

Procedimenti di cognizione e ADR

L'efficacia probatoria dei documenti acquisiti dal CTU

di **Valentina Baroncini**, **Avvocato e Ricercatore di Diritto processuale civile presso l'Università degli Studi di Verona**

Seminario di specializzazione

Mediazione alla luce della riforma cartabia e ultimi decreti attuativi

Scopri di più

Cass., sez. I, 15 dicembre 2023, n. 35175, Pres. Acierno, Est. Russo

[1] Processo civile – Attività del consulente tecnico d'ufficio – Acquisizione di documenti non prodotti dalle parti – Effetti

Massima: *"Il consulente tecnico nominato dal giudice, nei limiti delle indagini commessegli e nell'osservanza del contraddittorio delle parti, può acquisire, anche prescindendo dall'attività di allegazione delle parti (non applicandosi alle attività del consulente le preclusioni istruttorie vigenti a loro carico), tutti i documenti necessari al fine di rispondere ai quesiti sottopostigli, a condizione che 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.*

I vizi che infirmano l'operato del consulente in caso di violazione della norma che gli impone di raccogliere, al fine di utilizzare i documenti così acquisiti ai fini da ultimo indicati, il "previo consenso" delle parti, sono fonte di nullità relativa, ai sensi dell'art. 157, 2°co., c.p.c., della relazione del consulente stesso, la quale, pertanto, dev'essere formalmente eccepita dalla parte nella prima difesa o istanza successiva all'atto viziato o alla notizia dello stesso, con la conseguenza che, se non denunciata nella prima istanza o difesa successiva al deposito della relazione del consulente tecnico d'ufficio tale nullità resta definitivamente sanata".

CASO

[1] Il provvedimento in epigrafe ha deciso una causa avente ad oggetto la contestazione, operata da un cliente, delle condizioni applicate da un istituto di credito al rapporto di conto corrente in essere (in particolare, per capitalizzazione trimestrale degli interessi, applicazione di tassi ultralegali, spese e commissioni non dovute, e arbitraria posticipazione dei giorni di valuta).

All'esito del giudizio di primo grado, l'istituto di credito veniva condannato al pagamento, a favore del correntista, di una somma di denaro a titolo di indebito.

La sentenza veniva appellata dalla banca, ma il gravame veniva respinto, con conferma della decisione di prime cure, sulla base, tra l'altro, dei seguenti motivi: *a)* sebbene l'attore non avesse prodotto i contratti di conto corrente, questi erano stati acquisiti dal consulente tecnico d'ufficio, e contro tale modalità di acquisizione non erano stati sollevati specifici motivi di impugnazione; *b)* a fronte delle contestazioni della banca sulla relazione del consulente tecnico di ufficio, la Corte ne aveva confermato la correttezza.

Avverso tale decisione, l'istituto di credito proponeva ricorso per cassazione di cui, per quanto di interesse nella presente sede, verranno esaminati due motivi: *a)* violazione e falsa applicazione dell'art. 2033 c.c. in relazione all'art. 163 nn. 3) e 4) c.p.c.; in particolare, l'istituto di credito ricorrente osservava che nel giudizio promosso dal cliente, che eserciti l'azione di ripetizione dell'indebito deducendo la contrarietà a norme imperative di determinate condizioni contrattuali, la parte attrice ha l'onere, sotto il profilo delle allegazioni, di specificare la condizione contrattuale asseritamente illegittima e/o di individuare il comportamento illegittimo della banca, quindi il titolo in forza del quale è stata eseguita la rimessa ritenuta indebita; *b)* violazione e falsa applicazione dell'art. 2697 c.c.: la ricorrente deduceva, inoltre, l'errore commesso dalla Corte di Appello, che ha confermato la sentenza del Tribunale nella parte in cui ha ritenuto che il difetto dell'onere della prova incombente sul correntista potesse essere sanato mediante l'acquisizione, d'ufficio, della documentazione bancaria contrattuale e contabile. Invece, secondo la ricorrente, nei rapporti bancari di conto corrente il cliente che agisce in giudizio è tenuto a fornire la prova sia degli avvenuti pagamenti, che della mancanza (rispetto a essi) di una valida *causa debendi* e un eventuale *deficit* probatorio non è sanabile attraverso l'acquisizione dal consulente tecnico d'ufficio della necessaria documentazione.

SOLUZIONE

[1] La Cassazione, all'esito di un esame congiunto di tali motivi di ricorso, ha dichiarato la loro infondatezza.

Il provvedimento ha preliminarmente rilevato l'assoluzione, da parte dell'attore, del proprio onere di allegazione, risultando il *thema decidendum* delineato con riferimento alla assenza di una (valida) base negoziale delle condizioni contrattuali applicate.

