



EUGENIA ITALIA

Riflessioni a margine della più recente giurisprudenza di legittimità sulla consulenza tecnica di ufficio.

Sommario: 1. I principi di diritto della sentenza della Cassazione Sezioni Unite 1 febbraio 2022 n. 3086. - 2. Un obiter dictum: la prova “muta”. - 3. Il perimetro dei poteri del consulente tecnico nel formante giurisprudenziale. - 4. Il concetto di “fatti accessori” ovvero “fatti secondari”. - 5. Nullità della consulenza tecnica tra interesse di parte e interesse del processo.- 6 Le nullità del sub-procedimento consulenziale- 7. Conclusioni.

1. I principi di diritto della sentenza della Cassazione Sezioni Unite 1 febbraio 2022 n. 3086.

La Corte di Cassazione enuncia cinque significativi principi di diritto relativamente al perimetro di esercizio dei poteri accertativi e valutativi del consulente tecnico di ufficio con riferimento ai fatti dedotti e ai documenti prodotti in giudizio. Si afferma in estrema sintesi che il consulente tecnico non può accertare fatti principali diversi da quelli posti dalle parti a fondamento delle proprie domande, ovvero eccezioni, salvo fatti rilevabili officiosamente, fatti accessori, fatti pubblicamente accessibili, fatti impliciti nell’oggetto della domanda; inoltre il consulente tecnico non può acquisire documenti che siano diretti a provare i fatti principali dedotti a fondamento della domanda e delle eccezioni che è onere delle parti provare e salvo, quanto a queste ultime, che non si tratti di documenti diretti a provare fatti principali rilevabili d’ufficio.

La Corte di Cassazione delinea il quadro “sanzionatorio” dell’attività del consulente tecnico che si spinge oltre i perimetri così delineati, riconducendo alla nullità relativa il caso in cui il consulente, nell’ambito della sua attività percipiente, accerti, in violazione del principio del contraddittorio, altri fatti ma diversi dai fatti principali dedotti dalle parti a fondamento della domanda o delle eccezioni; alla nullità assoluta, il caso in cui il consulente accerti proprio fatti principali, tuttavia diversi da quelli dedotti dalle parti a fondamento della domanda o delle eccezioni, per violazione del principio della domanda e del principio dispositivo.

Si pone in deroga al quadro così delineato, per espressa volontà legislativa, l’esame contabile, ai sensi dell’art. 198 c.p.c., atteso che 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 a provare i fatti principali posti dalle parti a fondamento della domanda e delle eccezioni.

La vicenda processuale dalla quale trae spunto la sentenza della Corte di Cassazione riguardava proprio un contenzioso instaurato da un cliente di una banca e, successivamente, i suoi eredi che convenivano in giudizio l’istituto di credito e la direttrice della filiale presso cui erano stati intrattenuti rapporti bancari per oltre un decennio. Parte attrice chiedeva la condanna dei convenuti al risarcimento del danno per le condotte distrattive operate durante tale periodo in danno del loro dante causa. La questione inerente alla consulenza tecnica deriva dalle modalità di espletamento della CTU grafologica disposta a seguito dell’istanza di verifica proposta dall’Istituto Bancario a fronte del disconoscimento le sottoscrizioni apposte dal defunto sulle contabili attestanti i movimenti in uscita: il CTU aveva esteso il raggio della sua cognizione peritale oltre i limiti demandatigli dall’atto di conferimento dell’incarico, avendo indagato anche sottoscrizioni non disconosciute¹. L’istituto bancario aveva pure rinunciato alla

¹ A. Alfieri, *La natura della nullità della consulenza tecnica d’ufficio: la parola alle Sezioni unite*, con commento all’ordinanza di rimessione, Cass. ord. 31 marzo 2021, n. 8924, in <https://www.foroitaliano.it/news> del 24 aprile 2021. Per un primo commento alla sentenza a sezioni unite in oggetto, M. Ferrari, *Poteri del Ctu e nullità della perizia: i chiarimenti delle Sezioni Unite*, in www.altalex.it, del 14 febbraio 2022. F. C. Malatesta, *Le Sezioni Unite offrono una lettura unitaria in tema di poteri e preclusioni per l’attività del CTU e delle parti*, in questa Rivista, www.judicium.it, aggiornamento on line 23 marzo 2022. G. Satta, *I poteri del CTU chiariti dalle Sezioni Unite in Diritto & Giustizia*, fasc. 23, 2022, 7.



propria istanza di verifica e ciononostante il CTU depositava l'elaborato peritale grafologico le cui risultanze venivano poi valorizzate dal giudice di primo e secondo grado nella determinazione del risarcimento dal danno.

2. *Un obiter dictum: la prova "muta"*.

La medesima pronuncia della Corte di Cassazione, pur non formulando un principio di diritto sul tema, affronta come prima questione quella relativa al valore probatorio delle scritture disconosciute ma non "verificate". Gli eredi del defunto lamentano che, in sede di gravame, il danno sia stato identificato impiegando le risultanze della CTU grafologica, nonostante la rinuncia all'istanza di verifica da parte della banca. La Cassazione ritiene la doglianza fondata. L'efficacia probatoria di una scrittura privata è condizionata dal fatto che sia autenticata o sia giudizialmente riconosciuta. Se la parte contro cui è prodotto la disconosce, chi intende valersene deve proporre l'istanza di verifica. La mancata proposizione dell'istanza di verifica non solo non consente a questa parte di trarre elementi favorevoli, ma nemmeno può affermarsi che il documento sia "riconosciuto"; permane il disconoscimento, che non legittima la parte che lo ha effettuato a trarre dalla mancata proposizione dell'istanza di verifica elementi di prova a sé favorevoli². Semplicemente la mancata verifica priva il documento disconosciuto di efficacia probatoria e preclude al giudice di valutarlo al fine del raggiungimento del proprio convincimento la mancata proposizione dell'istanza di verifica, privando il documento disconosciuto di ogni inferenza probatoria. Il giudice non potrà valutarlo ai fini della formazione del proprio convincimento³, e non gli è consentito maturare altrimenti il giudizio sulla sua autenticità in base ad elementi estrinseci alla scrittura⁴ o ad argomenti logici⁵. Secondo la Cassazione, un documento disconosciuto dalla parte contro cui è prodotto, qualora non sia fatto oggetto di istanza di verifica, resta una "prova muta". In buona sostanza, non può formare oggetto di alcun apprezzamento, e, pertanto, la pronuncia che si basi su un simile documento è sicuramente censurabile.

