

## COMMENTO A CASSAZIONE, SEZ.III, 06/12/2019 N. 31886

- **Avv. Donata Pasquini** -

### Ai Sigg.ri Partecipanti al Corso base per CTU 2019

Gentilissime/i,

a distanza di alcune settimane dalla conclusione dell'ultimo Corso base CTU dell'ottobre – novembre scorso, è stata pubblicata in data 06/12/2019 la sentenza n. 31886 della Sezione III della Corte di Cassazione. Il provvedimento costituisce un *revirement* rispetto al precedente orientamento della giurisprudenza sui poteri d'indagine del CTU ed in particolare sull'acquisibilità di nuovi documenti nel corso delle operazioni peritali. Rendendosi quindi necessario un aggiornamento di alcune indicazioni fornite durante il corso e nell'impossibilità di organizzare una sessione "frontale", si trasmette la seguente relazione.

Un breve *excursus*, al fine di richiamare e reinquadrare i termini della questione.

L'art. 194, comma 1, c.p.c. (*"Il consulente tecnico assiste alle udienze alle quali è invitato dal giudice istruttore, compie, anche fuori della circoscrizione giudiziaria, le indagini di cui all'articolo 62, da sé solo o insieme col giudice secondo che questi dispone. Può essere autorizzato a domandare chiarimenti alle parti, ad assumere informazioni da terzi e a eseguire piante, calchi e rilievi"*), contenente l'elenco delle attività consentite al CTU, va letto in connessione con il principio dispositivo e con il principio dell'onere della prova (artt. 112 e 115 c.p.c.; art. 2697 c.c.), i quali circoscrivono le prerogative del CTU, ponendo due limiti insormontabili ovvero:

- divieto di indagare su questioni non prospettate dalle parti nei rispettivi scritti difensivi (diversamente il consulente amplierebbe di sua iniziativa il *thema decidendum*, ciò che non è consentito nemmeno al giudice – art. 112 c.p.c. : *"Il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa; e non può pronunciare d'ufficio su eccezioni, che possono essere proposte soltanto dalle parti"*);
- divieto di compiere atti di indagine per l'accertamento di fatti costitutivi della domanda o delle eccezioni, o in quanto ormai preclusi alle parti (ad es. perché decorsi i termini di cui all'art. 183, comma 6, c.p.c.) o in quanto riservati al giudice (ad es. interrogare testi) (diversamente il consulente violerebbe il principio, per cui spetta alle parti l'onere della prova - art. 115 c.p.c.: *"Salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero, nonché i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita"*; art. 2687 c.c. *"(1) Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. (2) Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda."*).

Le valutazioni del Consulente, indipendentemente dalla natura deducibile o percipiente della CTU, sono sempre soggette alla regola del “*rebus sic stantibus*” e, quindi, assunte sulla base del materiale probatorio ritualmente acquisito agli atti di causa.

Resta confermato il principio per cui in sede di operazioni peritali i poteri di indagine del CTU – acquisizione documentale, richiesta di chiarimenti alle parti e di informazione a terzi – restano confinati ai soli “*fatti accessori o secondari di rilievo puramente tecnico, utili per un’esauriente risposta al quesito*” ( quindi, si ribadisce, con esclusione dei fatti costitutivi delle domande e delle eccezioni) ovvero necessari “ *per dare riscontro e verifica rispetto a quanto già affermato e provato dalle parti*”; in ogni caso con l’obbligo di indicare nella relazione la fonte delle informazioni così assunte.

## **PRECEDENTE ORIENTAMENTO DELLA GIURISPRUDENZA**

In mancanza di norme *ad hoc* sulle conseguenze derivanti dalla violazione dei suindicati principi da parte del CTU, ha sopperito la giurisprudenza, nel cui ambito si sono registrati nel tempo vari indirizzi.

L’orientamento decisamente prevalente, e consolidato fino al recente intervento in commento, riteneva che il divieto di acquisizione documentale, di richiesta di informazione a terzi e di chiarimenti alle parti, non concernenti “fatti secondari e strettamente tecnici”, potesse essere in ogni caso superato con il consenso di tutte le parti in causa.

Si riteneva, altresì, che la suddetta impostazione trovasse riscontro nel regime di nullità degli atti processuali di cui all’ art. 157 c.p.c., cui, in assenza di apposita disciplina sull’invalidità della relazione peritale, soggiace anche la CTU. L’art. 157 c.p.c. disciplina la nullità cd. relativa, i cui tratti distintivi rispetto alla nullità cd. assoluta sono:

- l’impossibilità per il giudice di dichiararla d’ufficio (ossia di propria iniziativa), ma solo a seguito di eccezione di parte;
- l’onere per la parte interessata di eccepirlo entro la prima istanza o difesa successiva al compimento dell’atto nullo (nel caso di CTU, entro la prima istanza o difesa successiva al deposito della relazione).

