecnica non può valere ad esonerare le parti dalla prova dei fatti posti a fondamento delle relative domande o eccezioni (cfr. 7 luglio 2005, n. 14306).

3. Le pronunce delle S.U. Il quesito su cui le S.U. si sono pronunciate è costituito dal tipo e dai confini della nullità della consulenza tecnica d'ufficio, ove il c.t.u. acquisisca documenti non prodotti dalle parti (né altrimenti acquisiti dal giudice nell'esercizio dei suoi poteri d'ufficio) o valuti fatti estranei al *thema decidendum o probandum*. Dunque, si trattava di stabilire se il c.t.u., al di fuori dell'ipotesi in cui sia impossibile per la parte provare il fatto dedotto se non

attraverso un'indagine di tipo tecnico-scientifico, possa avvalersi di fatti e di prove non dedotti, "sterilizzando" la preclusione formatasi scaduti i termini di cui all'art. 183, sesto comma, c.p.c. (nel testo in allora vigente). Strettamente collegato, l'ulteriore quesito, proprio dell'esame contabile, se l'art. 198, cpv. c.p.c. abbia portata derogatoria delle regole che presiedono agli ordinari poteri del consulente tecnico.

Questi i capisaldi del ragionamento delle S.U., cui aggiungo qualche piccola e personale chiosa.

Ragionamento che le S.U. fanno precedere da una generale ricognizione del ruolo dell'attività del c.t.u. nell'ambito dell'istruzione probatoria, evidenziando: *a*) l'evoluzione della c.t.u. da mezzo disponibile dalle parti, nel c.p.c. del 1865, a strumento a disposizione del giudice, di cui il c.t.u. è ausiliario; *b*) la possibilità che il c.t.u., proprio per tale sua funzione, eserciti poteri non dissimili da quelli che potrebbe esercitare direttamente il giudice, ove fosse in possesso delle competenze tecnico-scientifiche richieste[3]; *c*) il fatto che la nomina del c.t.u. – come evidenziata da una parte della dottrina – costituisce lo strumento «per mezzo del quale il giudice esce dalla torre di cristallo nella quale lo pongono l'operare congiunto del principio dispositivo e delle preclusioni istruttorie e riesce a rompere il diaframma tra gli atti di causa e la realtà materiale che egli può di regola conoscere solo per il tramite dell'attività delle parti»[4].

Ciò premesso, le S.U. osservano che l'attività del c.t.u., anche se richiesta in via solo o essenzialmente deducente, non smarrisce la propria collocazione interna all'istruzione probatoria (secondo l'intitolazione della sezione III, del capo II, del titolo I del libro II del c.p.c., sezione che non casualmente inizia proprio con la norma che disciplina la nomina del c.t.u.). Ne deriva che, come il giudice, così anche il c.t.u. opera per accertare i fatti che siano stati già dedotti dalle parti, non certo per rimodulare le domande e le eccezioni che queste ultime, nel libero esercizio del potere dispositivo, hanno proposto.

In secondo luogo, e di riflesso, stante il vincolo discendente dal principio della domanda e il limite sotteso alle indagini commessegli dal giudice, il consulente non può estendere il raggio delle proprie investigazioni ai cd. "fatti avventizi", vale a dire ai fatti costitutivi della domanda e, oppostamente, ai fatti modificativi o estintivi di essa che non abbiano formato oggetto dell'attività deduttiva delle parti.

---

[3] Il riferimento deve intendersi operato al giudice per antonomasia, o se si vuole al giudice considerato quale ufficio giudiziario, poiché il giudice persona fisica, il quale per avventura disponga di quelle competenze tecniche che richiedono di norma l'opera di un c.t.u., deve, non di meno, nominarlo per assicurare il giusto contraddittorio fra le parti ed evitare di incorrere nel divieto di scienza privata, la quale non si limita ai fatti storici, ma si estende anche alle cognizioni tecniche e culturali che non siano patrimonio della generalità delle persone.

[4] Il riferimento sembra essere a F. AULETTA, *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, Padova, 2002.

