
SENTENZA

Cassazione civile sez. III - 06/12/2019, n. 31886

Intestazione

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE TERZA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. SESTINI	Danilo	-
Presidente	-	
Dott. OLIVIERI	Stefano	-
Consigliere	-	
Dott. ROSSETTI	Marco	- rel.
Consigliere	-	
Dott. VALLE	Cristiano	-
Consigliere	-	
Dott. DELL'UTRI	Marco	-
Consigliere	-	

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 8054-2017 proposto da:

F.A., elettivamente domiciliata in ROMA,

VIA

AURELIO SAFFI N 20, presso lo studio dell'avvocato NICCOLO' ARNALDO

BRUNO, che la rappresenta e difende;

- ricorrente -

contro

AZIENDA OSPEDALIERA SANTA MARIA TERNI in persona del legale
rappresentante pro tempore Dott. D.M.M.,
elettivamente
domiciliata in ROMA, VIA DELLA GIULIANA 35, presso lo studio
dell'avvocato ANNAROSA AMMIRATI, che la rappresenta e
difende;
- controricorrente -
avverso la sentenza n. 452/2016 della CORTE D'APPELLO di
PERUGIA,
depositata il 29/09/2016;
udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza
del
30/09/2019 dal Consigliere Dott. MARCO ROSSETTI;
udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale
Dott.
CARDINO ALBERTO che ha concluso per l'accoglimento secondo
motivo di
ricorso;
udito l'Avvocato NICCOLO' ARNALDO BRUNO;
udito l'Avvocato GIUSEPPE INCANNO' per delega.

FATTI DI CAUSA

1. Nel 2011 F.A. convenne dinanzi al Tribunale di Terni l'Azienda Ospedaliera
"(OMISSIS)" di (OMISSIS), esponendo:

-) che la propria madre, T.M., era stata ricoverata nell'ospedale gestito dalla
Azienda convenuta dal (OMISSIS);
-) che ivi era stata sottoposta a due interventi chirurgici;
-) che ivi era deceduta il (OMISSIS);
-) che i due interventi non erano stati preceduti da una adeguata informazione della
paziente;

-) che in ogni caso i sanitari non avevano correttamente eseguito la propria prestazione, causando così il decesso della paziente.

2. Con sentenza 2 aprile 2013 n. 209 il Tribunale di Terni rigettò la domanda.

La sentenza venne appellata dall'odierna ricorrente.

La Corte d'appello di Perugia decise di rinnovare la consulenza tecnica di ufficio eseguita in primo grado.

Il consulente tecnico d'ufficio chiese tre successive proroghe per il deposito dell'elaborato, che gli vennero concesse.

Con l'ultimo provvedimento di proroga, la Corte d'appello non fissò alle parti alcun termine per depositare osservazioni alla consulenza, nè al consulente per replicare a tali osservazioni.

Per assolvere il proprio incarico, il consulente - secondo quanto riferito dalla ricorrente - acquisì direttamente presso l'ospedale di Terni le cartelle cliniche relative al ricovero di T.M..

3. Con sentenza 29 settembre 2016 n. 452 la Corte d'appello di Perugia rigettò il gravame, eccezion fatta che per la regolazione delle spese.

Ritenne la Corte d'appello:

-) che la consulenza tecnica d'ufficio eseguita in grado di appello non fosse affetta da nullità, perchè il consulente era stato "espressamente autorizzato" ad acquisire documenti presso l'azienda ospedaliera di Terni, e comunque perchè ciò gli era consentito dall'art. 194 c.p.c.;

-) che nel merito la pretesa attorea fosse infondata perchè:

-) la paziente aveva ricevuto adeguate informazioni prima dell'intervento del 29 gennaio 2008;

-) non vi fu violazione del diritto all'informazione in relazione all'intervento del 25 febbraio 2008: sia perchè si trattava di intervento necessario, sia perchè gli

appellanti non avevano fornito la prova che la paziente, se fosse stata informata, avrebbe rifiutato l'intervento;

-) non era necessario accertare se, con riferimento all'intervento del 25 febbraio 2008, la paziente in conseguenza dell'omessa informazione avesse patito la violazione di diritti costituzionalmente protetti diversi da quello alla salute, giacchè nessuna domanda in tal senso era stata formulata dagli attori;

-) gli interventi e il trattamento della paziente erano avvenuti secondo le *leges artis*;

-) non vi era nesso di causa tra la condotta dei sanitari e la morte della paziente.

4. La sentenza d'appello è stata impugnata per cassazione da F.A., con ricorso fondato su tre motivi.

Ha resistito con controricorso l'Azienda Ospedaliera "(OMISSIS)".

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Il primo motivo di ricorso.

1.1. Col primo motivo la ricorrente lamenta, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 4, la violazione degli artt. 194 e 195 c.p.c.; artt. 87 e 90 disp. att. c.p.c., nonché la "nullità della sentenza per violazione del contraddittorio, e della motivazione".