Pertanto, se la parte interessata nulla avesse eccepito entro i termini sopra visti, la nullità della relazione sarebbe stata definitivamente sanata per acquiescenza, con la conseguenza che nel prosieguo del giudizio né il giudice né la parte stessa avrebbero potuto, rispettivamente, dichiarare o eccepire l’invalidità della consulenza.

Si ravvisava, quindi, piena coerenza tra la possibilità per il CTU di acquisire senza alcuna limitazione documenti nel corso delle operazioni peritali, purché con il necessario consenso di tutte le parti, ed il fatto che fosse nell’esclusiva disponibilità della parte interessata sollevare o meno l’eccezione di nullità della relazione (sanatoria per acquiescenza), considerandosi il consenso espresso in sede di operazioni peritali alla stregua di una preventiva rinuncia a far valere successivamente l’eccezione di nullità.

In definitiva, a fronte del generale divieto di compimento di atti istruttori ormai preclusi alle parti o riservati al giudice, il precedente panorama giurisprudenziale

consentiva al CTU di acquisire documenti dalle parti o da terzi (così come di chiedere informazioni) secondo le seguenti indicazioni operative:

- a) solo se inerenti a fatti secondari o rientranti nell'ambito strettamente tecnico dell'indagine ovvero per riscontrare la veridicità di quanto già allegato e provato dalle parti; in tale caso senza alcuna necessità di consenso delle parti, (non essendo, poi, sempre agevole distinguere tra fatti secondari e fatti costitutivi della domanda, è consigliabile nel dubbio di rivolgere apposita istanza al Giudice ai sensi dell'art. 92 disp. att. c.p.c.);
- b) sempre, indipendentemente dal fatto che il documento sia relativo ad un fatto secondario o ad un fatto costitutivo della pretesa fatta valere in giudizio, purché vi fosse il consenso di tutte le parti in causa.

## NUOVO ORIENTAMENTO

È proprio sulla possibilità indicata sub b) - ossia di acquisire qualsiasi documento nel corso delle operazioni peritali con il consenso di tutte le parti – che è di recente intervenuta la Corte di Cassazione (Cass. Civ., Sez. III, 06/12/2019 n. 31886), ribaltando la propria precedente impostazione.

In estrema sintesi, secondo la sentenza in commento le preclusioni istruttorie ovvero i termini perentori assegnati alle parti per la formulazione di richieste di prova e produzione di documenti (termini che ad es. nel processo civile ordinario sono previsti dall'art 183, comma 6, c.p.c.) non tutelano l'interesse particolare delle parti, bensì interessi generali e sono di conseguenza INDEROGABILI ed INDISPONIBILI PER LE PARTI. Nemmeno il giudice, pena la nullità della sentenza, potrebbe decidere la causa sulla base di un documento tardivamente prodotto e non potrebbe farlo neppure se la parte interessata sia acquiescente e nulla eccepisca.

L'inutilizzabilità di un documento, ove non ritualmente e tempestivamente prodotto è, pertanto, oggetto di un divieto assoluto sottratto alla disponibilità sia delle parti - che non possono “recuperare” il documento né consentendone l'acquisizione al CTU né prestando acquiescenza dopo il deposito della relazione - sia del giudice, che non può autorizzare il CTU all'irrituale acquisizione di un documento, pena la nullità della relazione e della successiva sentenza, che su questa si fonda.

Logica conseguenza di tale impostazione è che nel corso delle operazioni peritali il consulente NON può acquisire nuovi documenti, ove relativi a fatti costitutivi della pretesa fatta valere in giudizio, NEMMENO IN CASO DI CONSENSO DI TUTTE LE PARTI.

Il nuovo indirizzo giurisprudenziale confina ulteriormente, rispetto al precedente indirizzo, la possibilità per il CTU di acquisire documenti dalle parti o da terzi (così come di chiedere informazioni), secondo le seguenti indicazioni operative:

- a) solo se inerenti a fatti secondari o rientranti nell'ambito strettamente tecnico dell'indagine ovvero necessari per riscontrare la veridicità di quanto già allegato e provato dalle parti; in tale caso senza alcuna necessità di consenso

delle parti, (non essendo, poi, sempre agevole distinguere tra fatti secondari e fatti costitutivi della domanda, è consigliabile nel dubbio di rivolgere apposita istanza al Giudice ai sensi dell'art. 92 disp. att. c.p.c.);

- b) MAI, se inerenti a fatti costitutivi della pretesa fatta valore in giudizio, nonostante il consenso di tutte le parti in causa.

## **LE CONSEGUENZE DEL NUOVO ORIENTAMENTO SUL REGIME DI NULLITÀ DELLA CTU**

L'impossibilità per il CTU di acquisire nuovi documenti, se non quelli relativi a fatti secondari, si riflette anche sul regime di nullità della relazione, ove fondata su documenti o informazioni illegittimamente acquisite. Ed invero, se il consenso delle parti non può più legittimare il CTU all'acquisizione di nuovi documenti, stante la non disponibilità delle preclusioni istruttorie, si deve pervenire alla medesima conclusione negativa anche in caso di un'acquiescenza successiva al deposito della relazione.