Si tratta d'un accenno, quello ai c.d. "fatti avventizi", che merita di essere appena approfondito. Quali sono i "fatti avventizi"? Sono quelli: *a*) inconsapevolmente dedotti, per lo più risultanti da documentazione versata in atti ad altro fine o da deduzioni in fatto operate per ragioni diverse[5]; *b*) frutto di un'introduzione consapevole, ma operata ad un diverso fine o senza attribuzione di alcun particolare significato giuridico; c) frutto di acquisizione processuale quali emergenze probatorie indipendenti dalle deduzioni delle parti. *A fortiori*, sono del pari avventizi i fatti costitutivi di domande o eccezioni diverse da quelle proposte.

Per contro, sono oggetto di acquisizione i fatti integrativi di eccezioni rilevabili d'ufficio, di cui il c.t.u. prenda incidentalmente conoscenza nell'espletare il proprio incarico, non avendo rilievo alcuno che a tale acquisizione il giudice pervenga non *motu proprio*, ma per il tramite del c.t.u.

Allo stesso modo sono senz'altro acquisibili attraverso l'opera del c.t.u. i fatti "accessori" (ma su ciò v. meglio *infra*), sicché ne risulta confermata la giurisprudenza della Corte formatasi sull'interpretazione dell'art. 194, primo comma, c.p.c., nel senso che il CTU è legittimato ad acquisire ogni elemento necessario a rispondere ai quesiti demandatigli dal giudice, «sempre che si tratti di fatti accessori rientranti nell'ambito strettamente tecnico della consulenza, e non di fatti e situazioni che, essendo posti direttamente a fondamento della domanda o delle eccezioni delle parti, debbano necessariamente essere provati dalle stesse» (così, 30 luglio 2021, n. 21926). In tale novero rientrano anche i fatti conoscibili da chiunque perché pubblicamente consultabili.

Fin qui, dunque, nulla di veramente nuovo rispetto alla giurisprudenza consolidata della Corte, perché si tratta di affermazioni che scontano la necessità di rispettare i limiti, anche semplicemente impliciti, derivanti dalla domanda. Il problema posto dalle ordinanze di rimessione, e dal loro esplicito e ripetuto riferimento al precedente n. 31886 del 2019 di cui s'è detto, riguarda il caso in cui «la conoscenza che il consulente matura in ordine ai fatti rilevabili officiosamente, ai fatti accessori, ai fatti pubblicamente accessibili e ai fatti impliciti nell'oggetto della domanda – per non dire dei fatti extra-mandato – avviene per il tramite di fonti documentali non oggetto di produzione a cura delle parti e di cui il consulente prende cognizione procedendo egli stesso alla loro ricerca e alla loro acquisizione al processo».

Dalle conclusioni della sentenza n. 31886 del 2019, che ha osservato che il recupero istruttorio non consentito alle parti non può essere ammesso ad

[5] Si pensi, ad esempio, al contenuto di una scrittura, prodotta per dimostrare il rapporto contrattuale dedotto, ma da cui si ricavi la (in ipotesi, rilevante) origine ereditaria del bene che ne forma l'oggetto, origine che, tuttavia, nessuna delle parti ha allegato ad alcun fine; oppure, alla deduzione, del tutto scollegata da una sia pur implicita eccezione di prescrizione, che l'attore ha agito in giudizio nonostante il lungo tempo trascorso dai fatti, quale segno di un sostanziale disinteresse di lui al bene della vita conteso.

opera del c.t.u., ché – diversamente – si perverrebbe ad un'*interpretatio abrogans* delle preclusioni fissate dall'art. 183 c.p.c., le S.U. dissentono esplicitamente.

E neutralizzano tale obiezione fondante la *ratio* della citata sentenza della terza sezione, osservando che il giudice (e dunque anche il consulente, che ne è un ausiliario) non soggiace alle preclusioni che il codice pone alle parti, ma solo a quelle che la legge a lui soltanto riferisce. Proposizione, quest'ultima, di cui vi è evidenza proprio nell'art. 183, ottavo comma, nonché, quanto al processo del lavoro, negli artt. 420, quinto comma, e 421, secondo comma, c.p.c., disposizioni tutte che operano dopo e nonostante si siano già formate le preclusioni a carico delle parti. Non solo, ma anche gli artt. 118 e 213 c.p.c. e l'art. 2711 c.c. (quest'ultimo sull'ordine di esibizione, emesso d'ufficio, di libri e scritture contabili, di lettere, telegrammi o fatture[6]) depongono in tal senso.

