

Il riesame delle attività del consulente tecnico d'ufficio operato dalle Sezioni Unite della Suprema Corte

Nota di Alberto Polotti di Zumaglia

\$\$\$\$\$\$\$\$

Sommario: 1) *Il contrasto di giurisprudenza portato all'attenzione delle Sezioni Unite* 2) *La pronuncia delle Sezioni Unite.* 3) *Le argomentazioni adottate dalle Sezioni Unite.* 4) *In particolare la questione delle preclusioni istruttorie.* 5) *Il tipo di nullità conseguente all'inosservanza delle preclusioni.* 6) *Riflessi sul piano pratico dell'attuale decisione.*

\$\$\$\$\$\$\$\$

1) Il contrasto di giurisprudenza portato all'attenzione delle Sezioni Unite

Con ordinanza n. 9811 del 14/4/2021 la Seconda Sezione della Corte di Cassazione ha rilevato un contrasto di giurisprudenza in ordine ad ipotesi di nullità della consulenza tecnica di ufficio e sollecitato l'intervento delle Sezioni Unite per una soluzione della medesima.

La questione è sorta in particolare in ordine alla natura della CTU e sul conseguente rilievo d'ufficio o su istanza di parte di sue eventuali nullità.

Si rileva in detta ordinanza che secondo un orientamento ritenuto tradizionale tutte le ipotesi di nullità della consulenza tecnica dovute all'allargamento dell'indagine tecnica oltre i limiti delineati dal giudice o consentiti dalla legge, nonché quelle rappresentate dal fatto che il consulente abbia tenuto conto di documenti non ritualmente prodotti in causa hanno sempre carattere relativo e devono essere fatte valere alla prima udienza successiva al deposito della relazione restando altrimenti sanate. Viene quindi richiamata la copiosa giurisprudenza che nel corso degli anni si è pronunciata in tal senso.

Si rileva poi che al predetto orientamento risulta essersi contrapposta altra decisione (Cass. Civ. Sez. III, 6/12/2019 n. 31886) per la quale lo svolgimento di indagini su fatti estranei al thema decidendum della controversia o l'acquisizione da parte del consulente di elementi di prova per la cui acquisizione sia maturata una preclusione comporta invece una nullità a carattere assoluto rilevabile d'ufficio e non sanabile per acquiescenza delle parti, e ciò perchè le norme che stabiliscono preclusioni nel processo civile sono ora preordinate alla tutela di interessi generali, non derogabili dalle parti.

A rigore i richiami in giurisprudenza sulla questione portata all'attenzione delle Sezioni Unite avrebbero potuto risultare più complessi, posto che, come attentamente rilevato nella predetta sentenza n. 31886/2019, oltre all'orientamento definito tradizionale nell'ordinanza in precedenza richiamata, si possono trovare altri due orientamenti per i cui richiami in giurisprudenza si rinvia alla richiamata sentenza

Si ricorda infatti esistere un orientamento che distingue l'ipotesi in cui al consulente è demandato il compito di valutare i fatti già accertati dal giudice o incontrovertibili tra le parti e cioè il caso della consulenza deducibile da 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 come avviene nella consulenza percipiente.

Nel primo caso il ctu può valutare i fatti i cui elementi siano già stati dimostrati, mentre nel secondo la sua attività non incontrerebbe alcun limite nell'accertamento dei fatti, ivi compresi quelli costitutivi della pretesa attorea.

Altro orientamento ritiene invece che il ctu non possa mai indagare su questioni non prospettate dalle parti perché violerebbe il principio che addossa alle stesse l'onere di allegazione dei fatti ed impedisce al giudice di indagare su questioni non prospettate in causa. Pertanto, anche nel caso di consulenza percipiente il consulente potrebbe compiere indagini esplorative ed accertare di sua iniziativa fatti materiali solo in due casi e cioè quando si tratti di fatti accessori e rientranti nell'ambito strettamente tecnico della consulenza con esclusione dei fatti costitutivi delle domande e delle eccezioni e quando l'indagine del consulente sia necessaria per riscontrare la veridicità dei fatti allegati dalle parti o l'attendibilità dei mezzi di prova da esse offerti.