L'illustrazione del motivo contiene un'articolata censura riassumibile come segue:

-) il consulente tecnico d'ufficio nominato in grado di appello, per rispondere ai quesiti, acquisì direttamente dall'Azienda ospedaliera convenuta documenti mai da questa allegati agli atti di causa (due cartelle cliniche);

-) l'acquisizione di questi documenti non fu mai autorizzata dal giudice, nè poteva dirsi legittima ai sensi dell'art. 194 c.p.c., il quale non consente al c.t.u. l'acquisizione di documenti dalle parti, ma solo l'assunzione di informazioni e chiarimenti;

-) i documenti irregolarmente acquisiti consistevano in due cartelle cliniche che gli attori avevano già ritualmente depositato ed allegato al proprio fascicolo, ritirato dal c.t.u.;

-) i documenti acquisiti di propria iniziativa dal consulente tecnico presso l'Azienda ospedaliera non erano stati allegati alla consulenza, nè mai resi disponibili alle parti;

-) dal contenuto della consulenza tecnica d'ufficio si desumeva tuttavia che le cartelle cliniche acquisite dal consulente non erano conformi a quelle prodotte in giudizio dagli attori;

-) in particolare, secondo la ricorrente, nelle cartelle cliniche in suo possesso e ritualmente depositate in atti:

- -) non era allegato il cosiddetto modulo di consenso informato;

- -) non risultava dallo schema terapeutico la somministrazione del farmaco Zinocef;

-) poichè nella relazione di consulenza, invece, erano contenute affermazioni contrastanti con tali circostanze, la ricorrente ne trae la conclusione che "evidentemente" il consulente basò la propria relazione su cartelle cliniche di contenuto non coincidente con quello delle cartelle depositate dagli attori.

1.1. L'Azienda controricorrente ha eccepito l'inammissibilità del motivo, in quanto censurerebbe la ricostruzione dei fatti e la valutazione delle prove.

Tale eccezione è infondata.

Lo stabilire infatti quali documenti il consulente tecnico d'ufficio possa o non possa esaminare; a quali condizioni possa acquisire documenti non ritualmente prodotti dalle parti; e quali siano le conseguenze dell'eventuale utilizzo, da parte del consulente, di documenti irritualmente acquisiti, costituiscono altrettante questioni di diritto processuale. Pertanto la decisione con cui il giudice di merito statuisca in merito ad esse è sindacabile in sede di legittimità, se venisse censurata - come è avvenuto nel caso di specie - prospettando un error in procedendo.

1.2. Il primo motivo di ricorso pone a questa Corte tre questioni di diritto:

- a) quali siano i poteri istruttori del consulente tecnico d'ufficio, e quali i loro limiti;
- b) se, ed in quali casi, a quei limiti possa derogarsi per volontà della legge, per ordine del giudice o per consenso delle parti;
- c) quali siano le conseguenze processuali della non giustificata violazione di quei poteri.

Tali problemi saranno esaminati partitamente nei p.p. seguenti.

I. 3. (A) I poteri "istruttori" del consulente tecnico d'ufficio.

Quanto al primo problema (quali siano i poteri accordati al c.t.u. dall'art. 194 c.p.c., e quali i loro limiti), la giurisprudenza di questa Corte appare divisa in tre orientamenti diversi.

1.3.1. 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: e dunque accertare i "fatti storici prospettati dalle parti (...), assumere di sua iniziativa informazioni ed esaminare documenti non prodotti in causa, anche senza l'espressa autorizzazione del giudice" (Sez. L, Sentenza n. 8256 del 07/11/1987, Rv. 455864 - 01; Sez. L, Sentenza n. 3734 del 30/05/1983, Rv. 428644 - 01).

Questo orientamento ammette di conseguenza che il consulente possa utilizzare, per rispondere ai quesiti, anche elementi (compresi i documenti) acquisiti attraverso lo svolgimento di attività non autorizzate, all'unica condizione che esse concernano l'oggetto dell'accertamento demandatogli (Sez. 3, Sentenza n. 1325 del 24/02/1984, Rv. 433452 - 01; Sez. L, Sentenza n. 3734 del 30/05/1983, Rv. 428644 - 01; Sez. 2, Sentenza n. 5388 del 12/12/1977, Rv. 389052 - 01).

Le decisioni che aderiscono a questo orientamento ammettono, coerentemente con i presupposti su cui esso si fonda, che il consulente possa acquisire documenti dai terzi e dalle parti, e persino riceverne la confessione ex art. 2733 c.c. (Sez. 2, Sentenza n. 14652 del 27/08/2012, Rv. 623714 - 01); e possa farlo, per di più, anche quando i termini per le produzioni documentali concessi alle parti siano spirati (Sez. L, Sentenza n. 15448 del 15/10/2003, Rv. 567466 - 01, la quale ha consentito l'acquisizione da parte del c.t.u. di documenti tardivamente prodotti

dall'Inail, in un giudizio in cui si discuteva se fosse legittimo l'incremento del tasso di premio applicato dall'Istituto ad un datore di lavoro; Sez. 2, Sentenza n. 12231 del 19/08/2002, Rv. 556941 - 01, la quale in un giudizio avente ad oggetto una domanda di risarcimento ex art. 1669 c.c. proposta da un condominio nei confronti del costruttore dell'immobile, ha ammesso l'acquisizione da parte del c.t.u. della documentazione comprovante l'appalto, tardivamente prodotta dal condominio; Sez. 2, Sentenza n. 5422 del 15/04/2002, Rv. 553737 - 01, la quale in un giudizio di rifusione delle spese di manutenzione del bene comune introdotto da una dei comproprietari ha ammesso l'utilizzo da parte del c.t.u. della documentazione di spesa acquisita tardivamente).