Ciò posto, nel caso specifico della sentenza n. 6500 del 2022, avente ad oggetto una consulenza contabile, le S.U. si sono confrontate con l'interpretazione corrente dell'art. 198 c.p.c., secondo cui il consulente, autorizzatone dalle parti, può esaminare anche documenti non prodotti, purché questi abbiano carattere "accessorio", vale a dire siano utili a consentire una risposta più esauriente ed approfondita al quesito posto dal giudice[7]. Il preteso carattere di accessorietà dei documenti che, previo l'assenso delle parti, il c.t.u. contabile è abilitato ad esaminare è frutto nella giurisprudenza precedente del raccordo con le preclusioni istruttorie, e dunque segue la medesima logica della pronuncia n. 31886 del 2019, che tale nesso pure istituisce.

Anche da tale interpretazione le S.U. prendono le distanze, sulla base di un'interpretazione sia letterale che sistematica dall'art. 198 c.p.c.

Sotto il primo profilo, si è osservato che il secondo comma dell'art. 198 c.p.c. parla, appunto, di "documenti e registri non prodotti in causa", per cui è sostanzialmente controletterale interpretare detta norma alla luce delle preclusioni istruttorie già maturate. È evidente che il c.t.u., previo consenso delle parti, è chiamato proprio a colmare possibili lacune istruttorie, ché diversamente il potere di acquisire documenti non prodotti sarebbe intrinsecamente contraddittorio. Né è possibile limitare tale attività (di chiara natura percipiente) del c.t.u. all'acquisizione dei documenti idonei a provare i soli fatti accessori, poiché anche in tal caso si fa dire alla norma un *quid pluris* non desumibile né dal testo né dal contesto. I documenti, invero, sono strumenti di prova tanto dei fatti principali che di quelli secondari, quelli cioè

[6] Peraltro, il potere previsto dall'art. 2711 c.c. nella giurisprudenza precedente si ritiene esercitabile in via residuale, soltanto quando la prova dei fatti non possa in alcun modo essere acquisita con altri mezzi e l'iniziativa della parte instante non abbia finalità esplorativa: cfr. 1° aprile 2019, n. 9020 e 21 febbraio 2017, n. 4504.

[7] Cfr. 3 agosto 2017, n. 19427, 27 aprile 2016, n. 8403 e 2 dicembre 2010, n. 24549, citate nella motivazione di S.U. n. 6500 del 2022.

privi di efficacia probatoria propria e diretta, ma dedotti o deducibili in funzione della prova dei fatti principali. La sola differenza è che il documento dimostrativo del fatto principale è, per così dire, "parlante", nel senso che le due enunciazioni coincidono tra loro, a differenza di quanto avviene per il documento dimostrativo del fatto secondario, perché esso, al pari di quest'ultimo, innesca un ragionamento di tipo induttivo sull'esistenza del fatto principale da provare (es.: le parti hanno stipulato un dato contratto di vendita immobiliare – fatto principale – e la produzione del relativo atto pubblico ne fornisce *ex se* la prova; la *e-mail* che, facendo seguito ad un ordine d'acquisto già trasmesso, specifichi la clausola "pronta consegna" – fatto secondario – consente di inferire, nel contesto delle restanti deduzioni assertive e probatorie, che il contratto doveva perfezionarsi con la tecnica di cui all'art. 1327 c.c., cioè mediante esecuzione).

Sotto il secondo aspetto, che è di indole sistematica, il secondo comma dell'art. 198 c.p.c. non può essere interpretato in maniera da corrispondere ai poteri del c.t.u. non contabile, visto che la c.t.u. contabile è già gravata da oneri (il previo consenso delle parti) ordinariamente non previsti. Per chiarire con parole diverse da quelle adoperate dalla motivazione della sentenza n. 6500 del 2022: cosa fa di regola e in ogni tipo di indagine tecnica il c.t.u. percipiente, se non rilevare e valutare (con l'esame diretto di luoghi, cose e persone) fatti accessori, ancorché non espressamente allegati, in funzione probatoria di quelli principali? E quale sarebbe, allora, la specificità dell'indagine tecnico-contabile prevista dall'art. 198 c.p.c., se essa non potesse condurre ad altro che alla prova di soli fatti accessori, per tali intendendo quelli puramente confermativi dei fatti principali già altrimenti accertati tramite la sola iniziativa di parte?