E la sentenza n. 31886/2019 ritiene con esaurienti e corrette argomentazioni che l'orientamento preferibile sia quest'ultimo perché coerente con i principi di parità delle parti di fronte al giudice, nonché coerente con la necessità di una ragionevole durata del processo e comunque più aderente ad una interpretazione corretta dell'art 194 c.p.c. ed al rispetto delle preclusioni stabilite dall'art.183 c.p.c.

2) La pronuncia delle Sezioni Unite.

A fronte del così evidenziato contrasto di giurisprudenza le Sezioni Unite della Corte di Cassazione si sono ora pronunciate con sentenza n. 3086 del 1/2/2022 che, dopo complesse argomentazioni svolte in ben 52 pagine ha pronunciato i seguenti principi di diritto: *“ In materia di consulenza tecnica d'ufficio, il consulente nominato dal giudice, nei limiti delle indagini commessegli e nell'osservanza del contraddittorio delle parti può accertare tutti i fatti inerenti all'oggetto della lite il cui accertamento si rende necessario al fine di rispondere ai quesiti sottopostigli, a condizione che non si tratti dei fatti principali che è onere delle parti allegare a fondamento della domanda o delle eccezioni e salvo, quanto a queste ultime, che non si tratti di fatti principali rilevabili d'ufficio.*

In materia di consulenza tecnica d'ufficio il consulente nominato dal giudice, nei limiti delle indagini commessegli e nell'osservanza del contraddittorio può acquisire, anche prescindendo dall'attività di allegazione delle parti non applicandosi alle attività del consulente le preclusioni istruttorie vigenti a carico delle parti, tutti i documenti che si rende necessario acquisire al fine di rispondere ai quesiti sottopostigli a condizione che essi non 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.

In materia di esame contabile ai sensi dell'art.198 cod. proc. civ. 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 che si rende necessario acquisire al fine di rispondere ai quesiti sottopostigli, anche se essi siano diretti a provare i fatti principali posti dalle parti a fondamento della domanda e delle eccezioni.

In materia di consulenza tecnica d'ufficio, l'accertamento di fatti diversi dai fatti principali dedotti dalle parti a fondamento della domanda o delle eccezioni e salvo, quanto a queste ultime che non si tratti di fatti principali rilevabili d'ufficio, o l'acquisizione nei predetti limiti di documenti che il consulente nominato dal giudice accerti o acquisisca al fine di rispondere ai quesiti sottopostigli in violazione del contraddittorio delle parti è fonte di nullità relativa rilevabile ad iniziativa di parte nella prima difesa o istanza successiva all'atto viziato o alla notizia di esso.

In materia di consulenza tecnica d'ufficio, l'accertamento di fatti principali diversi da quelli dedotti dalle parti a fondamento della domanda o delle eccezioni e salvo, quanto a queste ultime che non si

tratti di fatti principali rilevabili d'ufficio che il consulente nominato dal giudice accerti nel rispondere ai quesiti sottopostigli viola il principio della domanda ed il principio dispositivo ed è fonte di nullità assoluta rilevabile d'ufficio o, in difetto, di motivi di impugnazione da farsi a valere ai sensi dell'art.161 cod. proc. civ."

Il caso di specie riguardava tra l'altro l'argomento della CTU contabile ma in sentenza si è anche provveduto ad un riesame generale dei compiti del Consulente tecnico d'ufficio, delle eventuali nullità in cui può incorrere il suo elaborato e delle conseguenze di tali nullità.

Detta sentenza procede quindi ad una accurata disamina della CTU e dei compiti del consulente con complesse argomentazioni che finiranno per avere ripercussioni anche sul piano pratico.

3) Le argomentazioni adottate dalle Sezioni Unite.

L'iter argomentativo esposto in tale sentenza, al fine di sciogliere il dubbio se le nullità della ctu conseguenti in particolare all'utilizzo di documenti non ritualmente prodotti od all'aver indagato su fatti estranei siano assolute o relative, pur nella sua complessità, si svolge con riferimento all'interpretazione ivi adottata delle norme che regolamentano i poteri del consulente ed il regime delle preclusioni

Anzitutto viene puntualizzata la posizione del consulente identificato come un ausiliario del giudice che quest'ultimo nomina quando ritiene di doversi avvalere di particolari cognizioni tecniche ad esso ignote. Di conseguenza, le indagini che il consulente è incaricato di svolgere sarebbero quelle stesse indagini che il giudice non avrebbe bisogno di richiedere se disponesse delle particolari conoscenze tecniche necessarie nel caso specifico. Ulteriore conseguenza sarebbe poi che il se il giudice ed il consulente possono svolgere le indagini insieme, quando il consulente le svolge da se solo non svolge delle indagini diverse da quelle che il giudice avrebbe potuto svolgere senza di lui.

