

## **NECESSITA' DEL CONSENSO EX ART.198 CO 2 C.P.C. O GRANDE INQUISITORE**

Alcune riflessioni per affrontare la “ricaduta” pratica sulla consulenza tecnica, in particolare sulla consulenza tecnica contabile che è quella di interesse in materia bancaria, dei principi di diritto affermati nelle sentenze della Corte di Cassazione a SSUU n.3086/2022 e n.6500/2022 (il cui contenuto è stato già esposto ed esaminato nella relazione del dott. Scotti).

### **-Alcune premesse**

La CTU è un mezzo istruttorio officioso la cui necessità/opportunità di disposizione è valutata dal Giudice dopo la definizione del thema decidendum e del thema probandum, sulla base del contenuto degli atti introduttivi di fase e all’esito delle attività rimesse usualmente alle parti secondo le scansioni identificate all’art.183 c.p.c.: la scelta del Giudice si pone nell’ambito della verifica del materiale istruttorio e dei mezzi di prova richiesti, in cui si inquadra anche la valutazione dei presupposti per l’esercizio eventuale degli specifici poteri istruttori officiosi normativamente riconosciuti, ed è effettuata, appunto, alla luce della definitiva identificazione delle domande ed eccezioni svolte dalle parti -attraverso gli atti introduttivi del processo e le successive memorie difensive secondo la norma processuale richiamata-.

Mi sembra che nell’impostazione offerta dalla Corte il motivo per cui si afferma che non operano le preclusioni istruttorie in materia di consulenza tecnica -con possibilità di acquisizioni documentali da parte del CTU a prescindere dalle produzioni delle parti- è dato dal fatto non tanto che il CTU possa genericamente esercitare i poteri officiosi del Giudice -che questi poteri di acquisizione documentale così generalizzati non hanno dal fatto che, nello specifico, la CTU è un atto istruttorio d’ufficio. Quindi il Giudice è svincolato dalle preclusioni -che, secondo l’impostazione delle SSUU, non operano in relazione ai poteri istruttori officiosi, volti anche a sopperire ad insufficienze probatorie delle parti-: ne è svincolato pertanto anche il CTU, che, in qualità di ausiliario del Giudice, ha libertà di acquisizione documentale con gli unici limiti del quesito e del principio della domanda; il CTU subisce, in linea generale, anche il limite costituito dalla necessità di rispettare gli oneri probatori quanto ai fatti “principali” (da ciò consegue, appunto in linea generale, la non acquisibilità di

documentazione relativa a fatti “principali”, così definiti nelle sentenze in esame, salva la loro rilevanza d’ufficio); quest’ultimo limite viene però meno nella consulenza contabile, nel cui ambito è possibile l’acquisizione anche di documenti relativi a fatti “principali” (non rilevabili d’ufficio) purchè (secondo l’interpretazione preferibile che si approfondirà di seguito) vi sia il consenso degli interessati, secondo il disposto dell’art.198 co 2 c.p.c.

In sintesi, i passaggi rilevanti che emergono dalle sentenze in esame mi sembra possano essere così schematizzati:

- i poteri istruttori officiosi del Giudice non risentono delle preclusioni istruttorie;
- la disposizione di CTU è un atto istruttorio officioso e di conseguenza nemmeno il CTU, quale ausiliario del Giudice per accertamenti di carattere tecnico richiedenti specifiche competenze, è limitato dalle preclusioni istruttorie che colpiscono le parti;
- i poteri acquisitivi del CTU, che possono avere ad oggetto solo documenti (vale per le altre attività il disposto dell’art.194 c.p.c.), risiedono nel perimetro del quesito e, prima ancora, in quello della domanda che è invalicabile;
- non è possibile inoltre, in linea generale, superare gli oneri probatori attraverso l’acquisizione di documenti relativi alla prova dei fatti “principali” (a meno che non siano rilevabili d’ufficio), salvo che per la consulenza contabile, ex art.198 co 2 c.p.c.;

La ricostruzione dei poteri di acquisizione documentale del CTU operata dalle SSUU comporta una prima serie di significative conseguenze per la consulenza tecnica in generale, e cioè:

- si può ampliare la quantità di materiale probatorio documentale da esaminare per la valutazione finale della controversia (pure se non si toccano il contenuto e l’ampiezza del thema decidendum e del thema probandum, rimessi alle parti, ciò può avere incidenza quantomeno sulla loro specificazione, soprattutto quando si tratti di documentazione relativa a fatti principali rilevabili d’ufficio);
- viene meno nell’ambito della consulenza tecnica la differenza tra fatti secondari (allegati dalle parti per la prova indiretta dei fatti principali) e accessori (tecnici, da sempre acquisibili dal CTU), con tutte le problematiche date per la loro differenziazione;
- nella consulenza tecnica in generale si può porre comunque il problema di stabilire se l’acquisizione documentale da effettuare ad opera del CTU riguardi fatti secondari oppure fatti principali non acquisibili d’ufficio: si sposta cioè in sede di operazioni

peritali una verifica di carattere propriamente ed esclusivamente tecnico-giuridico, che non ha attinenza con l'attività tecnica demandata al CTU.