3. *Il perimetro dei poteri del consulente tecnico nel formante giurisprudenziale.*

Il tema era già stato affrontato *funditus* con la sentenza Cass. 6 dicembre 2019, n. 31886⁶, dalla quale la pronuncia delle Sezioni Unite in commento non intende prescindere. Infatti, la sentenza del 2019 già superava i tre orientamenti nei quali la giurisprudenza di legittimità oscillava. Secondo un primo e più antico orientamento, l'art. 194 c.p.c. assegnerebbe al c.t.u. il potere di compiere ogni e qualsiasi indagine ritenga utile per l'esauritivo svolgimento del proprio incarico, a patto che dette attività concernano l'oggetto dell'accertamento che gli è stato demandato, assumendo di sua iniziativa informazioni ed esaminando documenti non prodotti in causa, anche senza l'espressa autorizzazione del giudice, e potendo altresì acquisire documenti dai terzi e dalle parti, e persino riceverne la confessione ex art. 2733 c.c.⁷.

Un secondo orientamento⁸ riteneva invece che per stabilire quali siano i poteri di accertamento dei fatti concessi al c.t.u. occorra distinguere tra l'ipotesi in cui al consulente è demandato il compito di valutare i fatti già accertati dal giudice o incontrovertibili tra le parti (c.d. "consulenza deducibile"), e quella in cui al consulente è demandato il compito di accertare determinate situazioni di fatto non ancora dimostrate in giudizio, e che è possibile accertare

² Cass. 16 febbraio 2012, n. 2220 nel CED.

³ Cass. 5 marzo 1987, n. 2347 nel CED.

⁴ Cass., 28 ottobre 1976, n. 3962 nel CED

⁵ Cass. 12 luglio 1984, n. 4094 nel CED.

⁶ Per una lettura critica della sentenza si rinvia a F. Auletta e V. Capasso, *Lo statuto dei poteri del consulente tecnico d'ufficio: ansia da nomofilachia...con colpo di scena finale*, in *Cor. Giur.*, 2020, 12, 1526.

⁷ Cass. 7 novembre 1987, n. 8256; Cass., 30 maggio 1983 n. 373, Cass. 27 agosto 2012 n. 14652 tutte reperibili nel CED.

⁸ Cass. Sez. Un., 4 novembre 1996, n. 9522 nel CED



solo con l'ausilio di speciali cognizioni tecniche (c.d. "consulenza percipiente"), in cui il consulente non incontrerebbe alcun limite nell'accertamento dei fatti, ivi compresi quelli costitutivi della pretesa attorea, sicché la consulenza può costituire essa stessa fonte di prova ma senza che ciò significhi che le parti possano sottrarsi all'onere probatorio e rimettere l'accertamento dei propri diritti all'attività del consulente. Infatti, è richiesto alla parte che quanto meno deduca il fatto che pone a fondamento della propria pretesa e che il giudice ritenga che il suo accertamento richieda cognizioni tecniche che egli non possiede o che vi siano motivi che impediscano o sconsiglino di procedere direttamente all'accertamento.

Un terzo orientamento⁹, infine, riteneva che il consulente non potesse mai né indagare su questioni non prospettate dalle parti, perché avrebbe violato il principio che addossa loro l'onere di allegazione dei fatti, ed impedirebbe al giudice di indagare su questioni non prospettate dai litiganti; né accertare i fatti costitutivi della domanda o dell'eccezione, perché avrebbe violato il principio che addossa alle parti l'onere della prova, salva l'ipotesi della impossibilità assoluta ed oggettiva, per le parti, di provare quei fatti se non col ricorso alla consulenza tecnica.

La sentenza del 2019 aderisce al terzo orientamento, in quanto lo ritiene fondamentalmente più aderente all'introduzione delle preclusioni assertive e istruttorie nel processo civile (avvenuta con la legge 353/1990), che mirano ad attuare interessi generali, quali la durata ragionevole del processo, e la cui violazione è sempre rilevabile d'ufficio¹⁰. In buona sostanza fermo restando i poteri istruttori di cui all'art. 194 c.p.c., ovvero la possibilità di richiedere "chiarimenti" alle parti per illuminare passi oscuri od ambigui dei rispettivi atti, ovvero "informazioni" a terzi (senza che trascendere in prove testimoniali, ovvero nell'acquisizione di documenti che era onere delle parti depositare), il c.t.u. non può inderogabilmente supplire a "deficit assertivi" da parte dei litiganti, in quanto spetta ad attore e convenuto l'onere di allegazione dei fatti costitutivi della pretesa; né può supplire a "deficit probatori", tranne in due ipotesi la cui deroga è ammessa da consolidata giurisprudenza di legittimità: 1) quando sarebbe assolutamente impossibile per la parte interessata provare il fatto costitutivo della sua domanda o della sua eccezione, se non attraverso il ricorso a cognizioni tecnico-scientifiche¹¹; 2) quando si tratta di fatti c.d. "accessori" o "secondari", di rilievo puramente tecnico, il cui accertamento è necessario per una esauriente risposta al quesito o per dare riscontro e verifica rispetto a quanto affermato e documentato dalle parti.