La contro-obiezione che la norma, così interpretata, possa prestare il fianco a condotte scorrette, consentendo ad una parte di interagire con il consulente al riparo dal contraddittorio dell'altra (come si lamentava proprio nel caso oggetto della pronuncia n. 6500 del 2022), non coglie nel segno. È evidente – ed anche di questo le S.U. si sono fatte espressamente carico – che il c.t.u. debba rispettare, al pari del giudice, di cui è ausiliario, il contraddittorio delle parti, quest'ultimo viepiù procedimentalizzato dal nuovo testo dell'art. 195 c.p.c., come modificato dal comma 5 dell'art. 46, legge 18 giugno 2009, n. 69. Non senza considerare che il contraddittorio si reinscena *de plano*, in base agli artt. 183, ottavo comma, e 421, secondo comma, c.p.c., ogni qual volta il giudice disponga d'ufficio un mezzo di prova, contro il quale è ammessa la controprova.

Ma il punto è un altro. Il pericolo di condotte scorrette di una delle parti è presente nell'ambito della consulenza, contabile o non contabile che sia, anche ove se ne voglia confinare la funzione percipiente ai soli fatti "accessori" e a

prescindere dal problema dell'acquisizione documentale[8]. Pertanto, non sembra sostenibile che il rischio di compromettere il contraddittorio ricorra nell'un caso (la c.t.u. contabile aperta ad acquisizioni documentali) e non anche nell'altro (la c.t.u. non contabile) e dipenda dall'oggetto (fatto principale o secondario) dell'accertamento.

Se ne deve concludere – ed è questo il fondamentale punto d'arrivo delle S.U. – che la specialità dell'esame contabile risiede «nel consentire espressamente al consulente contabile l'esame di documenti non prodotti in giudizio, anche se questi riguardino fatti principali ordinariamente soggetti ad essere provati per iniziativa delle parti»[9]. Dunque, sono acquisibili anche quei documenti che contengano la prova diretta del fatto principiale, come per l'appunto la scrittura che contiene gli accordi intercorsi tra le parti. E difatti, il terzo principio di diritto espresso dalla sentenza n. 3086/22, che corrisponde, poi, alla massima Rv. 663786 – 04, così recita: "In materia di esame contabile, ai sensi dell'art. 198 c.p.c., il consulente nominato dal giudice, nei limiti delle indagini commessegli e nell'osservanza della disciplina del contraddittorio delle parti ivi prevista, può acquisire, anche prescindendo dall'attività di allegazione delle parti, tutti i documenti necessari al fine di rispondere ai quesiti sottopostigli, anche se diretti provare i fatti principali posti dalle parti a fondamento della domanda e delle eccezioni".

In queste sole e poche righe è condensata, a mio sommesso avviso, l'autentica novità delle ridette sentenze delle S.U., su cui si gioca la funzione nomofilattico-persuasiva propria di tutte le pronunce della Corte di cassazione.

Orbene, siamo veramente sicuri che, come qualcuno può aver ritenuto, si tratti di una dirompente, rispetto al passato, interpretazione dell'art. 198 c.p.c.? La giurisprudenza anteriore, come s'è detto, limitava il potere di acquisizione documentale del c.t.u. contabile (s'intende, sempre previo il consenso delle parti) ai fatti "accessori", per tali intendendo quelli utili a consentire una risposta più esauriente ed approfondita al quesito posto dal giudice, restandone, pertanto, esclusi, i documenti concernenti fatti e situazioni poste direttamente a fondamento della domanda e delle eccezioni di merito (cfr. sentenze 27 aprile 2016, n. 8403 e 2 dicembre 2010, n. 24549). Nelle sue applicazioni concrete detto principio aveva portato ad escludere, ad esempio, l'acquisizione di documentazione nuova ed ulteriore, volta ad accertare la morosità di una parte ai fini del calcolo dei relativi interessi, o di contabili

[8] Si pensi all'indagine tecnica compiuta su di un macchinario, durante la quale una parte, in assenza dell'altra, riferisca al c.t.u. le istruzioni di funzionamento fornite dal costruttore; o ad una c.t.u. avente ad oggetto immissioni di sostanze nocive, in cui la parte che le lamenta indichi al c.t.u. il preciso punto di emissione non altrimenti documentato da rilievi fotografici in atti.