Quanto alla consulenza tecnica contabile, l'ambito dei poteri acquisitivi del CTU è, come si è visto, più ampio rispetto a quello delle altre consulenze tecniche, sulla base di un'interpretazione del comma 2 dell'art.198 c.p.c. che, svincolandolo dal comma 1, ne valorizza la specificità, svilita secondo la Corte dall'interpretazione tradizionale; questa riduceva la disposizione ad una inutile reiterazione dell'esplicitazione di poteri che comunque il CTU già avrebbe avuto (poiché essa era limitata ai soli fatti accessori -tecnici- già comunque acquisibili dal CTU); anche l'interpretazione della stessa Corte a SSUU che attribuisce in via generale poteri di acquisizione documentale relativa non solo ai fatti accessori tecnici ma anche ai fatti secondari, oltre le preclusioni istruttorie, al CTU sarebbe "implicitamente vanificante" il disposto dell'art.198 co 2 c.c., perché anche in tal caso la norma si leggerebbe come volta a riconoscere al Tecnico poteri che egli comunque già avrebbe.

La specificità che per la CTU contabile perviene dal disposto dell'art.198 co 2 c.p.c. è individuata dalla Corte della possibilità di acquisizione documentale relativa anche ai fatti principali, utile alla prova di questi; in questo caso il limite della domanda opera rispetto alle allegazioni dei fatti fondanti costitutivi, modificativi, estintivi – che debbono essere già parte del processo e possono essere anche impliciti e/o non valorizzati dalle parti che ne avrebbero interesse -: in tal caso sarebbero rilevabili d'ufficio, e quindi, secondo l'impostazione della Cassazione, esaminabili sotto il profilo delle acquisizioni documentali anche dal CTU-.

L'interpretazione dei poteri del CTU in materia contabile, e quindi per quanto qui interessa in materia bancaria, offerta dalle SSUU comporta queste ulteriori conseguenze:

-nei rapporti bancari la previsione della possibilità di acquisizione documentale in sede di consulenza tecnica contabile, come delineata dalle SSUU, passa usualmente attraverso le produzioni delle parti e quindi, direi per definizione, prevedere la possibilità di acquisizioni documentali da parte del CTU significa prevedere la possibilità per le parti di produrre documenti oltre i limiti delle preclusioni istruttorie;

-in materia bancaria è difficile immaginare documentazione utile alla ricostruzione dei rapporti che non sia relativa ai fatti costitutivi, modificativi, estintivi (forma scritta dei contratti, estratti conto ai fini di dare contenuto economico al rapporto che si svolge

nel tempo): spesso la produzione per esempio di un contratto di conto corrente non tempestivamente allegato rende effettive doglianze del correntista o giustifica la legittimità delle condizioni applicate dalla banca nell'ambito delle allegazioni di illegittimità/legittimità delle condizioni applicate al rapporto fin da subito introdotte e, in tal caso, si rimane nell'ambito dei fatti "principali" ma l'acquisizione ha un'incidenza sull'oggetto della controversia quantomeno come precisazione dei termini di esso; questa precisazione dell'ambito del giudizio può comportare anche l'emergere di profili di nullità rilevabili d'ufficio, con conseguente ulteriore allargamento -da considerare legittimo se sono rispettati i limiti di allegazione ad opera delle parti- del contenzioso;

-la possibilità di acquisizioni documentali anche se relative a fatti principali stempera eventuali questioni in ordine alla differenziazione tra fatti principali e secondari ma comporta lo spostamento nell'ambito delle operazioni peritali di questioni squisitamente giuridiche delicate e non sempre di facile soluzione per stabilire se il documento da acquisire si riferisca a fatti effettivamente allegati in modo tempestivo oppure no: pensiamo alla difficoltà di verificare se fatti impliciti o non valorizzati dalle parti siano effettivamente tali o si sia invece in presenza di fatti in alcun modo allegati e/o valorizzati solo a fini specifici diversi dagli interessati).

Diventa pertanto centrale -oltre che l'evitare consulenze esplorative e il formulare correttamente il quesito- stabilire come le acquisizioni documentali ad opera del CTU nell'ambito delle operazioni peritali debbano avvenire (rispetto dei diritti di difesa e di contraddittorio, con la conseguenza che le parti devono essere coinvolte nel vaglio di ammissibilità e pertinenza al quesito delle acquisizioni documentali del CTU; necessità di verificare, quanto all'art.198 co 2 c.p.c., se e come il doppio consenso ivi disciplinato rilevi, oltre il contraddittorio comunque necessario, per la consulenza contabile); a questo profilo si correla direttamente anche l'individuazione dell'ambito dei poteri di acquisizione del CTU.