In tal senso depone anche la lettura sistematica delle norme, infatti, l'art. 87 disp. att. c.p.c. non ammette la possibilità di depositare documentazione durante le indagini peritali. Inoltre il c.t.u. può acquisire documenti pubblicamente consultabili o provenienti da terzi o dalle parti nei limiti in cui siano necessari sul piano tecnico ad avere riscontro della correttezza delle affermazioni e produzioni documentali delle parti stesse, o quando emerga l'indispensabilità dell'accertamento di una situazione di comune interesse, indicandone la fonte di acquisizione e sottoponendoli al vaglio del contraddittorio ma non può ricercare *aliunde* ciò che costituisce materia rimessa all'onere di allegazione e prova delle parti stesse¹². In senso conforme la dottrina che così si sintetizza le proprie considerazioni sul punto: "La regola è quella per la quale i fatti sui quali si fonda la domanda, o l'eccezione, devono essere provati dalle parti e non possono essere accertati tramite c.t.u. L'eccezione è invece che i suddetti fatti possono essere accertati tramite c.t.u., quando gli ordinari mezzi di prova sono insufficienti a dimostrarne l'esistenza"¹³.

Da questo inquadramento generale dei poteri del c.t.u., la Cassazione nel 2019 fa discendere che la nullità deve essere assoluta, e non più soltanto relativa, quando il c.t.u. svolge indagini su fatti mai prospettati dalle parti, ovvero acquisisce dalle parti o da terzi documenti che, pur essendo nella disponibilità dei litiganti, non sono stati

⁹ Tra le tante Cass. 19 gennaio 2006 n. 1020 nel *CED*; Cass. 10 marzo 2015 n. 4729 nel *CED*.

¹⁰ Cass. Ord. 26 giugno 2018 n. 16800; Cass. del 18 marzo 2008 n. 7270, nel *CED*.

¹¹ Cass. Ord., 15 giugno 2018, n. 15774 nel *CED*.

¹² Così la Corte Cass., 14 novembre 2017, n. 26893, che ha ritenuto rientrante nel potere di indagine del consulente tecnico d'ufficio l'acquisizione di una circolare della casa produttrice di una macchina escavatrice, dovendone l'ausiliare verificare il funzionamento.

¹³ A. Polotti di Zumaglia sub voce *Consulenza tecnica nel diritto processuale civile*, in *Digesto sez. civ.*, I agg., Torino, 2020; V. M. Rossetti, *Il danno alla salute*, 2009, 309.



tempestivamente prodotti. Rimangono nell'alveo nullità relative, sanabili se non eccepite nella prima difesa utile, altri vizi procedurali, quali l'omissione di avvisi alle parti, l'omesso invio della bozza di consulenza ai difensori delle parti; l'ammissione alle operazioni peritali di un difensore privo di mandato o di un consulente di parte privo di nomina.

La sentenza a Sezioni Unite n. 3086/2022 conferma la scelta della nullità assoluta come sanzione per le consulenze per così dire “*ultra petita*” e si discosta dalla pronuncia del 2019 soltanto in relazione all'individuazione del principio che è sotteso alla scelta di tale soluzione rimediabile. Le Sezioni Unite valorizzano la rilevanza pubblicistica del consulente tecnico di ufficio, ausiliario del giudice, ad esso assimilabile nel ruolo del giudice nel processo, equidistante dalle parti. Pertanto, la prospettiva da cui occorre principiare per esaminare il perimetro di indagine del c.t.u. non è tanto quella del rispetto delle preclusioni istruttorie che riguardano solo le parti, ma quello del giudice, a cui il c.t.u. è assimilato, il quale non è soggetto alle preclusioni istruttorie, bensì è vincolato al principio dispositivo della domanda. Come la stessa Corte motiva, dall'art. 183, comma 8, cod. proc. civ., si ritrae non solo “argomento per credere che il giudice eserciterà i poteri istruttori d'ufficio quando le parti per il decorso dei termini di cui al comma 6 siano ormai decadute da ogni potestà deduttiva, ma pure la certezza che le preclusioni così maturate in danno delle parti – in ragione del che si giustifica l'assegnazione alle medesime di un duplice termine per dedurre e controdedurre – non operano con riguardo ai mezzi di prova che il giudice, valendosi in tal senso dei poteri riconosciutigli dall'ordinamento, dispone d'ufficio”. Se così vale per il giudice, allora altrettanto per il c.t.u. È il principio dispositivo della domanda che deve orientare entrambi.

Dal punto di vista operativo, la Cassazione adombra che il consulente potrebbe non essere immune almeno in parte dalla possibilità di esercitare le prerogative proprie del giudice in campo istruttorio. Il riferimento sembra essere alle norme di cui agli artt. 118 e 213 cod. proc. civ. e così pure l'art. 2711 cod. civ. Infine la sentenza del 2022 aggiunge al catalogo dei fatti già esteso (fatti accessori, fatti impliciti nell'oggetto della domanda, fatti pubblicamente accessibili, fatti conoscibili da chiunque) su cui l'indagine si può estendere anche quelli che possono essere oggetto di eccezioni in senso lato, quindi rilevabili di ufficio.

4. Il concetto di “fatti accessori” ovvero “fatti secondari”.

Le Sezioni Unite, richiamando un proprio precedente¹⁴, ritengono che i fatti accessori ovvero secondari sfuggano al principio dispositivo delle parti, in quanto sono “fatti privi di efficacia probatoria diretta, ma funzionali alla dimostrazione dei fatti principali”. Allora il consulente è legittimato ad acquisire ogni elemento necessario “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”.

La distinzione tra fatti principali e fatti secondari su cui la dottrina si è affannata, in assenza di una definizione normativa¹⁵, non è tanto dirimente in sé nel senso che non tutti i fatti secondari sono acquisibili dal consulente ma solo quelli di cui non sia possibile gravare la parte processuale di onere di allegazione in quanto fatti a lei non accessibili, perché di natura tecnica o scientifica, individuabili con strumentazione ovvero cognizione che esula da quella giuridica.

Il discrimine tra i fatti che devono essere allegati necessariamente ad opera delle parti, secondo il principio dispositivo, e quelli, aggiuntivi ovvero “avventizi” che possono essere allegati dal consulente tecnico, sta nella esigibilità dell'allegazione dei medesimi: la parte attrice e quella convenuta, in quanto non dotate degli strumenti semiologici idonei ad individuare certi fatti, non possono essere gravate dell'onere di dedurli. Soltanto a tale irrinunciabile condizione è possibile affermare, che nel richiedere una consulenza tecnica, l'interessato compie

¹⁴ Cass., 30 luglio 2021, n. 21926 nel CED.