1.3.2. Un secondo orientamento ritiene 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 solo con l'ausilio di speciali cognizioni tecniche (c.d. "consulenza percipiente").

Nel primo caso l'incarico di consulenza presuppone l'avvenuta assunzione dei mezzi di prova, e ha per oggetto la valutazione di fatti i cui elementi sono già stati completamente dimostrati dalle parti. In tale ipotesi, pertanto, non sorgerebbe - secondo l'orientamento in esame - alcun problema di "limiti" alle indagini del consulente, il cui perimetro sarà costituito dalle prove già acquisite agli atti.

Nel secondo caso, invece (consulenza "percipiente"), il consulente non incontrerebbe alcun limite nell'accertamento dei fatti, ivi compresi quelli costitutivi della pretesa attorea.

Secondo tale orientamento pertanto, ed in special modo con riferimento alla consulenza in materia medico-legale, quando al c.t.u. sia richiesto di accertare fatti non accertabili senza il possesso di speciali cognizioni tecniche, la parte è esonerata dal dovere di "fornire tutti gli elementi diagnostici necessari (al c.t.u.), ma è sufficiente la collaborazione personale al compimento delle operazioni peritali, con il conseguente obbligo del c.t.u., in caso di dubbio, di approfondimento delle indagini, sino al raggiungimento di un accettabile grado di certezza" (Sez. U,

Sentenza n. 9522 del 04/11/1996, Rv. 500292 - 01, ed ivi gli ulteriori riferimenti ai precedenti giurisprudenziali).

1.3.3. Un terzo orientamento, infine, ritiene che il consulente non possa mai nè indagare su questioni non prospettate dalle parti, perchè violerebbe il principio che addossa loro l'onere di allegazione dei fatti, ed impedisce al giudice di indagare su questioni non prospettate dai litiganti (ex aliis, Sez. 3, Sentenza n. 1020 del 19/01/2006, Rv. 588885 - 01); nè accertare i fatti costitutivi della domanda o dell'eccezione (Sez. 2, Sentenza n. 4729 del 10/03/2015, Rv. 634655 - 01), perchè violerebbe 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). In tutti e due i casi, poi, ne resterebbe vulnerato il principio della parità delle parti, giacchè la consulenza si trasformerebbe in un iniquo repechage della parte che, per maltalento, abbia trascurato di allegare o provare, nei termini di legge, i fatti dimostrativi del proprio diritto o della propria eccezione.

Secondo questo orientamento, al consulente "non compete alcun potere di supplenza" delle parti (così Sez. 3, Sentenza n. 12921 del 23/06/2015, Rv. 635808 - 01). Egli può valutare scientificamente o tecnicamente i fatti già provati, oppure acquisire gli elementi (ad es. misurazioni, stime, analisi) necessari al riscontro di veridicità dei fatti documentati dalle parti, ma mai spingersi ad introdurre nel processo fatti nuovi, od a ricercare di sua iniziativa la prova dei fatti costitutivi della domanda o dell'eccezione, per come dedotti dalle parti.

Pertanto, anche nelle ipotesi di consulenza "percipiente", il c.t.u. potrà compiere indagini esplorative ed accertare di sua iniziativa fatti materiali solo in due casi:

a) quando si tratti di "fatti accessori e rientranti nell'ambito strettamente tecnico della consulenza", con esclusione quindi dei fatti costitutivi delle domande e delle eccezioni (Sez. 1 -, Ordinanza n. 15774 del 15/06/2018, Rv. 649471 - 01);

b) oppure quando l'indagine officiosa del c.t.u. sia necessaria per riscontrare la veridicità dei fatti allegati dalle parti e l'attendibilità dei mezzi di prova da esse offerti (Sez. 2 -, Sentenza n. 26893 del 14/11/2017, Rv. 645960 - 01; ma soprattutto Sez. 3, Sentenza n. 12921 del 23/06/2015, Rv. 635808 - 01, ove la questione è diffusamente affrontata).

Deve, invece, escludersi - secondo l'orientamento in esame - che il consulente possa acquisire documenti mai ritualmente prodotti in causa, dato che in tale ipotesi non si tratta di utilizzare dei semplici elementi di fatto, ma di valutare una prova documentale, la quale può essere utilizzata in giudizio solo nel caso in cui il giudice, su espressa richiesta delle parti, ne abbia ordinato l'esibizione ai sensi dell'art. 210 c.p.c. (così già Sez. 1, Sentenza n. 2770 del 26/10/1973, Rv. 366311 - 01; in seguito, nello stesso senso, ex multis Sez. 1, Sentenza n. 24549 del 02/12/2010, Rv. 615793 - 01; Sez. 2, Sentenza n. 11133 del 26/10/1995, Rv. 494378 - 01).