**-In generale, salvaguardia del contraddittorio per le acquisizioni documentali ad opera del CTU nella consulenza tecnica d'ufficio**

Entrambe le sentenze delle SSUU in esame sottolineano ripetutamente la necessità di salvaguardia del contraddittorio in ordine alle acquisizioni documentali del CTU.

Per le acquisizioni documentali relative a fatti accessori e secondari, che si possono rendere necessarie per la consulenza tecnica in linea generale e anche per la consulenza tecnica contabile, ove per essa non si debba acquisire documentazione riguardante fatti principali, mi sembra che il contraddittorio debba essere effettuato coinvolgendo i difensori e non solo i consulenti tecnici di parte: in questa fase si possono infatti porre questioni giuridiche che non possono essere affidate al solo consulente tecnico - incaricato non per curare la difesa della parte nel processo, coinvolgente la valutazione dei presupposti e delle conseguenze giuridiche di una acquisizione documentale richiesta/effettuata dal CTU, ma per seguire le operazioni peritali per le quali è richiesta una competenza di altra natura-.

**-Con riferimento alla consulenza contabile rimane quel qualcosa in più richiesto dall'art.198 co 2 c.p.c.?**

Per la consulenza contabile l'art.198 co 2 c.p.c. richiede il consenso delle parti sia per esaminare documenti e registri non prodotti, sia per farne menzione nei processi verbali e/o nella relazione ex art.195 c.p.c.: nella sostanza quindi, secondo il meccanismo della norma in esame, i documenti acquisiti dal CTU possono essere oggetto di valutazione tecnica ed entrare a far parte, in tal modo, del materiale probatorio solo se vi sia il consenso delle parti.

La norma richiede quindi, all'evidenza, qualcosa di più della stimolazione del contraddittorio perché il dissenso -o meglio l'assenza di consenso- delle parti non permette l'uso del materiale acquisito ai fini dell'espletamento dell'incarico e quindi non ne permette l'introduzione nell'ambito del materiale probatorio processuale. Mi sembra che si debba limitare, nell'ottica interpretativa della Corte, l'operatività del comma 2 in esame alle sole ipotesi di documenti volti alla prova dei fatti principali, perché per documenti relativi a fatti non principali la pretesa del consenso limiterebbe ingiustificatamente i poteri nella CTU contabile rispetto a quelli ordinari -come sopra individuati-; non si può invece prescindere dall'applicazione integrale della norma quanto al doppio consenso in relazione ai documenti relativi ai fatti principali, proprio per la sua specificità.

Mi pare da escludere che la Cassazione utilizzi una interpretazione dell'art.198 co 2 c.p.c. sostanzialmente derogatoria rispetto alla necessità del doppio consenso, cioè del consenso sia all'introduzione del documento per le valutazioni richieste con il

conferimento dell'incarico, sia per la sua menzione per giustificare nella relazione finale le conclusioni assunte rendendole verificabili dalle parti e dal Giudice. Anzi nel terzo principio di diritto (n.6500/2022, che riguarda proprio la CTU contabile) la Corte specifica che il ricorso al disposto dell'art.198 c.p.c. comporta che il CTU possa acquisire tutti i documenti che si rende necessario acquisire, a prescindere dall'attività di 'allegazione' delle parti, "nei limiti delle indagini commessegli e nell'osservanza del principio del contraddittorio delle parti ivi prevista". Quindi il richiamo alla previsione del doppio consenso mi pare chiaro nel senso del suo riconoscimento, anche in considerazione del fatto che, ove la Cassazione avesse inteso dare una lettura sostanzialmente abrogante del comma 2 dell'art.198 c.p.c. per il profilo del consenso, avrebbe dovuto darne adeguato ed esplicito conto mentre nulla emerge dalle sentenza in esame.

Occorre stabilire come il consenso debba essere dato, da chi e in che modo.

-il consenso deve essere sempre espresso?

si potrebbe, una volta acquisito un documento, sottoporlo alle parti con la specifica previsione, che decorso il termine, congruo, indicato senza alcuna positiva risposta, il consenso si ritiene espresso in forma tacita?

Vi è la possibilità per il Giudice di concedere termini alle parti per prendere posizione e difendersi su questioni sorte nello svolgimento del processo -cfr. art.175 c.p.c.- e mi sembra che questo potere potrebbe essere "delegato" al CTU con espressa previsione in tal senso nel quesito, al fine di rendere più agevole e certo il lavoro del Tecnico evitando tempi morti e ritardi ingiustificati, nel pieno rispetto dell'art.111 Cost. Non si farebbe discendere, in tal caso, un effetto decadenziale per il mancato rispetto del termine -ciò che non sarebbe possibile, perché non si verte in uno dei casi in cui la legge lo prevede: cfr. il combinato disposto degli art.175 e 152 c.p.c.- perché la prestazione del consenso si correlerebbe al comportamento consapevole della parte (che potrebbe essere "rimessa in termini" ove evidenzi di non aver potuto manifestare tempestivamente il dissenso per motivi validi).