[9] Così, a pag. 39 della sentenza n. 3086 del 2022 e a pagg. 34-35 della sentenza n. 6500 del 2022.

bancarie nel corso di una c.t.u. avente ad oggetto la revocatoria fallimentare di singole rimesse.

Resta(va) da domandarsi, a questo punto, quali siano i documenti (inerenti a fatti) "accessori", nell'ambito di una attività istruttoria che, come quella contabile, ha quasi *naturaliter* una funzione anche percipiente. E ove si consideri che una contabilità monca dà la certezza (non la mera possibilità) d'un risultato inattendibile (che solo un'illimitata fiducia nelle parole può gabellare per verità processuale, e che solo una buona dose di ipocrisia può poi recepire come surrogato accettabile di quella effettiva), resta(va) da chiedersi che senso e che utilità possa mai avere un'indagine tecnica così pesantemente ipotecata.

Anche a livello di logica-giuridica l'indirizzo anteriore mostra ulteriormente i suoi limiti. Lo statuto dei fatti accessori non può essere diverso da quello dei fatti secondari, nel senso che le due figure coincidono: anche se ai fatti accessori si attribuisce solo una funzione implementativa o confermativa di differenti fatti, altrimenti già dimostrati dalle parti nell'assolvere i loro rispettivi oneri probatori, è sempre nel contesto della prova che essi rilevano. Collocarli diversamente, nell'ambito di un'ipotetica funzione di mero conforto del giudice nell'optare per una decisione già altrimenti giustificabile, equivale a porli nell'irrilevanza processuale per difetto d'idoneità probatoria o per inutile sovrabbondanza. Ma se i fatti accessori altro non sono che fatti secondari, la loro documentazione vale a dimostrare gli stessi fatti principali in funzione della cui prova essi sono dedotti, sicché è illusorio predicare – ad un tempo – che i fatti principali devono rimanere esclusi dall'accertamento tecnico, quest'ultimo potendosi riferire solo a quelli accessori.

È del tutto irrazionale, allora (e dunque da respingere, perché il sistema così ricostruito sarebbe sospetto di illegittimità costituzionale), ritenere che grazie all'attività del c.t.u. contabile la prova dei fatti principali possa essere fornita in via soltanto indiretta, tramite la prova dei fatti secondari, ma non anche in via diretta mediante l'acquisizione officiosa di documenti che quei fatti principali consacrino *ex se*, valendo solo per questi ultimi l'inderogabilità del principio dispositivo e le preclusioni istruttorie già formatesi. In altre parole, se il c.t.u. attraverso le proprie indagini può esaminare, accertare ed acquisire documenti non prodotti, il coinvolgimento oggettuale in tale attività anche dei fatti principali – purché, ovviamente, allegati – diviene automatico ed insopprimibile, come chiaramente si afferma nella motivazione e, in ispecie, nel terzo principio di diritto formulato dalle S.U.

Piuttosto, ciò induce una considerazione diversa. Se in precedenza la distinzione tra c.t.u. contabile e non contabile poteva esaurirsi nel potere di acquisizione documentale consentibile solo nella prima, il resto essendo invariato, vi è da domandarsi se le ragioni dell'innalzamento del potere accertativo del c.t.u. nella prima ipotesi non reagisca anche nella seconda. Il che

potrebbe significare che, a dispetto della diversificata formulazione dei principi di diritto contenuta nelle sentenze in oggetto, si debba ritenere che anche l'interpretazione dell'art. 194 c.p.c. risulti in qualche maniera variata, non essendone più sostenibile l'originaria lettura riduttiva, correlata alla rilevazione officiosa dei soli fatti accessori.

Da ultimo, va osservato che le S.U. non si sono soffermate sul doppio consenso delle parti che, in base al secondo comma dell'art. 198 c.p.c., condiziona lo speciale potere attribuito dalla legge al c.t.u. contabile. E ciò non certo per negarne il carattere necessitato, ma semplicemente perché esso è stato dato per presupposto: ognuna delle parti, ove non intenda fornire alcuna sponda alla possibilità del c.t.u. di esaminare e di acquisire documenti non prodotti, non ha che da negare il proprio assenso, con il che la stessa problematica oggetto delle pronunce delle S.U. viene grandemente ridimensionata.