In altri termini, la CTU, fondata su documenti illegittimamente acquisiti, è NULLA, sebbene le parti non ne eccepiscano l'invalidità nella prima difesa utile; ciò che invece, come visto, produceva un effetto sanante in base alla precedente impostazione.

In conclusione, la relazione fondata su documenti acquisiti in violazione delle preclusioni istruttorie non è affetta da nullità "relativa", ma da nullità "assoluta" e quindi:

- a) la nullità è rilevabile anche d'ufficio dal giudice (cioè d'iniziativa del giudice e senza necessità di apposita eccezione delle parti) in qualsiasi stato e grado del processo (ad es. una nullità non rilevata nel corso del giudizio di primo grado, potrebbe essere rilevata nel giudizio d'appello);
- b) la nullità NON è mai sanabile, nemmeno per acquiescenza delle parti ossia nemmeno se le parti nulla eccepiscano nella prima istanza o difesa successiva al deposito della relazione.

Quanto sopra impone altresì di rivedere il quadro complessivo del regime di nullità della CTU, che a questo punto sarà soggetto a un regime differenziato a seconda della specifica causa di invalidità.

Andando con ordine, in mancanza di apposita disposizione nel codice di procedura sulle cause di invalidità della CTU, la prassi ha individuato le seguenti ipotesi più frequenti di nullità sostanziale (le nullità formali – ad es. mancanza di sottoscrizione – sono per lo più ipotesi di scuola), tutte riconducibili alla violazione o del principio del contraddittorio o del principio dispositivo.

Nullità per violazione del principio del contraddittorio:

- 1) omesso invito alle parti dell'avviso contenente data ora e luogo di inizio delle operazioni peritali (o di ripresa delle operazioni peritali in caso di sospensione);

- 2) partecipazione del ctp non correttamente nominato (e, più in generale, di soggetti non autorizzati), che abbia in concreto influito sullo svolgimento e sull'esito della relazione;
- 3) mancata trasmissione della "bozza" di relazione alle parti per i rilievi critici finali e più in generale quando una parte non abbia avuto la possibilità di interloquire o difendersi in merito all'operato del ctu.

Nullità per violazione del principio dispositivo:

- 4) acquisizione di documenti o di informazioni non acquisite al giudizio;
- 5) espletamento di indagini su fatti mai prospettati dalle parti (ampliamento del *thema decidendum*).

In base al precedente orientamento si riteneva che tutti i casi di nullità della CTU fossero soggetti al regime di nullità relativa.

La recente pronuncia della Corte di Cassazione 31886/19 ha specificamente affrontato la questione, chiarendo, invece, come solo i casi di nullità per violazione del contraddittorio restino soggetti al regime di nullità relativa, sul presupposto che in tali circostanze vi sia una lesione del diritto di difesa, di cui è legittimato a dolersi solo chi ne sia titolare. Pertanto, in caso di nullità della relazione per violazione del contraddittorio, la nullità:

- a) non può mai essere rilevata d'ufficio dal giudice, ma deve sempre essere eccepita dalla parte interessata;
- b) la parte interessata deve eccepire la nullità nella prima istanza o difesa utile;
- c) in mancanza di eccezione o di eccezione tardiva, la nullità è sanata per acquiescenza.

Nei casi, invece, di nullità per violazione del principio dispositivo, secondo la Cassazione vengono violati interessi generali, alla cui tutela sono preposte le norme in materia di preclusioni processuali, che non rientrano nella disponibilità delle parti. Pertanto, in caso di nullità per violazione del principio dispositivo, la nullità è assoluta e quindi:

- a) può essere sia rilevata d'ufficio dal giudice sia eccepita dalla parte interessata;
- b) può essere rilevata o eccepita in qualsiasi stato e grado del procedimento;
- c) non è mai sanabile.

## **PROSPETTO RIASSUNTIVO**

### Acquisibilità di nuovi documenti o informazioni nel corso delle operazioni peritali

- 1) Documenti o informazioni relativi a fatti secondari o rientranti nell'ambito strettamente tecnico dell'indagine:

#### **Vecchio orientamento**

SEMPRE ACQUISIBILI anche senza consenso delle parti (nel dubbio istanza al giudice ex art. 92 disp. att. cpc)

#### **Nuovo orientamento**

NULLA CAMBIA

2) Documenti o informazioni relativi a fatti costitutivi delle pretese fatte valere in giudizio dalle parti:

**Vecchio orientamento**

- ACQUISIBILI con il consenso di tutte le parti

-In mancanza di consenso delle parti, NULLITA' RELATIVA della CTU

**Nuovo orientamento**

- MAI ACQUISIBILI anche in caso di consenso di tutte le parti

- Nonostante il consenso delle parti, NULLITA' ASSOLUTA della CTU