Diversamente, ferma la possibilità di indicare un termine alle parti per esprimere il consenso, la mancata risposta positiva entro il termine dovrebbe essere sempre valutata come dissenso; mi sembra però che questo modo di procedere, che prevederebbe nella sostanza un "automatismo negatorio", non sia in linea con la ratio della disposizione dell'art.198 co 2 c.p.c. che richiede una presa di posizione effettiva presupponente una manifestazione concreta, espressa o tacita, del consenso.

Appare pertanto preferibile concludere che il consenso deve risultare come espressione positiva della volontà di utilizzo/menzione, espressa o tacita.

-la valutazione se rilasciare o meno il consenso all'acquisizione documentale deve essere riconosciuta al solo difensore, che rappresenta la parte nel processo, e non anche al consulente di parte: come già evidenziato sopra, la competenza professionale di quest'ultimo riguarda i profili tecnici specifici per i quali è stata disposta la CTU ed egli può valutare la pertinenza del documento al quesito, non certo le implicazioni del documento da acquisire sul possibile esito della controversia e quindi le ricadute giuridiche dell'acquisizione (si ricorda che le acquisizioni documentali sottoposte al consenso riguardano fatti principali). La valutazione se consentire oppure no concerne quindi, specificamente, la difesa tecnico-giuridica;

-penso si possa prevedere la contestualità dei consensi, all'utilizzo e alla menzione: ciò al fine di evitare che una parte consenta all'utilizzo del documento per le indagini peritali, salvo poi negare il consenso al suo inserimento nella relazione ove questa non le sia favorevole, con allungamento ingiustificato dei tempi processuali. Ciò in applicazione del disposto dell'art.111 Cost. e in ragione del fatto che il "differimento" previsto dalla norma è pienamente giustificato se si riferisce il disposto dell'art.198 co 2 c.p.c. all'ipotesi disciplinata dal primo comma dello stesso articolo (utilizzo dei documenti ai fini del tentativo di conciliazione, senza che la parte sia obbligata a mantenerne la presenza nel materiale probatorio utilizzato anche per la relazione finale, ove il tentativo di conciliazione non sia andato a buon fine) ma perde significato se si decontestualizza il comma 2, dando alla norma in esso contenuta valenza autonoma (in tal caso è necessario ricercare una lettura della norma che non incida negativamente sulla funzionalità del processo, attuandone un'interpretazione in linea con i principi costituzionali desumibili dall'art.111 Cost.).

Si è detto che le attività riguardanti lo svolgimento del contraddittorio e/o l'espressione del consenso all'utilizzo di documenti competono ai difensori.

Non mi sembra si possano derivare dalle motivazioni delle sentenze delle SSUU in esame elementi univoci per affidare la possibilità di rilievo dell'acquisizione "illegittima" -senza contraddittorio e/o senza il necessario consenso delle parti- di documenti ai consulenti di parte: al riguardo la sentenza n.6500/2022 valorizza, con riferimento al caso esaminato (acquisizione di un contratto bancario in corso di operazioni peritali, non menzionata dal CTU prima del deposito della bozza di relazione trasmessa ai CTP; nelle osservazioni i CTP nulla avevano rilevato sul

documento “estraneo”), il deposito della bozza di relazione ritenendo che l’assenza di rilievi sull’acquisizione documentale effettuata illegittimamente (in quel caso senza il necessario consenso di una delle parti) dovesse essere interpretata come acquiescenza, ma non specifica chi avrebbe dovuto sollevare la questione.

Per quanto sopra detto, non mi pare accettabile ipotizzare che il rilievo competa ai CTP trattandosi -si ripete- di vagliare questioni che non riguardano solo le valutazioni tecniche specifiche per cui è stata disposta la consulenza; del resto, l’art.195 c.p.c. dispone che la bozza sia inviata dal consulente alle parti costituite, quindi -anche- al difensore, e questo incombente dovrà essere valorizzato anche nella prassi dopo le pronunce in esame, per permettere ai difensori di rilevare il manifestarsi di profili di nullità nelle acquisizioni documentali utilizzate dal CTU.

Per concludere, il rispetto del contraddittorio, secondo modalità opportune (che mi pare utile “procedimentalizzare” già nel quesito), riveste quindi nell’ottica interpretativa della Corte importanza centrale per le acquisizioni documentali oltre le preclusioni istruttorie nell’ambito delle operazioni peritali; in relazione alla perizia contabile il rispetto del doppio consenso (la cui manifestazione pure sarà opportuno “procedimentalizzare” nel quesito) per i documenti relativi ai fatti principali, che è qualcosa di più della possibilità di contraddire e difendersi, diventa fondamentale come contropartita, appunto, all’incidenza della prova documentale sui fatti “principali” e sull’identificazione e precisazione del thema decidendum nonchè alla possibilità di “allargamento” di questo correlata all’esercizio doveroso dei poteri officiosi del Giudice ove emergano profili di nullità (sempre e doverosamente nell’ambito dei fatti allegati tempestivamente dalle parti).