Pertanto come il giudice, il consulente non può andare ultra petita per cui, pur potendo acquisire a sensi dell'art. 194 c.p.c. tutti gli elementi che gli servono per rispondere al quesito del giudice, non può accertare i fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni proposte dalle parti.

E tale limite sarebbe operante con riferimento ai soli fatti principali e cioè quei fatti che nel rispetto del principio della domanda possono essere introdotti nel processo solo ad iniziativa delle parti, mentre ne sarebbero esclusi i fatti secondari e cioè quelli che sono privi di efficacia probatoria diretta ma sono funzionali alla dimostrazione dei fatti principali.

Di conseguenza, in forza del potere attribuitogli, il Ctu cui è consentito di indagare anche sui fatti accessori nei limiti dei quesiti sottopostigli, potrebbe estendere il proprio giudizio ai fatti, che se pur non dedotti dalle parti, siano pubblicamente consultabili, come pure potrebbe accertare quei fatti accessori che, pur non costituendo oggetto di espressa indicazione, risultino in qualche modo ricompresi nelle allegazioni delle parti quando il fatto accessorio accertato corrobori indirettamente l'assunto fatto valere con la domanda o con l'eccezione.

E ciò viene meglio precisato anche con il richiamo alla giurisprudenza lavoristica laddove è stato rilevato che "*...i poteri istruttori ufficiosi ivi accordati al giudice dall'art. 421 cod proc. civ. , sono esercitabili, tra l'altro, ... solo al ricorrere dei presupposti di coerenza rispetto ai fatti allegati dalle parti Cass. Sez. IV 10/12/2019 n. 32265*"

Quanto sin qui precisato viene peraltro integrato dalle Sezioni Unite con il richiamo alla necessità di assicurare un'effettiva tutela al diritto di difesa delle parti previsto dall'art. 24 Costit. nell'ambito del rispetto dei principi del giusto processo di cui all'art. 111 comma 2 Cost.

Tanto comporterebbe “... *l’attribuzione di una maggior rilevanza allo scopo del processo che non è e non può essere rigida applicazione di regole, segnatamente, di ordine formale che quel diritto ingiustamente penalizzino, ma deve mirare a garantire attraverso una pronuncia sul merito della contesa, l’interesse delle parti al conseguimento di una decisione per quanto più possibile giusta.*”

A questo punto ci si pone un dubbio sull’interpretazione che potrebbe sorgere dall’impostazione che le SS.UU. hanno adottato sui poteri del Ctu e che sin qui si è cercato di riassumere, posto che nella pratica ci si potrebbe trovare di fronte a casi molto particolari come quello risolto dal Tribunale di Paola con la sentenza n. 684/2021 (commentata in Studio Cataldi del 14/2/2022). Nel caso di specie si trattava di giudizio di risarcimento per danni da cosa in custodia e l’attore sosteneva di aver patito danni per una cosa di un condominio; sostenuta la presenza del danno fisico l’attore stesso chiedeva disporsi CTU per la quantificazione del medesimo. Il Tribunale respingeva però la domanda asserendo non essere stata fornita la prova appunto del danno.

Ma se il CTU può accertare quei fatti accessori che risultino in qualche modo ricompresi nelle allegazioni delle parti quando il fatto accessorio accertato corrobora indirettamente l’assunto fatto valere con la domanda o con l’eccezione ci si potrebbe chiedere se in un caso del genere, ove l’attore avesse anche solo prodotto un referto medico, il giudice avrebbe potuto, riconoscendo i predetti poteri al CTU, dargli l’incarico di quantificare il danno come richiesto dall’attore. Verrebbe però da pensare che così facendo i poteri del CTU possano risultare più ampi di quelli del giudice. E per contro, si potrebbe prospettare l’ipotesi in cui il giudice attraverso il ctu ed i suoi poteri di indagine, si prepari il materiale probatorio sufficiente per motivare la sua sentenza addirittura al di là delle difese delle parti.

Di fatto i poteri del consulente vengono ampliati notevolmente riconoscendogli il potere, nel contraddittorio delle parti, di estendere le sue indagini oltre quanto risulta prodotto in causa.