Infine, e senza voler invadere il campo della relazione seguente, vorrei esprimere il mio personale convincimento sul *modus agendi* per sollevare la nullità relativa della c.t.u., allorché il consulente abbia esaminato e/o acquisito documenti contabili in assenza del prescritto consenso preventivo delle parti. Mi sembra di poter affermare, in merito, che con la modifica dell'art. 195 c.p.c. apportata dalla legge n. 69/09 il legislatore, facendo propria una prassi virtuosa dei giudici di merito (prassi che già prima ripeteva la propria legittimità dall'art. 175, secondo comma, c.p.c.), abbia inteso procedimentalizzare la formazione dell'atto istruttorio cui mette capo la nomina del c.t.u. (contabile e non). Ciò significa che solo allorché tale atto istruttorio si sia perfezionato, il che avviene col deposito della relazione finale del c.t.u., successiva all'esame delle eventuali controdeduzioni delle parti, queste tramite i rispettivi difensori hanno facoltà di eccepire la nullità della relazione ai sensi e nei termini di cui all'art. 157, secondo comma, c.p.c.

Va aggiunto che non avrebbe senso alcuno imporre la necessità di anticipare l'eccezione, vale a dire considerare quale prima difesa successiva la controdeduzione del consulente di parte, e ciò per due ragioni tra loro strettamente connesse. La prima è che il consulente di parte non è abilitato alla difesa tecnico-giuridica; la seconda è che solo con la relazione finale del c.t.u. il difensore può valutare, con piena cognizione di causa, se gli convenga o meno chiedere che la relazione sia invalidata in tutto o in parte. Ciò non significa, evidentemente, che già con la controrelazione del c.t.p. non si possa lamentare un esame e/o un'acquisizione documentale non previamente assentita; ma, che tale doglianza sia manifestata o meno, è necessario e sufficiente che essa sia espressa, ai sensi e per gli effetti dell'art. 157, secondo comma, c.p.c., dopo il deposito della relazione finale del c.t.u. Prima di allora l'atto istruttorio non si è

ancora perfezionato (cioè non è stato ancora portato a termine) e, dunque, neppure se ne può efficacemente eccepire la nullità.

4. Considerazioni finali e di sintesi. Solo ora è possibile operare alcune considerazioni di sintesi sulla portata delle anzidette sentenze delle S.U.

Innanzi tutto, dette pronunce non hanno stravolto alcun caposaldo del processo. Esse hanno solo chiarito: *a*) che l'intangibilità dei fatti principali rimessi alla sola disponibilità delle parti non implica che anche la relativa prova sfugga *tout court* ai poteri dell'indagine tecnica contabile; e *b*) che quest'ultima non si esaurisce nella mera conferma e valutazione delle prove dei fatti secondari, già raccolte ad esclusiva iniziativa di parte.

Si potrebbe obiettare che la distinzione pratica tra fatti principali (*id est*, quelli costitutivi dell'azione esercitata) e fatti secondari (dedotti in funzione probatoria dei primi) non sia di così nitida ed immediata percezione nella trama dialogica che attraversa il processo. E che per questo possa risultare disagevole ricostruirne l'ordito discriminando gli uni dagli altri. Ciò è vero, ma deve replicarsi che resta necessario all'interprete farvi ricorso, per collocare gli elementi del fatto all'interno di un orizzonte chiaramente definito e per coordinare tra loro i caposaldi logici entro cui opera la dinamica dell'accertamento compiuto dal c.t.u. In difetto, le valutazioni del giudice vagano per terre incognite, alla mercé di soluzioni estemporanee dettate più dall'impressione del momento che da un procedimento razionale.

Pertanto, ferma restando l'utilità della suddetta distinzione, la prova dei fatti principali non può essere distolta dal potere accertativo del c.t.u. se non quando tale potere sia svolto in funzione puramente esplorativa. Il che, però, dimostra che il problema non è impedire al c.t.u. di riferire ciò che vede, ma evitarne la stessa nomina allorché a monte via sia una carente attività assertiva e probatoria delle parti.

Un'altra considerazione, indotta dalle S.U., è che risulta ben chiaro – soprattutto tramite il richiamo alla nozione (nota in dottrina, ma d'uso poco corrente in giurisprudenza) di fatto c.d. avventizio – che nell'accertare i fatti né il giudice né il consulente hanno il potere di ricercare liberamente quelli che meglio si attagliano alla fattispecie, al di là ed al di fuori dei fatti principali dedotti dalle parti in funzione dell'effetto di giudicato perseguito. Salvo i fatti e le questioni rilevabili d'ufficio (come ad es. la qualità di consumatore di una delle parti), una volta definiti i *themata decidenda et probanda* il c.t.u., non diversamente da quanto è richiesto al giudice, esamina e ricerca le prove entro una cornice di riferimento già data e non modificabile.