In generale si può dire che la possibilità che ha il CTU di introdurre documenti oltre le preclusioni istruttorie che operano per le parti deve essere temperata con la necessità che ciò avvenga sotto il vaglio attento delle stesse, che deve essere reso pienamente possibile, con l’ulteriore specificità della previsione del consenso per la consulenza contabile ogni volta che i documenti nuovi facciano riferimento ai fatti principali.

**-Nel contesto delineato come si concretizza il “potere acquisitivo” del CTU?**

Esso può essere esercitato autonomamente, attraverso l'esplicitazione dei poteri previsti dall'art.194 c.p.c.

Le acquisizioni documentali possono essere effettuate dal CTU di propria iniziativa, presso terzi, oppure possono necessitare della collaborazione delle parti quando si tratti di documenti nella disponibilità delle stesse.

Quanto alle acquisizioni documentali effettuate direttamente dal CTU:

-se relative a fatti accessori/secondari (o principali rilevabili d'ufficio): non mi sembra vi sia la possibilità per le parti di opporsi all'acquisizione; il diritto di difesa potrà operare in tal caso con contestazioni, osservazioni o con la produzione di documenti volti a neutralizzare il rilievo del documento acquisito ma non potrà determinare l'impossibilità per il Tecnico di utilizzare il materiale acquisito se ritenuto comunque utile per rispondere al quesito (salvo che non si convinca egli stesso dell'inutilità della produzione);

-se relative a fatti principali nell'ambito della consulenza contabile: in caso di dissenso di una delle parti (quella che ha un interesse contrario all'acquisizione) il documento non potrà essere utilizzato per svolgere l'incarico peritale, anche se il CTU continui a ritenerlo rilevante/indispensabile.

Quanto alle acquisizioni documentali che il CTU vorrebbe ottenere con la collaborazione delle parti, non mi sembra si possa ipotizzare, nella consulenza tecnica in generale, un potere coercitivo del CTU per l'acquisizione di documenti nella disponibilità di queste -perché non vi è alcun fondamento normativo di un potere del genere, nemmeno riconosciuto al Giudice nell'esercizio dei propri poteri istruttori officiosi "diretti" (i poteri di acquisizione di prova d'ufficio sono disciplinati e non interferiscono, se non nei termini espressamente previsti dalle norme che li fondano, con gli oneri probatori a carico delle parti: riconoscere poteri coercitivi al CTU sarebbe in contrasto anche con il diritto della parte, correlato alla disponibilità della prova, di scegliere che cosa produrre in giudizio per sostenere le proprie ragioni e per difendersi dalle pretese altrui, assumendosene la responsabilità processuale comportante il rischio di soccombenza anche in applicazione della regola dell'onere della prova)-.

Può esservi una richiesta di produzione rivolta alle parti ma non un correlato obbligo di produzione e l'eventuale diniego, con le relative motivazioni, potrà essere valorizzato ex art.116 c.p.c., dal Giudice al momento della valutazione delle prove ai fini della decisione e non dal CTU nella relazione peritale.

Nell'ambito della consulenza contabile, in relazione ai documenti relativi a fatti principali rispetto ai quali vi è la necessità di consenso, il mancato riscontro ad opera

della parte che dovrebbe effettuare la produzione documentale alla richiesta in tal senso del CTU deve essere letto come carenza di consenso alla sua acquisizione/utilizzo e non può essere valorizzato, secondo me, nemmeno ex art.116 c.p.c. (in generale, in nessun modo il dissenso all'utilizzo di un documento ex art.198 co 2 c.p.c. potrebbe essere valorizzato ex art.116 c.p.c.).

In conclusione, non mi sembra si possa dire che, sulla base delle sentenze in esame, i poteri di acquisizione documentale del CTU diventino di carattere inquisitorio/coercitivo: diciamo che ora essi possono avere ad oggetto documenti che prima, nell'ottica dell'applicazione delle preclusioni istruttorie anche alla sua attività, non avrebbero potuto formarne oggetto. Niente poteri coercitivi/impositivi: il rispetto del contraddittorio e, in materia contabile, la necessità del consenso ne sono la controprova.

### **Quali sono le conseguenze dell'acquisizione di documenti senza provocare il contraddittorio e/o senza consenso?**

Il sistema delle nullità della CTU disciplinato dalle Sezioni Unite, anche con riferimento alla decisione n.5624/2022 -pienamente condivisibile dal mio punto di vista- assunta sempre in materia di CTU nella stessa camera di consiglio delle n.3086/22 e n.6500/22, è coerente con le osservazioni che precedono, perché l'inoperatività delle preclusioni istruttorie per le acquisizioni documentali relative a fatti diversi da quelli accessori nell'ambito della consulenza tecnica d'ufficio fa venire meno la base sulla quale la sentenza della Corte di Cassazione n.31886/2019 aveva costruito in termini di nullità assoluta tali acquisizioni documentali, in quanto effettuate al di fuori dei limiti temporali dettati dall'art.183 c.p.c., e le valutazioni tecniche su di esse costruite.