Corollario di questa impostazione è che l'accertamento dei fatti costitutivi delle domande o delle eccezioni resta sempre compito del giudice, e mai del consulente. Le valutazioni conclusive di quest'ultimo, pertanto, debbono sempre intendersi soggette alla regola del "rebus sic stantibus": e cioè valide a condizione che anche il giudice, valutato il materiale probatorio utilizzato dal c.t.u., ritenga condivisibile la ricostruzione dei fatti come compiuta da quest'ultimo, e la faccia propria (per un "manifesto" di tale impostazione si veda Sez. 3, Sentenza n. 6502 del 10/05/2001, Rv. 346561 - 01).

1.4. Ritiene questa Corte che l'orientamento preferibile sia il terzo, per molte ragioni.

1.4.1. Dal punto di vista costituzionale, il terzo orientamento appare preferibile perchè è l'unico, tra i tre sopra indicati, coerente coi principi di parità delle parti di fronte al giudice e di ragionevole durata del processo.

Principi, come noto, sanciti non solo dall'art. 111 Cost., ma anche dall'art. 6, p. 1, CEDU, cui rinvia l'art. 6, comma 3, del Trattato sull'Unione Europea (nel testo consolidato risultante dalle modifiche apportate dal Trattato di Lisbona del 13.12.2007, ratificato e reso esecutivo con L. 2.8.2008 n. 130).

E' infatti evidente, da un lato, che attribuire al c.t.u. poteri istruttori officiosi altera la parità delle parti; e dall'altro che l'attribuzione al c.t.u. del potere di compiere un'istruttoria "parallela" rimessa alla sua iniziativa costringe le parti a confrontarsi con fonti di prova acquisite dopo il maturare delle preclusioni istruttorie, rispetto alle quali non potrebbe negarsi loro il diritto alla controprova, con conseguente allungamento dei tempi del processo.

1.4.1. Il terzo degli orientamenti sopra riassunti (al p. 1.3.3) appare, in secondo luogo, preferibile dal punto di vista dell'interpretazione sistematica.

I poteri del consulente tecnico d'ufficio sono infatti fissati dall'art. 194 c.p.c.. Tale norma stabilisce che il consulente tecnico:

- a) assiste alle udienze, se vi è invitato dal giudice;
- b) "compie le indagini" che gli sono commesse dal giudice;
- c) se autorizzato dal giudice, può domandare chiarimenti alle parti, "assumere informazioni" da terzi, eseguire piante, calchi e rilievi.

Tale norma non può intendersi alla lettera, nè essere letta isolatamente, perchè condurrebbe ad esiti paradossali.

Le espressioni "indagini commesse dal giudice", "chiarimenti richiesti alle parti", e "informazioni assunte da terzi" sono, infatti, così sconfinite, da potere teoricamente estendersi a ricomprendere persino il compimento di veri e propri atti istruttori, quali l'interrogatorio delle parti o di testimoni (così già Sez. 3, Sentenza n. 908 del 22/03/1968, Rv. 332248 - 01; Sez. 3, Sentenza n. 3817 del 20/08/1977, Rv. 387481 - 01; Sez. 3, Sentenza n. 3817 del 20/08/1977, Rv. 387481 01; Sez. 1, Sentenza n. 3616 del 28/06/1979, Rv. 400032 - 01; Sez. 3, Sentenza n. 6569 del 19/12/1980, Rv. 410362 - 01).

L'art. 194 c.p.c. va dunque letto in connessione da un lato con le norme che disciplinano i poteri delle parti ed il principio dispositivo (artt. 112 e 115 c.p.c.); dall'altro con le norme che disciplinano l'istruttoria e l'assunzione dei mezzi di prova da parte del giudice (artt. 202 e ss. c.p.c.).

E poichè tali norme fissano il fondamentale principio ne procedat iudex ex officio, neque ultra petita partium, deve concludersi che le attività consentite al consulente dall'art. 194 c.p.c. incontrano due limiti insormontabili:

- a) il primo limite è il divieto di indagare su questioni che non siano state prospettate dalle parti nei rispettivi scritti difensivi ed entro i termini preclusivi dettati dal codice, altrimenti il consulente allargherebbe di sua iniziativa il thema decidendum;

b) il secondo limite è il divieto di compiere atti istruttori ormai preclusi alle parti (come acquisire documenti dopo lo spirare del termine di cui all'art. 183 c.p.c., comma 6); oppure riservati al giudice (come ordinare esibizioni od ispezioni, interrogare testimoni).

1.4.2. il terzo dei contrapposti orientamenti di cui si è detto supra, p. 1.3.3, infine, appare preferibile dal punto di vista dell'interpretazione finalistica.