Se dall'istruzione probatoria (sia che essa consista nell'assumere mezzi rimessi alle parti, sia che si articoli anche o solo in acquisizioni officiose) emerge un fatto di per sé costitutivo di un diritto diverso da quello azionato, nel senso

che il fatto stesso non scaturisce da un'allegazione consapevole e finalizzata della parte che vi ha interesse, né il consulente né il giudice possono porlo a base della relazione o della sentenza (ad es. proposta una domanda di ripetizione d'indebito, se dall'istruzione probatoria emerge che la dazione era sorretta da una causa lecita, la domanda va respinta e non già accolta sotto tale diversa *causa agendi*, ancorché in ipotesi ne ricorrano le condizioni). Ciò è *sempre* stato chiaro ed è stato ovviamente ribadito dalle S.U. (v., in particolare, la massima CED Rv. 663786 – 02). Dunque, nessuno stravolgimento delle regole garantiste proprie del processo civile appare minimamente paventabile.

L'unica vera novità risiede, invece, in ciò, che nell'ambito delle garanzie proprie della consulenza contabile, e dunque acquisito il consenso delle parti, la prova anche dei fatti principali può risultare, per virtù dell'indagine tecnica, dall'acquisizione officiosa di documenti non prodotti, colmandosi così le eventuali lacune del materiale istruttorio versato dalle parti e che non sempre può coprire l'intera gamma dei documenti utili (si pensi, ad es., ad una consulenza contabile avente ad oggetto l'appalto della costruzione di un'opera pubblica di grosse dimensioni: è pensabile che le parti debbano produrre tutta insieme l'ingente documentazione tecnica, di progetto, di cantiere ecc. necessaria a ricostruire il rapporto intercorso tra le parti, prevedendo ogni possibile sviluppo del dibattito processuale?).

Un'ulteriore considerazione che vale operare è quella per cui le ridette sentenze sono valse a chiarire (o meglio ad escludere) il nesso tra accertamento tecnico e preclusioni processuali. Al riguardo, vale rammentare quanto alcuni anni a dietro il prof. Sassani ebbe a scrivere a proposito dell'onere di contestazione specifica, positivizzato mediante la modifica dell'art. 115 c.p.c. ad opera della legge n. 69/09, ma da prima e da sempre pacificamente ammesso, in dottrina e in giurisprudenza, col relativo effetto della *relevatio ab onere probandi*. Affermò l'Autore che quando si riscrivono i principi nel migliore dei casi si ribadisce l'ovvio, ma più spesso si finisce per imprigionarne il dibattito all'interno della "perversa logica delle preclusioni che avvelena ormai da tempo il processo civile"[10].

(Logica delle preclusioni – si potrebbe chiosare – che a sua volta è ulteriormente intossicata dal dogma della ragionevole durata del processo, vero e proprio *evergreen* del recente dibattito in materia processuale).

Ecco, anche nel nostro caso tutto ha avuto origine dall'idea, esplicitata dalla sentenza n. 31886 del 2019 e ripresa dalle due ordinanze di rimessione, che anche l'attività del c.t.u. dovesse muoversi nel medesimo ambito delle già formatesi preclusioni, sia assertive che probatorie, tanto che la relativa discussione ne è rimasta imbrigliata.

[10] *L'onere della contestazione*, in www.iudicium.it, pag. 2.

Merito delle S.U., a mio sommesso avviso, è l'aver restituito alla questione il suo giusto respiro, precisando che una cosa è definire l'ambito dei temi di causa: rimesso alle parti, né il giudice né il c.t.u. possono alterarlo; altra è la successiva attività di istruzione probatoria, che oltre ai mezzi tempestivamente richiesti dalle parti contempla, altresì, impulsi officiosi ad integrazione dei primi. Se la legge prevede tali possibilità d'impulso non è solo per consentire al giudice un miglior apprezzamento delle prove, ai sensi dell'art. 116 c.p.c., o per agevolargli la comprensione di fatti storici e di situazioni obiettive tecnicamente connotate, ma è anche e proprio per colmare le eventuali lacune dell'attività difensiva delle parti. Opinare diversamente equivale ad escludere la stessa ammissibilità della funzione anche percipiente dell'attività del c.t.u.