Le sentenze delle SSUU risolvono infatti il contrasto sottolineato nelle ordinanze di rimessione rivedendo non solo le conseguenze dell'utilizzo di acquisizioni documentali irrituali per rispondere ai quesiti sotto il profilo della nullità ma ridefinendo, a monte, anche che cosa costituisce rituale acquisizione documentale che, se non tempestivamente prodotta dalle parti o (ove possibile) acquisita officiosamente dal Giudice, può/deve essere introdotta nel procedimento peritale (e quindi nel processo) anche su iniziativa del CTU secondo modalità rispettose del contraddittorio e, quanto

alla consulenza contabile, con il consenso delle parti per i documenti relativi ai fatti principali.

In linea di principio la Corte ribadisce, seguendo l'orientamento tradizionale, il carattere relativo delle nullità in materia di consulenza tecnica d'ufficio, salvo che sia violato il principio della domanda: in tal caso la nullità è assoluta, si trasmette alla sentenza e deve essere rilevata dalle parti ex art.161 co 1 c.p.c.

Ne consegue che le acquisizioni documentali in sé legittime ma effettuate in modo non rispettoso del principio del contraddittorio e/o senza consenso possono rimanere utilmente valorizzate dal CTU nella relazione finale prima di tutto se i controinteressati non ne eccepiscono la nullità ex art.157 c.p.c.: si tratta di nullità definite relative (salva l'ipotesi del superamento dei limiti della domanda) e affrontate con richiamo della disciplina per queste dettata.

Quando decorre per le parti il termine per rilevare la nullità, appunto relativa?

L'acquisizione senza contraddittorio, la mancata richiesta di consenso o l'utilizzo di un documento pur nel dissenso di una delle parti possono già emergere nel corso delle operazioni peritali.

Solo con la relazione finale però si può sapere se il documento "illegittimo" sia stato effettivamente acquisito e/o utilizzato per valutare il quesito e rispondere ad esso; del resto le operazioni peritali comportano lo svolgimento di attività che confluisce in un atto finale che contiene la risposta ai quesiti e le argomentazioni tecniche poste alla base di essa, previa esplicitazione delle attività svolte.

E' vero che alle operazioni peritali possono partecipare anche i difensori ma questo non fa diventare legittima un'acquisizione documentale che non lo è, per mancato stimolo del contraddittorio, né permette di ipotizzare un consenso per facta concludentia se esso non sia stato richiesto espressamente e non giustifica il superamento di un dissenso manifestato; da una parte, infatti, l'illegittimità risiede nel fatto che i difensori non sono stati interpellati oppure che non si è tenuto conto del loro dissenso nelle CTU contabili, dall'altra rimane la possibilità che l'acquisizione documentale illegittima non sia in concreto utilizzata/valorizzata per la risposta al quesito: per quanto sopra detto l'assenza di rilievi da parte del CTP nel corso delle operazioni non può avere alcun significato sul profilo in esame, perché non può essere considerato come rinuncia all'eccezione di nullità con accettazione dell'acquisizione documentale effettuata.

Il termine iniziale per far valere le nullità formatesi nel corso delle operazioni, anche relative ad acquisizioni documentali illegittime, deve coincidere pertanto con il deposito della relazione peritale finale, poiché è questo il momento in cui vi è certezza dell'utilizzo del documento senza contraddittorio o senza consenso o nonostante il dissenso di una delle parti ad opera del CTU.

Si pone il problema se, dopo il deposito della bozza, sia necessario già nell'ambito delle osservazioni delle parti alle quali il CTU deve rispondere con l'elaborato finale, sollevare -da parte del difensore al quale dovrebbe quindi essere sempre necessariamente trasmessa la bozza- la questione in modo da sollecitare il Tecnico a "regolarizzare" l'elaborato o comunque a dare contezza della sua posizione riguardo all'eventuale acquisizione documentale contestata. Questo anche in considerazione del fatto che la bozza sottoposta alle parti dal Tecnico d'ufficio contiene già le risposte ai quesiti e le motivazioni su cui esse si fondano e, in assenza di osservazioni o in ipotesi in cui il CTU non le ritenga idonee a modificare le valutazioni esposte, corrisponde alla relazione finale: in sostanza, nella bozza già è evidente quale sia la documentazione acquisita che il CTU valorizza per la risposta ai quesiti, risposta destinata ad essere definitiva in assenza di osservazioni o in assenza di osservazioni da valorizzare.

Dal contesto della motivazione della sentenza n.6500/2022 la risposta mi sembra dover essere positiva, nel senso che l'assenza di rilievi nei confronti della bozza di relazione per i profili delle modalità di acquisizione della documentazione, utilizzata dal CTU per le valutazioni sottoposte alle parti ex art.195 co 3 c.p.c., viene prospettata come acquiescenza, e quindi come rinuncia a far valere la relativa nullità.