Se, infatti, fosse consentito al consulente tecnico d'ufficio acquisire dalle parti o da terzi documenti anche dopo lo spirare delle preclusioni istruttorie, si perverrebbe di fatto ad una interpretatio abrogans dell'art. 183 c.p.c., comma 6. La parte decaduta dalla prova documentale, infatti, verrebbe automaticamente rimessa in termini nell'ipotesi in cui il giudice ritenesse di disporre una consulenza tecnica, all'unica condizione che i documenti da produrre siano pertinenti rispetto all'oggetto della consulenza.

1.5. L'art. 194 c.p.c. deve dunque essere interpretato nel senso che:

-) le indagini che il giudice può "commettere" a c.t.u. sono soltanto quelle aventi ad oggetto la valutazione (nel caso di consulenza deducete) o l'accertamento (nel caso di consulenza percipiente) dei fatti materiali dedotti dalle parti, e non altri; l'affidamento per contro al c.t.u. di quesiti concernenti fatti mai dedotti dalle parti o, peggio, di valutazioni giuridiche, sarebbe quesito nullo dal punto di vista processuale e, nel secondo caso, fonte sinanche di responsabilità disciplinare per il magistrato (Sez. U, Sentenza n. 6495 del 31/03/2015, Rv. 634785);

-) i "chiarimenti" che il consulente può richiedere alle parti sono soltanto quelli idonei ad illuminare passi oscuri od ambigui dei rispettivi atti, e non possono comportare l'introduzione nel giudizio di nuovi temi di indagine;

-) le "informazioni" che il consulente può domandare a terzi non possono trasformarsi in prove testimoniali, nè avere ad oggetto documenti che era onere delle parti depositare.

Da un lato, infatti, l'art. 87 disp. c.p.c. non prevede la possibilità di depositare documenti durante lo svolgimento delle indagini peritali; e dall'altro la legge, là dove ha inteso concedere al c.t.u. la possibilità di esaminare documenti non regolarmente prodotti in giudizio, l'ha fatto espressamente, come nell'art. 198

c.p.c.. Ed è proprio quest'ultima norma che rende palese come al c.t.u. non sia consentito acquisire documenti non prodotti dalle parti, giacchè se così fosse la previsione speciale di cui all'art. 198 c.p.c. non avrebbe senso alcuno.

Inoltre le suddette "informazioni" possono riguardare solo i fatti secondari e strettamente tecnici, e non i fatti costitutivi della domanda o dell'eccezione; oppure possono avere ad oggetto il riscontro della veridicità dei documenti prodotti dalle parti.

E per uscir dal vago, a mò d'esempio: in un giudizio avente ad oggetto l'accertamento della responsabilità d'un medico per avere malamente interpretato una immagine diagnostica, quest'ultima e il relativo referto saranno "fatti costitutivi" della domanda, in quanto dimostrativi della diligenza o negligenza del sanitario. Per contro, l'accertamento del grado di accuratezza consentito dal macchinario usato per la diagnosi, o la sua tecnica costruttiva, costituiscono "fatti tecnici secondari", come tali accertabili dal c.t.u. richiedendo informazioni alla ditta costruttrice o venditrice.

2. (B) Le deroghe al dovere del c. t. u. di rispetto del principio dispositivo.

Stabilito che il c.t.u., nello svolgimento delle proprie indagini, non possa indagare su fatti mai dedotti dalle parti, nè acquisire documenti non ritualmente prodotti, occorre ora stabilire se tale principio possa soffrire deroghe: vuoi per volontà della legge, vuoi per ordine del giudice, vuoi per mutuo consenso delle parti.

2.1. Sotto il primo profilo (volontà della legge) il principio per cui il c.t.u. non può supplire ai deficit assertivi delle parti non incontra deroghe. Non è infatti mai "impossibile" per la parte esporre al giudicante i fatti costitutivi della domanda o dell'eccezione, e di conseguenza non è mai giustificata la decadenza della parte dall'onere di allegazione dei fatti costitutivi della pretesa.

Il principio per cui il c.t.u. non può supplire ai deficit probatori delle parti incontra invece due deroghe, già ripetutamente ammesse da questa Corte.

La prima deroga ricorre 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-scientifiche. In tal caso è consentito al c.t.u. derogare con le sue indagini al principio dell'onere della prova, indagando su

fatti che sarebbe stato teoricamente onere della parte interessata dimostrare (c.d. consulenza percipiente: ex multis, Sez. 3 -, Ordinanza n. 3717 del 08/02/2019, Rv. 652736 - 01; Sez. 1 -, Ordinanza n. 15774 del 15/06/2018, Rv. 649471 - 01; Sez. 1, Sentenza n. 20695 del 10/09/2013, Rv. 627911 - 01; Sez. U, Sentenza n. 9522 del 04/11/1996, Rv. 500292 - 01).

La seconda deroga, cui si è già fatto cenno, riguarda i 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 (Sez. 1 -, Ordinanza n. 15774 del 15/06/2018, Rv. 649471 - 01).

Si è esemplificativamente ammesso, a tal fine, che il c.t.u. possa acquisire di sua iniziativa "delibere comunali dalle quali estrarre il coefficiente per determinare il canone di locazione; la documentazione relativa ai piani regolatori; i dati riscontrabili relativi al valore dei terreni espropriati per verificare che l'indennità di esproprio sia stata correttamente quantificata" (Sez. 3, Sentenza n. 12921 del 23/06/2015, Rv. 635808 - 01).