In tale dinamica processuale, il principio di preclusione non è in gioco. Negli scritti di Giuseppe Chiovenda, cui si deve l'elaborazione del concetto, la preclusione è riferita alle parti e la sua essenza risiede nella perdita, per estinzione o consumazione, di una facoltà processuale[11]. Il giudice – o, il che è lo stesso, il c.t.u. che egli nomina – non incorrono in preclusioni di sorta (salvo casi particolari: cfr. ad es. l'art. 38 c.p.c.), sicché il rispetto dell'ambito delle domande e delle eccezioni di merito non è il contraltare della consumazione delle facoltà processuali delle parti, ma attiene al ben diverso tema dell'identificazione dell'azione e dell'eccezione, corrispondente al brocardo *ne eat iudex ultra petita partium*.

L'aver operato una commistione dei due piani – quello della preclusione e quello dell'identificazione delle azioni – è, a mio avviso, il peccato originale che ha cagionato la rimessione della questione alle S.U. e che ne ha aduggiato il dibattito susseguente.

Per comprendere la reciproca estraneità dei due piani, nulla di meglio che rifarsi, anche qui, al maestro Giuseppe Chiovenda, allorché in un suo scritto del 1903 sull'identificazione delle azioni e il principio *ne eat iudex ultra petita partium*, insegnava che anche quando l'identità dell'azione è salva, vi può essere vizio di *ultra petita* sotto altri punti di vista. Il che accade allorché, in particolare, il giudice, invariato l'oggetto della domanda, ne sostituisce di sua iniziativa i fatti costitutivi, atteso che questi ultimi, e non la norma di legge, identificano l'azione[12]. Ma negli scritti dell'insigne Autore tale divieto non era minimamente giustificato dal o collegato all'essersi formate delle preclusioni a carico delle parti. Esso era derivato semplicemente dalla circostanza che al giudice non è

[11] *Saggi di diritto processuale civile*, Milano, 1993, vol. III, pag. 232, il quale insigne Autore alla successiva pag. 233 elenca le tre ipotesi fondamenti di preclusione, *a*) per l'inosservanza d'un termine perentorio o della successione legale delle attività e delle eccezioni; *b*) per il compimento di un'attività incompatibile con l'esercizio della facoltà stessa; e *c*) per aver già validamente esercitato la facoltà stessa (consumazione propriamente detta).

[12] *Saggi di diritto processuale civile*, cit., vol. I, pag. 167.

consentito trarre la ragione del decidere da un fatto giuridico essenzialmente diverso da quello che, per via d'azione o eccezione, era stato dedotto dalle parti.

L'ultima considerazione che propongo è di carattere più generale, e consiste essenzialmente in un invito: cogliere delle pronunce della Corte di cassazione (di queste come di altre) anche la valenza euristica, che consente di comprenderne, oltre all'indicazione operativa, anche il significato più profondo, non stancandosi di sottoporre sempre a verifica critica il senso delle proposizioni giurisdizionali, ancorché consolidate e risalenti.

Nel nostro caso, si tratta di pronunce tutt'altro che destrutturanti delle regole processuali. Chi vi ha ravvisato una sorta di rivoluzione copernicana, o anche soltanto un effetto d'indebolimento dell'idea d'un processo per blocchi di attività scanditi dalle preclusioni, non ne ha colto, a mio avviso, né la portata effettiva né l'*intentio*.

Al netto di taluni, singoli enunciati introduttivi sulla funzione dell'istruzione probatoria, in generale, e sull'evoluzione dell'attività del consulente tecnico, in particolare, mi sembra di potervi ravvisare proprio un richiamo all'ordine logico del processo e alla sua funzione. Quest'ultima non si esaurisce nel celebrare un compiaciuto rito di democrazia fine a se stesso, né il processo può essere inteso solo come un procedere assistito da protocolli seriali che ne assicurino la rapidità. Esso è soprattutto – se non essenzialmente – il luogo in cui insieme con le pretese private si processano, per verificarne criticamente la validità, anche le norme di legge e la loro effettiva idoneità a consentire la giustizia della decisione.

Felice Manna