4) In particolare la questione delle preclusioni istruttorie.

Altra questione affrontata dalle SS.UU. è quella relativa all’applicabilità anche all’attività del CTU delle preclusioni processuali imposte alle parti.

In punto è appena il caso di ricordare che Cass. n. 31886/2019 si era pronunciata nel senso dell’applicabilità delle presunzioni anche all’operato del CTU e ciò perché se “... *fosse consentito al consulente tecnico di acquisire dalle parti o da terzi documenti anche dopo lo spirare delle preclusioni istruttorie, si porrebbe di fatto ad un’interpretatio abrogans dell’art 183 comma 6 cod. proc. civ.*” Si finirebbe in tal modo di violare il principio della parità delle parti e di determinare un allungamento dei tempi processuali, non potendo negarsi alle parti stesse, di fronte ad acquisizioni documentali effettuate dal consulente di propria iniziativa il diritto alla controprova, e ciò potrebbe essere in contrasto con le richieste da più parti avanzate di rendere i processi più veloci.

Le SS.UU. reputano invece di dover prendere le distanze da tale indirizzo e svolgono una serie di complesse argomentazioni dirette ad escludere la nullità assoluta delle acquisizioni di documenti effettuate dopo la scadenza dei termini repertori e che si cercherà di sinteticamente riportare.

Viene anzitutto rilevato, come già detto, che i poteri di cui il consulente tecnico dispone nell’espletamento dell’incarico affidatogli promanano direttamente dal giudice che l’ha nominato e sono perciò esercitabili negli stessi limiti in cui sarebbero esercitabili dal giudice. Pertanto, se la posizione del consulente si mostra più prossima a quella del giudice che non a quella delle parti, ad esso consulente non si dovrebbero applicare le presunzioni previste a carico delle parti.

A sostegno di tale conclusione si richiama soprattutto l'art 421 comma c.p.c. (che regola i poteri istruttori del giudice nelle controversie di lavoro) ed il comma 8 dell'art. 183 c.p.c. *"... dalla cui lettura 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...non operano con riguardo ai mezzi di prova che il giudice, valendosi in tal senso dei poteri riconosciutigli dall'ordinamento, dispone d'ufficio."*

Ulteriore conseguenza di quanto in precedenza rilevato è che se il consulente per quanto riguarda ciò che è oggetto di indagine esercita i medesimi poteri di accertamento che il giudice potrebbe esercitare da se ove disponesse delle necessarie cognizioni tecnico scientifiche, si può anche ritenere che l'attività che il consulente è chiamato a compiere per mandato del giudice *"...non sia del tutto immune dal rifletterne in qualche misura anche le prerogative che questo può esercitare in campo istruttorio in disparte dalle sollecitazioni di parte."*

Riguardo alle prerogative che il giudice può esercitare in istruttoria al di là delle richieste delle parti, si richiamano, in particolare, gli artt.118 e 213 c.p.c. che riguardano rispettivamente l'ordine di ispezione di persone o cose e la richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione e che evidenzerebbero che il giudice possa ricorrere a quanto da dette norme previsto solo quando le parti abbiano esaurito ogni facoltà di prova ad esse concessa dall'ordinamento o i mezzi di prova già richiesti siano stati espletati o perché le stesse siano decadute dal potere di richiederli.

Ed i mezzi istruttori che il giudice può promuovere d'ufficio concorrerebbero a delineare un modello processuale orientato in modo da garantire il primario valore della giustizia della decisione.

Pertanto se i poteri che il consulente tecnico esercita provengono dal giudice che l'ha nominato e sono esercitabili negli stessi limiti in cui avrebbero potuto venir esercitati da quest'ultimo, anche il consulente potrà procedere *"...a quegli approfondimenti istruttori che, prescindendo da ogni iniziativa di parte, nel segno caratterizzante della indisponibilità, appaiono necessari al fine di rispondere ai quesiti"*

Ed allora viene il dubbio che il consulente possa esercitare poteri addirittura più estesi di quelli del giudice, in forza delle proprie cognizioni scientifiche, già solo avvalendosi dei poteri che gli vengono riconosciuti al fine di rispondere in modo completo ai quesiti.

L'impostazione così delineata viene quindi confrontata con la consulenza contabile nella quale, per l'art.198 comma 2 c.p.c. il consulente con il consenso di tutte le parti, può esaminare anche documenti e registri non prodotti in causa ma a patto che si tratti di documenti accessori cioè utili a consentire una risposta più esauriente ai quesiti posti dal giudice.