2.2. Ai limiti imposti all'attività del c.t.u. dal principio dispositivo e dalle preclusioni istruttorie non è invece possibile derogare nè per ordine del giudice, nè per volontà delle parti.

Sotto il primo profilo, il giudice non potrebbe attribuire al c.t.u. poteri che egli stesso non ha: e dunque sarebbe nulla l'ordinanza istruttoria con la quale si autorizzasse il c.t.u. ad indagare su fatti mai dedotti dalle parti, a raccogliere le prove di fatti che era onere delle parti provare, ad acquisire documenti dalle parti quando siano ormai spirati i termini per le produzioni documentali. Infatti, così come tali attività sarebbero precluse al giudice se intendesse compierle, a fortiori saranno interdette al c.t.u..

Sotto il secondo profilo, v'è da rilevare che i termini stabiliti dall'art. 183 c.p.c., comma 6, per la modifica delle domande e delle eccezioni, oppure per la produzione di documenti, sono espressamente definiti dalla legge "perentori": e la violazione dei termini perentori non è sanabile dal consenso o dall'acquiescenza delle parti, trattandosi di termini dettati nell'interesse generale alla sollecita definizione dei giudizi (ex multis, Sez. 5, Sentenza n. 1771 del 30/01/2004, Rv. 569806 - 01).

3. (C) Nullità e sanatoria della consulenza.

3.1. Si sono già esposte le ragioni per le quali deve ritenersi vietato al c.t.u. allargare il thema decidendum o supplire alle decadenze istruttorie delle parti, nonchè le eccezioni a tale principio.

Resta ora da esaminare quali siano le conseguenze di una eventuale violazione, da parte del c.t.u., dei suddetti principi.

Su tale questione esiste un risalente orientamento di questa Corte, secondo cui le nullità in cui dovesse incorrere il c.t.u., acquisendo dalle parti o da terzi documenti mai in precedenza prodotti, in violazione del principio dispositivo, sono irrilevanti in due casi:

-) o quando le parti vi consentano (talune delle decisioni che aderiscono a questo orientamento, ma non tutte, aggiungono altresì la necessità della "autorizzazione del giudice");

-) oppure quando la relativa eccezione di nullità non sia sollevata nella prima difesa successiva al compimento dell'atto nullo (ex aliis, Sez. 2, Sentenza n. 12231 del 19/08/2002, Rv. 556941 - 01; Sez. 2, Sentenza n. 5422 del 15/04/2002, Rv. 553737 - 01; Sez. L, Sentenza n. 3743 del 26/06/1984, Rv. 435729 - 01; Sez. 1, Sentenza n. 5408 del 19/08/1983, Rv. 430331 - 01; Sez. 1, Sentenza n. 1058 del 14/02/1980, Rv. 404533 - 01; Sez. 1, Sentenza n. 1207 del 23/02/1979, Rv. 397427 - 01).

3.2. Ritiene questo Collegio giudicante che tale orientamento, a causa del mutamento del quadro normativo intervenuto rispetto all'epoca in cui esso sorse, debba oggi essere precisato e, in parte, superato.

Il principio secondo cui le nullità della consulenza restano sanate, se non eccepite nella prima difesa utile, venne in origine affermato con riferimento sempre e soltanto ad un tipo di nullità ben precisa: quella derivante dall'omissione dell'avviso ad una delle parti della data di inizio delle operazioni peritali (si vedano le fattispecie decise dalle sentenze c.d. "capostipiti": Sez. 2, Sentenza n. 1421 del 08/06/1962, Rv. 252275 - 01; Sez. 1, Sentenza n. 2422 del 07/08/1962, Rv. 253608 - 01; Sez. 2, Sentenza n. 270 del 13/02/1963, Rv. 260348 01; Sez. 1, Sentenza n. 2922 del 30/10/1963, Rv. 264524 - 01; Sez. 2, Sentenza n. 606 del

17/03/1964, Rv. 300803 - 01; Sez. 2, Sentenza n. 607 del 08/04/1965, Rv. 311136 - 01).

Quel principio, con riferimento al suddetto tipo di nullità, era ovviamente ineccepibile: l'omesso avviso alle parti del giorno di inizio delle operazioni peritali viola infatti il diritto di difesa, e della violazione di tale diritto non può che dolersi chi ne sia titolare, e farlo nella prima difesa utile, secondo la disciplina delle nullità relative.

In prosieguo di tempo, però, quel principio venne esteso anche ad altre ipotesi di nullità della consulenza: ed in particolare al caso di svolgimento di indagini peritali su fatti estranei al thema decidendum o, più spesso, di acquisizione da parte del c.t.u. di documenti non ritualmente prodotti dalle parti (la prima sentenza massimata in tal senso è Sez. 2, Sentenza n. 1985 del 11/09/1965, Rv. 313779 - 01; la seconda Sez. 3, Sentenza n. 517 del 14/02/1968, Rv. 331593 - 01).