In quest'ottica, fermo il termine iniziale per far valere la nullità nel deposito della relazione finale, il difensore dovrebbe sollevare la questione dell'acquisizione illegittima già con le osservazioni alla bozza -che, a questo punto, non riguarderebbero solo i profili tecnici delle valutazioni del CTU, rimessi ai CTP, ma anche i profili giuridici evidenziati, rimessi ai difensori- e, in assenza o non condivisione della risposta del CTU, potrebbe sollevare eccezione di nullità all'esito del deposito della relazione finale.

Una conferma indiretta della scelta delle SSUU di valorizzare il momento di deposito della bozza di relazione si ricava dalla sentenza n.5624/2022, decisa nella stessa Camera di Consiglio dalla Corte a SSUU pur se attinente ad un profilo particolare che non coinvolge le questioni che qui interessano. Il caso sottoposto all'esame del Giudice di legittimità riguardava la possibilità per le parti di formulare osservazioni alla consulenza tecnica d'ufficio al di fuori dei termini di cui all'art.195 co 3 c.p.c., dopo il

deposito della relazione finale -nel caso esaminato, per la prima volta in comparsa conclusionale-: la Corte ha distinto tra la possibilità di contrastare il legittimo svolgimento delle operazioni peritali confluite nella relazione finale, regolato dagli art.156 e s. c.p.c., e la possibilità per le parti di valutare il risultato della CTU esponendo argomentazioni difensive, anche per la prima volta, dopo il deposito della relazione finale -anche, appunto, in comparsa conclusionale o in sede di proposizione di appello-. Mi sembra che questa sentenza -che richiama nella motivazione anche le sentenze n.3086/22 e 6500/22- riservi alle osservazioni delle parti nei termini di cui all'art.195 c.p.c., le questioni relative alle operazioni peritali e le osservazioni tecniche sulle quali vi è l'obbligo di giustificazione da parte del CTU nell'ambito della relazione finale, mentre le argomentazioni, solo difensive anche se di natura tecnica, successive siano sempre possibili ma non diano diritto ad una risposta del Tecnico, salvo che il Giudice lo ritenga necessario ex art.196 c.p.c. -con le opportune conseguenze, ex art.88 c.p.c. e in punto spese-.

In tal modo, per i profili che qui interessano, si valorizza -mi sembra correttamente nel contesto della ricostruzione operata dalle SSUU- la fase successiva al deposito della bozza per i rilievi da rivolgere alle considerazioni del CTU in essa contenute e, pure, al materiale utilizzato per fondarle, così da avere/poter pretendere una relazione finale completa, nella quale vi sia una presa di posizione del Tecnico d'ufficio su tutte le questioni rilevanti, anche riguardanti le acquisizioni documentali effettuate e utilizzate per la risposta ai quesiti.

Il limite alla valorizzazione di documenti acquisiti dal CTU legittimamente, o in modo divenuto tale per carenza di immediato contrasto ex art.157 c.p.c., è rappresentato dal rispetto del perimetro del quesito e dal rispetto del principio della domanda; in questa seconda ipotesi la nullità è, secondo la Corte di Cassazione, rilevabile comunque d'ufficio nell'ambito dello stesso grado in cui si è formata e determina la nullità della sentenza che si fonda sull'elaborato nullo, sanata dalla carenza di specifica impugnazione (frutto di una valutazione effettuata dalle parti del loro interesse comunque a mantenere ferma per quel punto la decisione), in applicazione del disposto dell'art.161 co 1 c.p.c.

Le SSUU non sono esplicite sulle conseguenze del superamento del perimetro del quesito sull'elaborato viziato.

Forse rispetto al superamento dei limiti del quesito, ma non dei limiti della domanda, la nullità relativa ex art.157 c.p.c. rimane più in linea con quanto emerge dall'assetto

ricostruttivo delle Sezioni Unite, perché le parti possono scegliere se utilizzare così la relazione tecnica d'ufficio oppure no, mentre il Giudice, che non è mai vincolato da detta valutazione, non ha bisogno di rilievi di nullità ma può esercitare i poteri di cui all'art.196 c.p.c. (si pensi all'ipotesi in cui il quesito venga allargato, senza confrontarsi con il giudice, a seguito dell'acquisizione di un documento che evidenzia condizioni diverse per una parte del rapporto bancario rispetto a quanto indicato nel quesito predisposto, e, concordi le parti, il Giudice ritenga che vada bene così -cioè che la modifica del quesito corrisponde essenzialmente a quanto egli avrebbe disposto se la questione gli fosse stata sottoposta-).