In tale tipo di consulenza, date le sue particolari caratteristiche, al consulente sarebbe consentito espressamente l'esame di documenti non prodotti dalle parti anche se detti documenti riguardino fatti principali normalmente soggetti ad essere provati dalle parti fermo il principio dell'inderogabilità della domanda.

Si tratta comunque di situazione molto particolare che differisce dalle usuali consulenze tecniche disposte nei giudizi diversi da quelli cui la consulenza contabile si riferisce. Basti pensare che se per analizzare e valutare un documento contabile può essere indispensabile conoscere gli elementi dai quali deriva, e cioè i precedenti conteggi, in una causa, disposta, ad esempio, in un giudizio di responsabilità medica, a fronte della produzione di una cartella clinica si dovrà procedere ad una attenta valutazione delle annotazioni della stessa al fine di accertare la sua valenza come elemento di

prova della pretesa di chi ne ha proposto l'acquisizione tardiva ed analogo discorso potrebbe farsi a fronte dell'acquisizione di una lastra radiografica; si tratta quindi di fare un'operazione valutativa ben diversa a quella di risalire agli elementi del documento da esaminare come è nella ctu contabile.

5) Il tipo di nullità conseguente all'inosservanza delle preclusioni.

Per risolvere la questione posta dall'ordinanza interlocutoria e cioè se l'acquisizione da parte del consulente tecnico di documenti non ritualmente prodotti dalle parti comporti una nullità relativa e quindi sanabile se non eccepita alla prima udienza successiva al deposito della consulenza od assoluta, le SS.UU. richiamano anzitutto il sistema delle invalidità processuali di cui agli artt. 156 e seguenti c.p.c. ritenendo di confermare l'orientamento tradizionale assunto dalla giurisprudenza di legittimità secondo cui i vizi che riguardano l'operato del CTU sono fonte di nullità relativa potendo ad essi applicarsi il comma 2 dell'art. 157 c.p.c.

Si pone in sostanza l'accento sulla necessità che l'attività del consulente tecnico si svolga nel rispetto del contraddittorio delle parti, al fine di rendere una consulenza il più possibile aderente alla realtà e tale da rispondere nel modo più completo ai quesiti posti dal giudice anche superando i limiti posti dalle preclusioni previste invece dal codice.

Senza voler ovviamente contestare quanto deciso dalle SS.UU. cui ci si dovrà adeguare per l'alta funzione da esse svolta, ci si permette di osservare che la sentenza n. 31886/2019, dalla quale le SS.UU. dichiarano di discostarsi, prendeva in considerazione il rigore formale delle preclusioni istruttorie, mentre le SS.UU. danno maggior rilievo solo all'attività del consulente ed al fine che quest'ultimo deve raggiungere con le risposte che deve fornire al giudice.

Si rileva allora che si vengono a porre in contrasto due diversi piani e cioè quello delle preclusioni istruttorie e quello delle funzioni della ctu, e la soluzione adottata pare essere stata quella di privilegiare la posizione relativa alla funzione della ctu il che potrebbe destare qualche perplessità se si considera il riferimento alla perentorietà nelle norme ora esistenti in argomento. In sostanza pare che un conto debbano essere gli oneri e gli obblighi posti dalle norma procedurali alle parti e la loro valenza ed un altro, il compito di chiarire al giudice la situazione portata al suo esame.

La soluzione adottata dalle SS.UU. viene ad ogni buon conto motivata con il riferimento a diverse norme il che non necessariamente può convincere.

Pare infatti che una cosa dovrebbe essere il regime delle formalità poste anche a tutela della regolarità e soprattutto della celerità del processo ora sempre più insistentemente richieste, ed un'altra, la necessità di una ctu. il più possibile completa e tale da meglio rispondere ai quesiti del giudice, risultato questo che potrebbe essere pur sempre raggiunto con diligenti e tempestive difese e produzioni allegate dalle parti nei termini di legge a suo tempo introdotti con gli interventi legislativi.

Non si dimentichi d'altronde che il processo civile è pur sempre ad iniziativa delle parti che devono tempestivamente attrezzarsi per produrre completi atti istruttori a comprova delle proprie difese e non dovrebbero approfittare della ctu. per ovviare a proprie negligenze o ritardi a discapito della durata dei processi. E ciò anche se il fine del processo deve pur sempre essere quello di far risaltare per il possibile la situazione reale descritta dalle parti e per la quale è sorto il giudizio.