Quando avvenne questa estensione del principio, però, il processo civile ancora non prevedeva le preclusioni assertive ed istruttorie introdotte dalla L. 26 novembre 1990, n. 353. In quel sistema processuale, pertanto, non era incongruo ritenere che anche questo tipo di nullità fosse sanabile dall'acquiescenza delle parti, perchè in quel tipo di processo tutte le nullità istruttorie non potevano che essere relative, non prevedendo la legge alcun termine perentorio per compierle.

Accadde così che, al momento dell'introduzione nel processo civile delle preclusioni assertive ed istruttorie, l'affermazione secondo cui "tutte" le nullità della c.t.u. sono relative, e vanno eccepite nella prima difesa utile, era ormai divenuta una massima così tralatizia e stereotipa, che non ne fu indagata la coerenza col nuovo sistema processuale. Coerenza che deve invece negarsi, per evidenti ragioni di sistema.

3.3. Questa Corte, intatti, ha ripetutamente affermato che;e norme te quali prevedono preclusioni assertive od istruttorie nel processo civile sono preordinate a tutelare interessi generali, e che la loro violazione è sempre rilevabile d'ufficio, anche in presenza di acquiescenza della parte legittimata a dolersene (ex multis, Sez. 3, Ordinanza n. 16800 del 26/06/2018, Rv. 649419 - 01; Sez. 3, Sentenza n. 7270 del 18/03/2008, Rv. 602625 - 01).

Se dunque la violazione delle preclusioni assertive ed istruttorie non è sanata dall'acquiescenza delle parti, ed è rilevabile d'ufficio, non è possibile continuare a sostenere che tali violazioni nuocciano all'interesse generale, e siano causa di nullità assoluta, se commesse dalle parti; ledano invece un interesse particolare, e siano causa d'una mera "nullità relativa", se commesse dal c.t.u..

Non v'è dubbio che molte delle nullità in cui possa incorrere l'ausiliario conservino la natura di nullità relative (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), come tali sanabili se non eccepite nella prima difesa successiva al compimento dell'atto nullo.

Tra queste nullità, però, non possono più farsi rientrare quelle consistite nella violazione, da parte del c.t.u., del principio dispositivo, commessa vuoi indagando su fatti mai prospettati dalle parti, vuoi acquisendo da queste ultime o da terzi documenti che erano nella disponibilità della parti, e che non furono tempestivamente prodotti.

Quest'ultimo tipo di nullità, infatti, consiste nella violazione di norme (gli artt. 112, 115 e 183 c.p.c.) dettate a tutela di interessi generali, come sopra ricordato: si tratta dunque di nullità assolute e non relative; non sanabili dall'acquiescenza delle parti; sempre rilevabili d'ufficio (salvo il giudicato), a nulla rilevando che non siano state eccepite nella prima difesa successiva al compimento dell'atto nullo.

4. Debbono dunque affermarsi, in conclusione di quanto sin qui esposto, i seguenti principi di diritto:

(a) il c.t.u. non può indagare d'ufficio su fatti mai ritualmente allegati dalle parti;

(b) il c.t.u. non può acquisire di sua iniziativa la prova dei fatti costitutivi della domanda o dell'eccezione, nè acquisire dalle parti o da terzi documenti che forniscano quella prova; a tale principio può derogarsi soltanto quando la prova del fatto costitutivo della domanda o dell'eccezione non possa oggettivamente essere fornita coi mezzi di prova tradizionali;

(c) il c.t.u. può acquisire dai terzi soltanto la prova di fatti tecnici accessori e secondari, oppure elementi di riscontro della veridicità delle prove già prodotte dalle parti;

(d) i principi che precedono non sono derogabili per ordine del giudice, nè per acquiescenza delle parti;

(e) la nullità della consulenza, derivante dall'avere il c.t.u. violato il principio dispositivo o le regole sulle acquisizioni documentali, non è sanata dall'acquiescenza delle parti ed è rilevabile d'ufficio.

5. I principi appena esposti non sono stati rispettati dalla sentenza d'appello.

In punto di fatto, è pacifico tra le parti che:

-) il consulente tecnico d'ufficio nominato in grado di appello, non reperendo nei fascicoli delle parti la "documentazione sanitaria", ne chiese di sua iniziativa copia integrale all'Azienda Ospedaliera, e la ottenne;

-) i documenti ottenuti dall'Azienda, ed in particolare due cartelle cliniche, non sono state allegate alla relazione di consulenza;

-) l'acquisizione è avvenuta al di fuori di qualsiasi contraddittorio.

Ha altresì dedotto la parte ricorrente - con affermazione non contrastata dall'Azienda controricorrente - che le due cartelle cliniche acquisite dal consulente direttamente dall'Azienda Ospedaliera erano difformi dalle copie depositate dall'attrice (odierna ricorrente) nel giudizio di primo grado.

Ebbene, chiamata a valutare la legittimità processuale dell'operato del c.t.u., la Corte d'appello non ha ravvisato in essa alcuna irregolarità, in base a due ragioni:

-) sia perchè il c.t.u. era stato autorizzato ad acquisire documenti dall'Azienda Ospedaliera;

-) sia perchè, anche in assenza di autorizzazione, ciò gli era consentito dall'art. 194 c.p.c..