Questo meccanismo -superato, come fa la Corte, il problema delle preclusioni istruttorie non operanti in sede di CTU- ha una logica se si considera che l'attività del CTU e l'elaborato peritale che ne deriva constano in un procedimento (la prima) volto alla formazione di un atto istruttorio (il secondo); quest'ultimo, se sia frutto di attività ritualmente svoltesi o se siano sanate le nullità relative in ipotesi intervenute, è acquisito al processo e può/deve essere valutato assieme a tutto il materiale istruttorio ai fini della decisione ma non è mai vincolante per il Giudice; anche se il CTU avesse superato il principio della domanda il Giudice non potrebbe farlo, con la conseguenza che o rileva la nullità e/o esercita i poteri di cui all'art.196 c.p.c. oppure comunque non potrà validamente decidere prendendo a riferimento le valutazioni del CTU, eccentriche rispetto al thema decidendum identificato dalle parti.

Se il Giudice decidesse prendendo in toto a riferimento l'elaborato peritale, viziato perché irrispettoso del principio della domanda, non si tratterebbe tanto della comunicazione alla sentenza della nullità assoluta dell'atto istruttorio utilizzato, quanto di una nullità propria della sentenza perché pronunciata ultra petita e violativa quindi dell'art.112 c.p.c.

In tal caso il rimedio è quello proprio delle nullità della sentenza e cioè, ex art.161 co 1 c.p.c., l'impugnazione ad opera delle parti con formulazione di specifico motivo di appello ex art.342 c.p.c.

## **Appello**

Si aggiunge che l'interpretazione delle SSUU supera anche i vincoli imposti dall'art.345 c.p.c. per il giudizio di appello, perché le considerazioni svolte per le acquisizioni documentali sono pertinenti anche alla consulenza tecnica d'ufficio che

sia necessario disporre in detto grado di giudizio, con il limite rappresentato in tal caso dai motivi di appello formulati ex art.342 c.p.c. e dal giudicato interno (irrilevanza di documenti “nuovi” su questioni decise in primo grado e non riproposte in appello, anche se, alla luce dell’acquisizione documentale in sede di CTU, quella prima decisione sul punto dovesse risultare sbagliata anche per profili che sarebbero stati rilevabili d’ufficio).

## **In conclusione**

Le SSUU, valorizzando la natura di atto istruttorio di ufficio della CTU:

-Escludono la rilevanza per essa delle preclusioni istruttorie -che non operano per gli strumenti officiosi riconosciuti in materia di prova al Giudice-: ciò comporta la possibilità che nel processo entrino documenti non precedentemente prodotti nei termini dalle parti e/o acquisiti dal Giudice in sede istruttorie, con il doppio limite della pertinenza con il quesito e del rispetto del principio della domanda nonché, sotto il profilo procedurale, con il necessario rispetto del contraddittorio che, per la CTU contabile diventa, ex art.198 co 2 c.p.c., necessità di espressione di doppio consenso per i documenti relativi ai fatti principali;

-I vizi della relazione peritale relativi al mancato rispetto del contraddittorio e/o della necessità del consenso costituiscono nullità relative regolate dagli art.156/157 c.p.c. che, se non tempestivamente eccepite, si sanano; costituiscono ipotesi di nullità relativa anche i vizi derivanti dal superamento del perimetro del quesito quando sia comunque rispettato il principio della domanda;

-Il superamento del principio della domanda determina invece una nullità assoluta che, se non rilevata, si “comunica” alla sentenza che utilizzi l’elaborato viziato e che così facendo si ponga, in contrasto con l’art.112 c.p.c., oltre i limiti imposti al Giudice dal perimetro della controversia (perché in tal caso il Giudice deciderebbe oltre il richiesto), trasformandosi in vizio da far valere, ex art.161 co 1 e 342 c.p.c., con l’impugnazione perchè diventa un vizio della decisione;

-Sono sempre esercitabili dal Giudice i poteri di cui all’art.196 c.p.c., sia che vi siano nullità relative sanate, sia che non ve ne siano. Il piano della formazione dell’atto istruttorio è e rimane distinto da quello della sua valutazione, che compete al Giudice in sede decisoria nell’ambito dei poteri (e dei limiti) che le norme gli riconoscono (e impongono).

-Nel quadro delineato sopra, diventa fondamentale prima valutare attentamente il materiale probatorio, in particolare quello documentale, concretamente allegato nei termini preclusivi dalle parti e disporre una consulenza tecnica d'ufficio solo se il materiale già acquisito sia di per sè idoneo a fondare adeguatamente la valutazione tecnica richiesta. Occorre cioè che vi sia un corredo documentale minimo sufficiente ad un esame destinato ad un risultato concreto; -sono quindi da evitare consulenze esplorative; -la formulazione del quesito deve essere accurata, prevedendo una "procedimentalizzazione" delle nuove acquisizioni documentali che garantisca il contraddittorio e, quanto alle CTU contabili, assicuri l'utilizzo di documenti effettivamente consentiti (in questo modo si evitano attività inutili, nei limiti del possibile, e ingiustificati ritardi).

Roma, 17.11.2022

Tiziana Maccarrone