Affermano poi le SS.UU. che se il consulente può estendere le proprie investigazioni a fatti e documenti non acquisiti al processo per iniziative delle parti, deve pur sempre rispettare i limiti segnati dalla domanda e quindi dai fatti principali dedotti dall'attore a suo fondamento, limiti che

costituiscono un vincolo insormontabile anche per il giudice e che sono alla base del principio dispositivo previsto dall'ordinamento.

Come conseguenza di quanto appena affermato le SS.UU. riconoscono poi che quando *“...la consulenza affidata al perito indagli su temi estranei all'oggetto della domanda e pervenga pure al risultato di stimare la fondatezza della pretesa esercitata dall'attore in base a fatti diversi da quelli allegati introduttivamente dal medesimo, l'accertamento così operato si colloca al di fuori dei limiti della domanda e contrasta dunque, con essa, scaturendone perciò una ragione di nullità che, in quanto afferente alla sfera dei poteri legittimamente esercitabili dal giudice, è rilevabile d'ufficio o che diversamente può farsi valere quale motivo di impugnazione ai sensi dell'art. 161 cod. proc. civ.”*

Il complesso iter motivazionale percorso dalle SS.UU. per giungere ai principi di diritto sopra riportati può essere così diviso e sintetizzato in tre fasi, tralasciando ogni considerazione sulla consulenza contabile per le sue caratteristiche del tutto particolari e cioè:

- 1) si rileva anzitutto che i poteri attribuiti al consulente gli consentono anche di estendere le indagini ed accertare fatti non oggetto di diretta capitolazione di parte od esaminare documenti non introdotti nel giudizio, a condizione però che tali attività non siano dirette ad accertare i fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni formulate dalle parti;
- 2) quando il consulente, acquisisce nel corso della sua attività la cognizione di fatti o di documenti non tempestivamente prodotti dalle parti, non lede un interesse del processo ma lede un interesse primario delle parti posto a tutela del loro diritto di difesa di cui esse possono disporre perché *“...competete solo a loro il potere di farne valere la violazione e di eccepire la nullità dell'atto che ne è conseguenza a mente dell'art 157 comma 2 cod. proc. civ.”* si tratta quindi di nullità relativa;
- 3) quando la consulenza *“... indagli su temi estranei all'oggetto della domanda e pervenga pure al risultato di stimare la fondatezza della pretesa esercitata dall'attore in base a fatti diversi da quelli allegati introduttivamente dal medesimo, l'accertamento così operato si colloca al di fuori dei limiti della domanda e. contrasta dunque con essa, scaturendone perciò una ragione di nullità che, in quanto afferente alla sfera dei poteri legittimamente esercitati dal giudice, è rilevabile d'ufficio o che, diversamente può farsi valere quale motivo di impugnazione ai sensi dell'art.161 cod. proc. civ.”*

6) Riflessi sul piano pratico dell'attuale decisione.

Una puntuale, e bisogna dire anche ben motivata osservanza delle preclusioni istruttorie quale descritta nella recente giurisprudenza, (Cass. n. 31886/2019) dalla quale le SS.UU. hanno ritenuto di discostarsi con la qui annotata decisione aveva se non altro semplificato il lavoro del consulente il cui elaborato doveva essere rigorosamente basato solo sulle difese svolte dalle parti e su quanto da esse prodotto nei termini. In sostanza, le parti si ponevano come gli attori principali del processo nella giusta osservanza dei limiti posti dalle domande e pare sia anche invalsa l'abitudine degli avvocati di uniformarsi alle regole procedurali a tutto vantaggio di una semplificazione del lavoro del consulente e di una minor presenza di intoppi con possibili prolungamenti dei tempi dei processi.

Ora il consulente si trova in una posizione certo diversa dato l'ampio raggio di indagine che gli viene riconosciuto e data anche la possibilità di accettare produzioni tardive.