¹⁵ E. Fazzalari, *I poteri del giudice nel processo del lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 593, dove si richiama il rapporto di inferenza che si legge nella sentenza in commento 3086/2022; *contra* F. Luiso, *Art. 183. Prima udienza di trattazione*, in *Commentario alla riforma del processo civile*, a cura di Consolo, Luiso, Sassani, Milano, 1996, 149, che descrive i fatti secondari come quelli che forniscono una precisazione dei fatti principali.



una “allegazione virtuale” di tutti i fatti che da essa possono scaturire, accettando quindi “il rischio di trovarsi allegati fatti di cui ha omesso la *positio*”¹⁶.

Secondo una diversa prospettiva¹⁷, la consulenza tecnica sopperisce all’onere allegatorio della parte che altrimenti si vedrebbe costretta ad appesantire l’esposizione del fatto costitutivo di dettagli, sconfinando in un tuziorismo formalistico.

5. Nullità della consulenza tecnica tra interesse di parte e interesse del processo.

Le Sezioni Unite del 2022 si allineano con la sentenza del 2019 e confermano che deve predicarsi la nullità assoluta, sebbene con diversa motivazione. Per la Cassazione del 2019, che ribaltava un consolidato orientamento in base al quale lo sconfinamento del mandato costituiva nullità relativa e sanabile, la nullità assoluta derivava dalla violazione della disciplina delle preclusioni, posta a presidio di un interesse generale della durata ragionevole del processo. Le Sezioni Unite, assimilando il consulente tecnico al giudice e sottraendolo al rispetto delle preclusioni, in quanto non pertinenti al suo ruolo, fondono la nullità assoluta piuttosto sulla violazione del principio dispositivo. Indagare fatti principali non allegati dalle parti ovvero acquisire i documenti necessari siano diretti a provare i fatti principali dedotti a fondamento della domanda e delle eccezioni comporta nullità assoluta, poiché si viola il principio dispositivo della domanda e della prova che spetta alla parte. Il giudice non può infrangere il principio *ne procedat iudex ex officio* e deve attenersi al comando secondo cui *iudex iudicare debet iuxta alligata partium*. Di riflesso, ciò vale anche per il consulente dal medesimo nominato.

A prescindere dalla diversa motivazione, la continuità dell’orientamento giurisprudenziale è un dato piuttosto rilevante anche sul piano sistematico. Come è noto l’art. 157 c.p.c. statuisce testualmente che non può pronunciarsi la nullità senza istanza di parte, se la legge non dispone che sia pronunciata di ufficio. Pertanto, sembrerebbe statuita la tassatività e la tipicità delle nullità rilevabili di ufficio¹⁸. Tuttavia, il formante giurisprudenziale ha rimodulato la rigidità della regola, tenendo conto anche delle nullità non espressamente previste dalla legge, ma derivanti dalla mancanza di un requisito indispensabile allo scopo, giusta art. 156 c.p.c., per le quali il regime di rilevabilità deve essere ricostruito in via interpretativa. Per altro verso la dottrina¹⁹ ha tentato di confinare l’ambito di applicazione dell’art. 157 c.p.c. alle nullità formali, lasciando fuori le nullità extraformali, per le quali opererebbe il principio opposto, della rilevabilità di ufficio. Tuttavia la distinzione tra nullità formale ed extraformale appare ardua posto che “nel nostro codice di rito, per forma debba intendersi “il modo di esercizio del potere giuridico” o, ancor più precisamente, “il modo di essere dell’atto”, e che le norme sulla forma degli atti processuali sono le norme sulle condizioni che devono essere rispettate affinché l’atto processuale concretamente posto in essere sia valido e, di conseguenza, produca i suoi effetti tipici; tenuto conto che, unitariamente considerato, l’effetto tipico del potere di azione, con riguardo al giudizio ordinario di cognizione, è la pronuncia di merito sul diritto controverso”²⁰. Si tende a ricomprendere nella nozione di “forma” ogni aspetto inerente alla validità ed efficacia dell’atto, sottolineando la natura del procedimento come fenomeno essenzialmente formale²¹. Nella fattispecie in esame, i vizi della consulenza tecnica non sono presidiati da espresse sanzioni di nullità e pertanto la ricerca andrebbe condotta in base allo scopo dell’atto. Le Sezioni Unite tentano di segnare un sottile confine (talmente sottile da richiedere al consulente tecnico una affinata capacità di lettura

¹⁶ F. Auletta, *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, Padova, 2002, 298.

¹⁷ B. Cavallone, *Principio dispositivo, fatti secondari e fatti “rilevabili ex officio”*, in *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991, 105. Per esempio anamnesticamente è possibile farli acquisire direttamente dal consulente tecnico. Ne fa un esempio G.F. Ricci, *Questioni controverse in tema di onere della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 2, di una frattura della vertebra, cagionato da incidente stradale dove il consulente ricostruisce il quadro delle patologie pregresse, eventuali fratture, osteoporosi.

¹⁸ In tal senso G. Verde, *Diritto processuale civile 1, Parte Generale*, Bologna 2010.

¹⁹ G. Martinetto, *Della nullità degli atti*, in *Comm. c.p.c. Allorio, I*, Torino, 1973.

²⁰ R. Poli, *L’invalidità degli atti processuali*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2015, 2, 353.

²¹ C. Mandrioli, *Vizi c.d. «non formali» degli atti processuali civili*, in *Jus*, 1966, 321.



delle allegazioni delle parti) tra i vizi della consulenza che attingono il mero contraddittorio delle parti, ritenuti ancora sanzionabili con la nullità relativa, e la violazione dell'insuperabile limite della domanda, per la quale l'unica opzione è la nullità assoluta ovvero rilevabile di ufficio. Si rimane all'interno dell'ambito della nullità relativa laddove "l'attività consulenziale viziata entra in conflitto con un interesse di parte e di cui è in facoltà delle parti disporre liberamente, quando cioè il consulente, pur potendo estendere le proprie investigazioni a fatti e documenti non acquisiti al processo per iniziativa delle parti, abbia cura di mantenerne il perimetro entro i limiti segnati dalla domanda e, più esattamente, dai fatti principali che siano dedotti dall'attore a fondamento di essa".