Tali affermazioni, tuttavia, alla luce dei principi precedentemente esposti non possono essere condivise.

Da un lato, infatti, per quanto detto il giudice non può autorizzare il consulente ad acquisire documenti in deroga al principio dispositivo od alle preclusioni assertive ed istruttorie. La Corte d'appello, dunque, dinanzi all'eccezione di irrituale acquisizione di documenti da parte del c.t.u., non poteva limitarsi a rilevare se vi essa avvenne con l'autorizzazione del giudice, ma doveva accertare se i documenti acquisiti direttamente dal c.t.u. rientrassero nel novero di quelli per i quali l'acquisizione diretta è consentita, secondo i principi esposti in precedenza.

In secondo luogo, anche ad ammettere che il consulente volle acquisire di sua iniziativa la cartella clinica al solo scopo di verificare la genuinità della copia di essa prodotta dall'odierna ricorrente nei gradi di merito, tale acquisizione sarebbe dovuta avvenire nel processo e con le regole del processo, e quindi sottoponendo il risultato dell'acquisizione al dibattito processuale; nè la Corte d'appello avrebbe potuto sottrarsi al potere-dovere di accertare se effettivamente sussistesse la denunciata diversità tra la cartella prodotta dalla parte attrice e quella acquisita dal c.t.u. di sua iniziativa.

La sentenza va dunque, su questo punto, cassata con rinvio.

La Corte d'appello di Perugia, nel tornare ad esaminare le doglianze dell'appellante, applicherà i principi riassunti supra, al p. 4 della presente motivazione.

6. Il secondo motivo di ricorso.

6.1. Col secondo motivo la ricorrente lamenta la violazione degli artt. 194 e 195 c.p.c..

Sostiene che erroneamente la Corte d'appello ha rigettato l'eccezione di nullità della consulenza tecnica. Tale nullità, secondo la ricorrente, deriverebbe dalla circostanza che la Corte d'appello, allorchè per la terza volta prorogò il termine per il deposito della relazione da parte del c.t.u., non fissò alle parti alcun termine per il deposito di note, secondo lo schema previsto dall'art. 195 c.p.c..

6.2. Il motivo è fondato.

Dopo la riforma dell'art. 195 c.p.c., la legge attribuisce alle parti un termine ad hoc per contrastare le opinioni del consulente tecnico d'ufficio.

Nel caso di specie, l'odierna ricorrente non ha beneficiato di tali termini.

Nè rileva la circostanza che la ricorrente abbia potuto svolgere le proprie difese nella comparsa conclusionale, dal momento che nel sistema della legge la comparsa conclusionale è un atto difensivo che si aggiunge a quello previsto dall'art. 195 c.p.c., e non vi si sostituisce.

Nei caso di specie, pertanto, la parte odierna ricorrente è stata privata dalla Corte d'appello della possibilità di compiere un atto difensivo: di qui la sussistenza della nullità.

7. Il terzo motivo di ricorso.

7.1. Col terzo motivo la ricorrente lamenta formalmente la violazione dell'art. 115 c.p.c. "in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 5".

Il motivo, pur formalmente unitario, contiene tre censure così riassumibili:

- a) la Corte d'appello ha rigettato la domanda di risarcimento del danno da violazione del dovere di informare la paziente, nonostante nella documentazione in atti mancasse qualsiasi prova di un valido consenso informato;
- b) che la paziente non fosse stata mai informata era circostanza non contestata dall'azienda ospedaliera;
- c) la Corte d'appello ha pronunciato ultra petita perchè l'odierna ricorrente non aveva mai chiesto una pronuncia di condanna al risarcimento del danno, ma solo di accertamento della mancanza di consenso informato.

7.2. La prima delle suddette censure resta assorbita dall'accoglimento del primo motivo di ricorso.

La seconda censura è invece inammissibile, perchè non riassume nè trascrive i termini in cui l'Azienda ospedaliera formulò le proprie difese e le proprie conclusioni nel primo grado di giudizio, in violazione dell'onere richiesto, a pena di inammissibilità, dall'art. 366 c.p.c., n. 6.

La terza censura è manifestamente infondata, perchè è la stessa ricorrente, a pagina 33, quarto capoverso, del ricorso, ad ammettere di avere formulato una "domanda risarcitoria".

Ad abundantiam, rileva la Corte che in ogni caso il motivo è anche inammissibile per difetto di interesse, giacchè avendo la Corte d'appello rigettato una domanda di risarcimento del danno, in tale statuizione è implicito l'accertamento della insussistenza della violazione del diritto all'informazione.

8. Le spese.

Le spese del presente giudizio di legittimità saranno liquidate dal giudice del rinvio.

P.Q.M.

la Corte di cassazione:

(-) accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e rinvia la causa alla Corte d'appello di Perugia, in diversa composizione, cui demanda di provvedere anche sulle spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Terza Sezione civile della Corte di cassazione, il 30 settembre 2019.

Depositato in Cancelleria il 6 dicembre 2019