Ed allora si potrebbe ad esempio verificare la seguente situazione:

- a) una parte sostiene nel corso della ctu., che devono essere avviate determinate indagini su di una particolare situazione, indagini che, a suo avviso, porterebbero ad un sicuro accoglimento della sua domanda; il consulente, però, si rifiuta considerando dette indagini estranee alla domanda svolta da detta parte e magari dirette a dimostrare proprio i fatti principali che dovevano essere dimostrati dalla stessa;
- b) la relazione poi depositata dal consulente si presenta in modo ineccepibile e correttamente motivata in base alla documentazione presa in considerazione ed il giudice non ravvisando alcun motivo di critica basa la sentenza su detta relazione respingendo la domanda; analogo discorso potrebbe farsi con riferimento a produzioni tardive;
- c) la parte a fronte della sentenza sfavorevole imputa al consulente di avergli provocato un danno per aver leso i suoi diritti non adeguatamente presi in considerazione e comunque per costringerlo ad affrontare l'alea e le spese di un gravame ed invoca il secondo comma dell'art 61 c.p.c. che prevede nella sua ultima alinea che il consulente sia tenuto al risarcimento dei danni provocati alle parti.

E' vero che quanto appena detto rappresenta un'ipotesi puramente teorica e che in ogni caso le eventuali lacune o gli eventuali errori di una ctu comportano un vizio della sentenza o quanto meno della sua motivazione per cui la parte che si considera danneggiata dovrebbe semplicemente proporre il gravame. Peraltro, le ampie possibilità che vengono ora offerte al consulente con la predetta decisione potrebbero anche creare situazioni analoghe o comunque essere fonte di discussioni di nuovo genere.

Pare poi lecito osservare che se il ctu nell'ambito della sua attività indirizzata a rispondere ai quesiti posti dal giudice possa, avvalendosi delle sue conoscenze, avviare anche indagini o ricercare documentazione cui il giudice non avrebbe pensato, si potrebbe pensare che il consulente stesso possa avere poteri più ampi di quelli del giudice. Per di più, lo stesso giudice avvalendosi del consulente potrebbe di fatto prepararsi la sentenza cercando prove al posto delle parti.

Altro motivo di perplessità deriva dal prospettato limite della domanda e dei fatti posti a suo fondamento posto alle indagini del consulente.

Ci si chiede se, nel caso venga sostenuta la responsabilità di un medico o di un ente sanitario invocando un loro inadempimento contrattuale, la produzione, ad esempio, di una lastra attestante la situazione dalla quale originerebbe una responsabilità del convenuto sia possibile anche tardivamente o no. Parrebbe che se si ritiene che quella lastra dimostra la responsabilità del sanitario e che oggetto della domanda sia proprio la responsabilità medica si dovrebbe dare risposta negativa; se invece si ritiene che la domanda riguardava solo il contratto e la sua esecuzione si potrebbe magari dare positiva perché tanto era l'oggetto della domanda.

Il riferimento ai fatti posti a prova delle domande o delle eccezioni formulate dalle parti come limite all'attività del consulente potrebbe anche far sorgere delle difficoltà in alcune situazioni particolari. Si pensi al caso in cui si invochi la responsabilità di un ente sanitario od anche solo di un singolo professionista il quale si difenda proprio escludendo ogni sua responsabilità sostenendo che il suo comportamento è stato conforme alle linee guida per quel determinato caso e solo alla ctu produca una documentazione attestante una precedente situazione del paziente che, evidenziando una sua situazione pregressa, escluda ogni sua responsabilità. Viene allora il dubbio se il consulente possa accettare tale documentazione, documentazione che a rigore avrebbe dovuto essere prodotta nei termini essendo a base proprio delle difese della parte.

Analogo discorso potrebbe farsi in causa per incidente stradale nella quale l'attore produca le foto di un veicolo gravemente incidentato per dimostrare l'esistenza del danno e solo alla ctu il convenuto che contestava sia il fatto che il danno, produca ad esempio documentazione attestante che il veicolo era stato rottamato in data anteriore al sinistro del quale si sta discutendo. Anche qui si verrebbe a discutere di fatti che sarebbero diretti a provare quanto posto a base delle difese del convenuto.

I dubbi già solo sull'identificazione degli elementi di prova che potrebbero venir accolti in sede di ctu oltre i termini di legge potrebbero rendere ancor più difficile il lavoro del consulente posto che, che a seconda dell'interpretazione che si intende dare al nuovo indirizzo assunto dalle SS.UU., si potrebbero considerare non accettabili determinate produzioni od indagini come pure si potrebbe al contrario promuovere l'accoglimento di qualsiasi istanza di parte od indagini ritenute utili al fine del giusto processo.