Pertanto, lo scopo che rileva non è preservare il contraddittorio in sé, ma il confine della cognizione del giudice. La severa scelta di sanzionare con la nullità assoluta ed insanabile la consulenza tecnica quando il consulente abbia acquisito prove al di fuori del perimetro della domanda dimostra che la Cassazione ha ormai abbandonato il modello autoritaristico del processo civile, privilegiando un processo civile basato sull'iniziativa delle parti, ossia sulla "verità processuale" che esse riescono a ricostruire agli occhi del giudice²². La scelta della giurisprudenza non è priva di fondamento normativo, in quanto è proprio l'art. 2907 c.c. a prevedere che la tutela giurisdizionale dei diritti sia prestata "su domanda di parte" perché il diritto sostanziale è di regola nella disponibilità della parte e il giudice deve porsi in posizione di terzietà e imparzialità rispetto a tale monopolio. Diversamente il giudice tradirebbe il connotato del suo potere, così come delineato dal combinato disposto degli articoli 101 e 111 della Costituzione. La configurabilità della nullità assoluta è posta a presidio di un principio cardine della giurisdizione civile e preserva quest'ultima dalla subordinazione dell'accertamento dell'invalidità degli atti processuali rispetto al positivo contingente riscontro della sussistenza di un pregiudizio effettivo di una parte.

Accorta dottrina²³ ha lamentato che l'ordinamento sembra non tutelare l'interesse delle parti all'astratta regolarità dell'attività giudiziaria, bensì garantisce l'eliminazione del pregiudizio concretamente subito dalle stesse nell'esercizio dei poteri processuali loro spettanti a causa della violazione delle regole del processo. In altri termini da una ricognizione sistematica si evincerebbe che l'ordinamento processuale (il riferimento è alle norme di cui all'art. 294 c.p.c., 360 bis, n. 2 c.p.c., 342 c.p.c.) tende a ritenere l'effettivo pregiudizio causato dalla violazione della norma quale preminente criterio per valutare la regolarità e la validità del processo con irreversibile eversione del sistema ove anche il più grave sviamento dai principi della giurisdizione potrebbe essere sanato. La Cassazione con la sentenza in commento ha mostrato di tenere in considerazione sia l'interesse delle parti sia quello del processo in quale tale, tracciando un sottile, ma necessario, discrimine tra nullità relativa e nullità assoluta. Ove viene in rilievo esclusivamente un interesse delle parti, ed in particolare l'interesse a non vedere compromesso il proprio diritto di difesa, la Corte ha garantito la nullità, ma solo relativa, in quanto, pur essendo pregnante il valore del contraddittorio, tuttavia la ragionevole durata del processo non può essere minata da travolgenti nullità ad ogni sua sequenza. La Corte ha senz'altro considerato che per dettato costituzionale la giurisdizione è regolata dalla legge, previsione necessaria a garantire una certa prevedibilità dell'ordine di svolgimento del processo e la cui violazione, se tale da sconvolgere tale ordine, deve essere presidiata da una sanzione che sia in grado di ripristinarlo, come la nullità assoluta.

Non risulta discostarsi da questi principi così ben affermati la successiva sentenza del 28 febbraio 2022, n. 6500²⁴ che affronta in modo frontale il caso in cui il c.t.u. nell'espletamento di una consulenza contabile, bancaria, rinveniva un documento contrattuale, non presente agli atti di parte, consistente in una richiesta di fido in cui erano contenute le clausole disciplinanti il calcolo degli interessi passivi. Del documento rinvenuto il c.t.u. non informava le parti che ne apprendevano l'esistenza solo dalla bozza di relazione, redigendo peraltro, in assenza di osservazioni dei c.t.p., il testo definitivo della relazione in base alle risultanze maturate anche sulla scorta del

²² G. Vallone, *Orientamenti e disorientamenti sui poteri istruttori del consulente tecnico d'ufficio nel processo civile e la nullità della c.t.u.*, nota a Cass. 6 dicembre 2019 n. 31886, in *il Giusto Processo Civile*, 2, 2021, 486, nota 53.

²³ R. Donzelli, *Sul principio del pregiudizio effettivo*, *Riv. Dir. Proc.*, 2020, 2, 548.

²⁴ Per un primo commento si rinvia a P. Farina, *I poteri istruttori del consulente e le nullità (assolute o relative?) della perizia*, in *www.ilprocessocivile.it* del 7 marzo 2022.



citato documento. Correttamente la Cassazione riconduce gli incumbenti del caso all'art. 198 c.p.c. a cui riconosce natura derogatoria rispetto la disciplina generale, come nondimeno aveva già fatto la Cassazione con la sentenza del 6 dicembre 2019, n. 31886. Pertanto nel caso di c.t.u. contabile, eccezionalmente rispetto al decorso di un'attività consulenziale, il perito potrà colmare il *deficit* probatorio esaminando documenti e registri non prodotti, purché senta le parti e previo consenso delle stesse. Lo stesso consenso deve essere acquisito dal c.t.u. che intenda menzionare tali documenti "non prodotti" nella relazione peritale. La norma è chiaramente un precipitato del principio che si evince dagli articoli 101 c.p.c. e 183 c.p.c. che portano a sanzionare con decisione le sentenze della c.d. "terza via", segnatamente il pericolo delle decisioni a sorpresa, assicurando invece la necessità del più ampio dispiegamento del contraddittorio delle parti in ordine ai mezzi di prova che il giudice può disporre facendo uso dei poteri ufficiosi accordatigli dall'ordinamento. Tale principio deve informare anche l'attività consulenziale.

Appare evidente che in tale profilo non è attinente allo straripamento dalle allegazioni fondanti la domanda; essa invece impinge il tema della declinazione del diritto di difesa nel corso dello svolgimento dell'istruttoria. Può dirsi che non è lesa un interesse del processo, in guisa del quale quella attività consulenziale possa giudicarsi affetta da un vizio di nullità assoluta, ma è compromesso un interesse, pur primario delle parti in quanto posto a tutela del diritto di difesa delle medesime, di cui le parti possono tuttavia pur sempre disporre, poiché compete solo al loro il potere farne valere la violazione e di eccepire la nullità dell'atto che ne è conseguenza a mente dell'art. 157 c.p.c., comma 2.

Nella pronuncia 28 febbraio 2022, n. 6500, la Corte conclude affermando che trattandosi per vero di vizio consumatosi in occasione dell'espletamento di un esame contabile, l'attività del consulente che si trasfonde anche nell'acquisizione di documenti concernenti fatti principali non oggetto di rituale produzione ex parte non è soggetta a preclusioni ed il c.t.u. è tenuto unicamente a promuovere sull'acquisizione così operata il contraddittorio tra le parti, la cui violazione è denunciabile ad istanza delle medesime nei limiti indicati dall'art. 157 c.p.c., comma 2.

6. *Le nullità del sub-procedimento consulenziale.*

La Cassazione in una coeva pronuncia, depositata il 21 febbraio 2022, n. 5624²⁵, distingue tra i vizi d'attività processuale e procedimentale compiuti dal consulente, dal giudice o dalle parti, e i vizi "di contenuto", attinenti in ultima istanza a questioni scientifiche e/o comunque valutative e, quindi, connessi al tema della ricerca di una giusta soluzione della controversia. Si afferma che la preclusione a muovere contestazioni alla c.t.u. per la prima volta nella comparsa conclusionale non può farsi discendere dall'applicazione del secondo comma dell'art. 157 c.p.c. a qualunque censura alla consulenza, trovando la disposizione appena menzionata applicazione alle sole nullità processuali (e procedimentali) da cui devono essere tenute distinte, a mezzo dell'interpretazione, ad opera del giudice, nell'esercizio dei suoi poteri, della doglianza mossa in concreto dalla parte, le critiche attinenti al "merito" delle indagini e conclusioni dell'ausiliare del giudice.

Come è noto la riforma introdotta dalla legge 18 giugno 2009 n. 69, novellando l'art. 195 c.p.c., ha "procedimentalizzato", assoggettandola a precisi termini, la sola facoltà delle parti di interloquire con il perito, così da incidere già direttamente sul contenuto della consulenza e non, *tout court*, la possibilità di svolgere qualunque deduzione o osservazione nel corso del giudizio. La Cassazione ritiene che i termini previsti dell'art. 195, ultimo comma, cod. proc. civ., abbiano natura meramente ordinatoria e funzione acceleratoria, e svolgano nonché esauriscano la loro funzione nel subprocedimento che si conclude con il deposito della relazione

²⁵ F. Capasso, *Preclusioni e c.t.u.: ancora dubbi dopo le Sezioni unite*, in *Il Diritto processuale civile italiano e comparato consultabile* in <https://www.ildirittoprocessualecivile.it>; S. Mendicino *Consulenza tecnica d'ufficio, rilievi critici della parte e contestazioni proposte oltre i termini: la valutazione del giudice domande o eccezioni o nuove prove ma si riferiscano alla attendibilità e alla valutazione delle risultanze della c.t.u. e siano volte a sollecitare il potere valutativo del Giudice in relazione a tale mezzo istruttorio*, in *Diritto & Giustizia*, fasc. 36, 2022, 2; P. Farina *Le Sezioni Unite aprono alle contestazioni alla c.t.u. (formulate per la primavolta) in comparsa conclusionale*, in *GiustiziaCivile.com*, fasc., 30 marzo 2022.



dell'ausiliare, sicché, in difetto di esplicita previsione in tal senso, la mancata prospettazione al consulente tecnico di ufficio di rilievi critici esplica le sue conseguenze negative nell'ambito del solo subprocedimento - sicché il c.t.u. non dovrà depositare nel termine a lui assegnato la sintetica valutazione delle osservazioni rese dalle parti tardivamente rispetto al termine alle stesse all'uopo fissato – ma non preclude alla parte di arricchire e meglio specificare le relative contestazioni difensive nel successivo corso del giudizio²⁶.

Pertanto non si può ritenere che è precluso alle parti di svolgere deduzioni, osservazioni e critiche nuove alla consulenza tecnica oltre i termini fissati dal giudice ai sensi dell'art. dell'art. 195 c.p.c. nel giudizio di primo grado. La premessa logica sottesa è che le critiche al contenuto della consulenza tecnica d'ufficio, costituiscano “mere difese”, e pertanto siano sottratte a preclusione. Tanto che la Cassazione stessa ricorda la possibilità di poter produrre una consulenza tecnica di parte, in quanto mero atto difensivo²⁷ anche per la prima volta in sede di appello.

Il principio enunciato dalla Corte di Cassazione desta perplessità. Per evidenti ragioni di economia processuale l'ordinamento processuale, all'esito delle più recenti riforme, tende a richiedere alle parti un onere di *discovery* delle proprie ragioni sin dall'inizio del processo. E' nota la distinzione tra le c.d. “mere difese”, volte a contestare i fatti costitutivi posti a fondamento della domanda ovvero a negare la loro idoneità a produrre le conseguenze invocate dall'attore, e la “eccezione”, che invece i fatti estintivi, modificativi, impeditivi, rilevabili, rispettivamente, di ufficio e su esclusiva iniziativa di parte²⁸. Se è pur vero che le difese a differenze delle eccezioni non devono essere contenute nella comparsa di costituzione a pena decadenza, ed anzi secondo la giurisprudenza di legittimità²⁹ possono essere proposte in ogni fase del giudizio, tuttavia il novellato art. 115 c.p.c. rafforza l'onere del convenuto di prendere posizione in ordine alla ricostruzione materiale della vicenda di vita evocata dalla controparte e sulla sua qualificazione giuridica, in modo specifico e circostanziato, dovendo altrimenti il giudice considerare “non contestate” ovvero pacifiche le circostanze attoree, e pertanto non bisognose nemmeno di prova. L'intenzione del legislatore sembra essere quella di spingere le parti a delineare sin da subito il *thema decidendum* e *thema probandum*, evitando deduzione rateali.