Per meglio inquadrare le problematiche che possono nella pratica porsi al ctu quando deve operare una distinzione tra fatti costitutivi e fatti accessori al fine di decidere cosa fare nel singolo caso ci si permette di ricordare che fatto costitutivo è quello dal quale le norme riferibili alla fattispecie in esame “...*fanno dipendere o discendere l'esistenza del diritto che viene fatto valere, ossia del fatto che rappresenta la premessa giuridicamente necessaria delle conseguenze che tali norme prevedono*” (v. Onere della prova di M.Taruffo in Digesto Civile)

Fatti secondari sono invece quelli che sono privi di efficacia probatoria diretta ma sono funzionali alla dimostrazione dei fatti principali. Si pensi, ad esempio, al caso in cui un teste deponga sull'esistenza e veridicità di un documento dal quale possa discendere l'accettazione o la reiezione di una domanda il che rappresenta la prova di un fatto principale, e sul caso di un teste che invece si limiti semplicemente a confermare che quel teste poteva essere a conoscenza del fatto testimoniato od al contrario escluda che ne fosse a conoscenza perché magari assente dall'Italia all'epoca del fatto il che rappresenta invece un fatto secondario.

Per venire alla situazione in cui può trovarsi un consulente medico pare logico pensare al danno che l'attore deve dimostrare ad esempio in caso di lesioni con conseguente danno biologico. E' chiaro che il fatto principale sarà l'esistenza e la gravità della lesione che l'attore dovrà dimostrare mentre se si intendesse assumere elementi probatori a dimostrazione delle conseguenze che la lesione ha avuto sul piano dell'esistenza del leso impedendogli magari determinate attività sportive il che comporterebbe un aggravamento del danno biologico riconosciuto, saremmo in presenza di un fatto secondario.

Comunque data la complessità della situazione vedremo se gli ulteriori sviluppi della giurisprudenza meglio chiariranno i comportamenti che i consulenti potranno o non potranno assumere in singoli casi forieri di perplessità.

Allo stato, si può rilevare che l'indirizzo assunto dalle SS.UU. con la suindicata sentenza risulta seguito anche da successiva decisione con la quale si è espressa la seguente massima: “ *In materia di consulenza tecnica d'ufficio, l'accertamento di fatti diversi dai fatti principali dedotti dalle parti a fondamento della domanda o delle eccezioni, e salvo, quanto a queste ultime, che non si tratti di fatti principali rilevabili d'ufficio, o l'acquisizione nei predetti limiti di documenti che il consulente nominato dal giudice accerti o acquisisca al fine di rispondere ai quesiti sottopostigli in violazione del contraddittorio delle parti è fonte di nullità relativa rilevabile ad iniziativa di parte nella prima difesa o istanza successiva all'atto viziato o alla notizia di esso. Laddove, invece nel rispondere ai quesiti sottopostigli dal giudice il consulente accerti fatti principali diversi da quelli dedotti dalle parti a fondamento della domanda o delle eccezioni e salvo, quanto a queste ultime che non si tratti*

di fatti principali rilevabili d'ufficio, si concreta la violazione del principio della domanda e del principio dispositivo e tale vizio è fonte di nullità assoluta rilevabile d'ufficio o, in difetto di motivo di impugnazione da farsi valere ai sensi dell'articolo 161 cod. proc. civ.” (Cass. Civ. Sez. Unite 28/2/2022 n. 6500)

Per completezza si può infine rilevare essere stato rilevato che nel caso in cui le contestazioni e i rilievi critici mossi dalle parti alla consulenza tecnica d'ufficio, ove non integrino eccezioni di nullità relative al procedimento, ex artt. 156 e 157 c.p.c. costituiscono argomentazioni difensive, sebbene non di carattere tecnico –giuridico, che possono essere formulate per la prima volta nella comparsa conclusionale e anche in appello, purché non introducano nuovi fatti costitutivi, modificativi o estintivi, nuove domande o eccezioni o nuove prove ma si riferiscano alla attendibilità e alla valutazione delle risultanze della ctu. e siano volte a sollecitare il potere valutativo del giudice in relazione a tale mezzo istruttorio (Cass. Civ. Sez. Unite 21/2/2022 n. 5624)

Copyright unarca marzo 2022

Riproduzione consentita citando la fonte