Si potrà obiettare che proprio l'incertezza in ordine all'ambito e agli effetti³⁰, dell'art. 115 c.p.c. che non sono disciplinati dalla legge processuale non consente di inferire queste conclusioni. Non è previsto un termine

²⁶ Cass., ord. 8 settembre 2020, n. 18657 nel *CED*.

²⁷ Cass. Sez. Un, 3 giugno 2013 n. 13902 nel *CED*.

²⁸ R. Oriani, *L'eccezione di merito nei Provvedimenti urgenti per il processo civile*, in *Foro It.*, 1991, V, 5-36.

²⁹ Cass. Sez. Un. 16 febbraio 2016 n. 2951 nel *CED*.

³⁰ Il principio di non contestazione pare non si riferisca all'ambito dei fatti secondari, in quanto esulano dal monopolio delle parti e dal principio dispositivo. Quanto agli effetti, la non contestazione non dà luogo ad una prova legale ma può essere smentito da altre prove assunte. In tal senso Cass. Sez. Un. 23 gennaio 2002 n. 761, in *Foro.it.*, 7, I, 2019. In dottrina I. Pagni, *L'onere di contestazione dei fatti avversari, dopo la modifica dell'art. 115 c.p.c.*, in *Giur. it.*, 2011, 238 la quale afferma che l'art. 115 c.p.c.: “mira piuttosto a porre una regola di giudizio (di qua il ‘deve’), secondo la quale, una volta giunti al momento della decisione, da un lato si dovrà considerare un dato acquisito il fatto che la circostanza non contestata non dovesse costituire oggetto di prove richieste dalle parti o disposte d'ufficio (trattandosi di circostanza pacifica). Dall'altro lato, quel fatto dovrà essere assunto dal giudice a fondamento della propria pronuncia, purché non siano emerse dagli atti d'causa, per altra via, prove in senso contrario all'esistenza del fatto in questione”. M. Taruffo, *La semplice verità – Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, 2009, 126, secondo il quale “il fatto non contestato non è un fatto da considerare provato, ma un fatto che può essere posto a base della decisione ancorché non provato (e così solo se non smentito sicuramente dalle risultanze di altre prove raccolte) in quanto verosimilmente esistente. Icastico B. Sassani, *L'onere della contestazione*, in *Il giusto proc. civ.*, 2010, 401, nonché in questa *Rivista*, in www.judicium.it, la collocazione della disposizione nel primo comma dell'art. 115 cod. proc. civ. (dove il «deve» va letto quale limite ai poteri del giudice che è autorizzato a giudicare solo iuxta probata) autorizza «anche a giudicare iuxta non oppugnata ma se ed in quanto alia non obstant»



perentorio per esplicitare le contestazioni ed infatti la giurisprudenza³¹ ammette contestazioni pure in fase di appello. Questa considerazione dovrebbe confortare il risultato ermeneutico a cui è pervenuta la Corte di Cassazione.

Tuttavia l'art. 115 c.p.c. non si limita a dettare una regola di *fair play* dialettico, ma presidia la necessità di conferire al processo una durata ragionevole. In tal senso si comincia a scorgere un orientamento più intransigente³² che, superando i limiti della pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite 761/2022 riconosce in capo alla parte l'onere di contestare sin da subito pure l'interpretazione delle clausole contrattuali, pertanto non soltanto la dimensione fattuale del fatto costitutivo ma anche la qualificazione del fatto.

Dal punto di vista sistematico, la novellazione dell'art. 195 c.p.c., coeva a quella dell'art. 115 c.p.c, sembra muoversi con lo stesso intento di imporre una fattiva collaborazione delle parti anche nell'ambito del subprocedimento affidato al consulente tecnico. Peraltro le osservazioni di natura tecnica sono valutazioni spesso complesse che possono tradursi in allegazioni di fatti secondari incompatibili rispetto a quanto rilevato dal perito. Il giudice, che si troverà ad esaminarle in occasione dello studio degli scritti conclusionali, sebbene resi nel contraddittorio tra le parti, potrebbe trovarsi nella invalicabile difficoltà di non saperle ben decifrare, anche perché nella fase decisoria non potrà più contare sui chiarimenti del consulente tecnico che ha concluso il suo mandato.

La Corte di Cassazione ha accolto l'interpretazione più letterale, prendendo atto dell'assenza di termini perentori all'onere di contestazione ed aprendo la possibilità alle parti di difesa anche tecnica in comparsa conclusionale. Tuttavia la Corte ha ommesso di considerare la circostanza tutt'altro che infrequente in cui il giudice potrebbe essere costretto a rimettere la causa in istruttoria, nel caso in cui tali deduzioni abbiano bisogno di un apprezzamento di scienze non giuridiche ovvero contrastino con l'esito della consulenza tecnica sino a minarne la sua conclusione. Questa soluzione che, pur tutela in modo ampio ed esteso il diritto di difesa, può comportare una importante vanificazione di quell'accelerazione impressa al subprocedimento consulenziale.

Sarebbe auspicabile in realtà un intervento legislativo che allineasse tutta la "galassia" delle c.d. difese, dalle mere difese in fatto alle eccezioni, prevedendo per tutte termini decadenziali, il più anticipati possibile rispetto alla trattazione del processo. Secondo tale direzione, le deduzioni tecniche delle parti dovrebbero trovare sede, in via perentoria, nelle osservazioni trasmesse al consulente tecnico di ufficio nell'ambito del subprocedimento così da concluderlo pienamente ed al contempo al fine di evitare eventuali retrocessioni in fase decisionale del processo al subprocedimento consulenziale, in ragione dell'inerzia ovvero la scarsa ovvero non tempestiva collaborazione delle parti. Se le parti non rispettassero tale termine decadenziale, il giudice dovrebbe ritenere inammissibili le tardive deduzioni tecniche e dovrebbe poterle ignorare nel suo convincimento. Al fine di garantire la durata ragionevole del processo sembra insufficiente, tenere conto, in applicazione dell'art. 92, primo comma, ultima parte c.p.c., della violazione del termine di osservazione ai soli fini della regolamentazione delle spese di lite, così come statuito in conclusione dalla Cassazione 21 febbraio 2022, n. 5624.

7. Conclusioni.

Relativamente alla sentenza della Corte di Cassazione 1 febbraio 2022 n. 3086, va anche detto che la pronuncia afferma sì un principio meritevole di attenzione dogmatica, ma la dimensione "pratica" della prevista nullità assoluta va comunque attenuata.

³¹ Cass. civ., sez. III, 20 dicembre 2021, n. 40756 in www.ilprocessuale.it, News del 29 dicembre 2021.

³² Cass. Ord. del 28 settembre 2017 n. 22701: "Il convenuto, ai sensi dell'art. 167, comma 1, c.p.c., deve prendere posizione, in maniera precisa e non limitata a una generica contestazione, circa i fatti affermati dall'attore a fondamento della domanda, ivi inclusa l'interpretazione delle clausole contrattuali, sulla cui valenza deve tempestivamente, integralmente ed irretrattabilmente esprimersi; sicché, se nulla abbia eccepito in relazione al significato di una determinata clausola ovvero, come nella specie, abbia concordato con la controparte sul suo significato, tale interpretazione deve considerarsi come pacifica, esonerando l'attore da qualsiasi prova al riguardo e rendendo inammissibile la contestazione successiva".



In primo luogo, il campo di indagine del c.t.u. è già esteso ed estensibile atteso l'ampio catalogo dei fatti che il c.t.u. può considerare, dai fatti notori ovvero pubblicamente conoscibili a quelli accessori o secondari, ai fatti oggetto di eccezioni rilevabili di ufficio. Quel che viene sanzionato con la nullità assoluta è lo sconfinamento totale dal fatto principale posto a fondamento della domanda giudiziale, il cui preciso inquadramento per quanto richieda impegno esecutivo da parte del c.t.u., tuttavia è altresì raro che venga così "platealmente" superato.

Potrebbe poi accadere che il giudice non rilevi la nullità assoluta, ovvero che le parti non la eccepiscano, e sulle risultanze di siffatta consulenza tecnica egli fonda la sua decisione. La più risalente giurisprudenza sembrava ammettere in taluni casi la nullità derivata dell'atto probatorio sulla sentenza se quest'ultima si fondava sul primo. Secondo la giurisprudenza di legittimità³³, il principio della limitazione oggettiva della nullità dell'atto, contenuto nell'art 159, comma secondo, cod proc civ, è applicabile anche quando si è in presenza di un atto finale che costituisce la risultante di una serie di atti distinti l'uno dall'altro, cioè di attività continuativa nel tempo e frazionabile in momenti autonomi. In particolare, se una parte dell'attività di accertamento e rilevazione dei dati compiuta dal consulente tecnico sia invalida, perché svolta in violazione del principio del contraddittorio e al di fuori del necessario controllo delle parti, qualora quella frazione di attività non si sia riverberata sull'atto conclusivo, consistente nella relazione di consulenza (che pertanto non può dirsi direttamente influenzata da essa), la rilevata indipendenza impedisce che il vizio si comunichi e costituisce causa giustificativa della limitazione della rilevanza della nullità. L'affermazione o la esclusione di tale nesso di dipendenza forma oggetto di un apprezzamento riservato al giudice di merito, essendo intimamente connesso con la valutazione delle risultanze della relazione peritale, ed è perciò insindacabile in sede di legittimità.

Secondo la giurisprudenza prevalente la nullità di un atto di acquisizione probatoria non incide sulla sentenza che non si fonda su di esso e non comporta, in ogni caso, la nullità (derivata) della stessa, atteso che i rapporti tra atto di acquisizione probatoria nullo e sentenza non possono definirsi in termini di eventuale nullità derivata di quest'ultima, quanto, piuttosto, in termini di giustificatezza o meno delle statuizioni in fatto della sentenza stessa, la quale, cioè, in quanto fondata sulla prova nulla (che quindi non può essere utilizzata), è priva di (valida) motivazione, non già nulla a sua volta: infatti l'atto di acquisizione probatoria, puramente eventuale, non fa parte della indefettibile serie procedimentale che conduce alla sentenza e il cui vizio determina la nullità, ma incide soltanto sul merito delle valutazioni in fatto compiute dal giudice, le quali, peraltro, possono essere sindacate in sede di legittimità sotto il profilo del vizio di motivazione ai sensi dell'art. 360, n. 5, c.p.c.³⁴.

In buona sostanza i rapporti tra atto di acquisizione probatoria nullo e sentenza possono definirsi in termini di giustificatezza o meno delle statuizioni in fatto della sentenza stessa, e pertanto se la sentenza è fondata su prova nulla (che non poteva essere utilizzata) è priva di valida motivazione, non già nulla a sua volta. Ciò in linea con un orientamento che si sta affermando nella giurisprudenza di legittimità³⁵ in base al quale, una volta pronunciata sentenza, salvo si tratti di questioni fondanti la giurisdizione (condizioni dell'azione, rappresentanza processuale, integrità del contraddittorio, carenza assoluta di *potestas iudicandi*, contrasto con precedente giudicato), e salvo che anche su queste si sia formato giudicato interno esplicito, la rilevanza di ufficio su questione di rito ovvero di merito si contrae rimettendo alla disponibilità delle parti la volontà di far valere le questioni come motivi di impugnazione, in difetto dei quali, si formerà anche su tali questioni il giudicato implicito interno.

³³ Cass. Sez. Un 24 marzo 1976, n. 1035, in *Foro it*, I, 2181; conforme Cass. del 17 maggio 1999 n. 4796; Cass 18 marzo 2003. n. 3989 tutte reperibili nel *CED*.

³⁴ Cass. 3 settembre 2014 n. 18587 in *Ced*; Cass. 23 settembre 2004 n. 19072; Cass. 28 luglio 2006, n. 17247 in *Mass. Giur. It.*, 2006.

³⁵ Cass. Sez. Un. 9 ottobre 2008 n. 24883, in *Giur. it.*, 2009, 1459.