Una volta assolto tale onere di allegazione, peraltro, il giudice può rilevare d'ufficio le nullità delle clausole contrattuali: è ciò che, nel caso di specie, si è verificato in prime cure, sulla base di quanto verificato dal consulente tecnico, il quale ha acquisito i relativi contratti. L'onere della prova, dunque, non è stato assolto dall'attore correntista - che avrebbe dovuto produrre i contratti in discorso, ma non lo ha fatto -; tuttavia, il giudice d'appello ha rilevato la loro acquisizione in giudizio tramite l'attività del consulente, idonea ad attrarre tali contratti al materiale probatorio di causa: ciò, all'esito della consulenza contabile disposta, senza che la

parte abbia tempestivamente contestato la nullità di detta consulenza, per avere il consulente ecceduto i limiti del mandato o comunque della facoltà di acquisire documenti.

Nella specie, non risulta che la banca abbia tempestivamente eccepito la nullità delle operazioni peritali, ma neppure consta uno specifico motivo di appello sulle modalità di ingresso dei contratti nel materiale probatorio, anzi anche in tal sede la ricorrente ha affermato che era sufficiente contestare il mancato assolvimento dell'onere della prova e non la nullità della consulenza tecnica d'ufficio. Una volta che, in sede istruttoria, e segnatamente nell'ambito di una consulenza contabile, siano stati acquisiti documenti, e la regolarità di questa acquisizione non viene contestata dalla parte nei termini sopra specificati, i predetti documenti fanno parte del materiale probatorio che il giudice legittimamente pone a fondamento della propria decisione e concorrono a completare il quadro probatorio offerto dalla parte, anche se in ipotesi inizialmente carente.

QUESTIONI

[1] Le questioni affrontate dal provvedimento in commento riguardano i limiti di utilizzo, per il giudice di merito, dei documenti acquisiti dal consulente tecnico d'ufficio, non prodotti dalle parti, nell'ottica del corretto assolvimento dell'onere della prova *ex art. 2697 c.c.*

Particolarmente utili a chiarire la fattispecie in esame sono alcuni principi di diritto recentemente affermati dalla nostra giurisprudenza di legittimità in materia di consulenza tecnica d'ufficio (specialmente, di natura contabile).

Anzitutto, occorre ricordare il recente arresto delle Sezioni Unite (Cass., sez. un., 1° febbraio 2022, n. 3086, in *Giur. it.*, 2022, 2136 ss., con nota di F. Auletta, *L'istruzione probatoria mediante consulente tecnico: la Corte profert de thesauro suo nova et vetera*), le quali hanno affermato che, in linea di principio, il consulente tecnico nominato dal giudice, nei limiti delle indagini commessegli e nell'osservanza del contraddittorio delle parti, può acquisire, anche prescindendo dall'attività di allegazione delle parti (non applicandosi alle attività del consulente le preclusioni istruttorie vigenti a loro carico), tutti i documenti necessari al fine di rispondere ai quesiti sottopostigli, a condizione che 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 (conf., successivamente, Cass., 31 agosto 2022, n. 25604; Cass., 9 novembre 2022, n. 32935).

Con riguardo specifico alla consulenza tecnica contabile (come quella disposta nel caso di specie), poi, Cass., 24 novembre 2022, n. 34600 ha recentemente chiarito che il consulente nominato dal giudice, nei limiti delle indagini a lui demandate e previo consenso delle parti, può acquisire, ai sensi dell'art. 198, 2°co., c.p.c., 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.

Laddove, peraltro, il consulente violi la norma (il richiamato art. 198, 2°co., c.p.c.) che gli impone di raccogliere, al fine di utilizzare i documenti così acquisiti ai fini da ultimo indicati, il “previo consenso” delle parti, la relazione finale risulterà affetta da una nullità relativa ai sensi dell’art. 157, 2°co., c.p.c. (così, la recente Cass., 21 febbraio 2023, n. 5370), la quale, pertanto, dev’essere formalmente eccepita dalla parte nella prima difesa o istanza successiva all’atto viziato o alla notizia dello stesso, con la conseguenza che, se non denunciata nella prima istanza o difesa successiva al deposito della relazione del consulente tecnico d’ufficio - anche a mezzo di rinvio alla contestazione eventualmente formulata nel corso della consulenza, come nelle osservazioni alla bozza di relazione che la parte abbia trasmesso a norma dell’art. 195, 3°co., c.p.c. - tale nullità resta definitivamente sanata.

Nel caso di specie, come detto, non solo l’istituto di credito non ha tempestivamente eccepito la nullità delle operazioni peritali, ma neppure ha formulato uno specifico motivo di appello sulle modalità di ingresso dei contratti nel materiale probatorio di causa, essendosi la banca limitata a contestare il mancato assolvimento, da parte del cliente attore, dell’onere della prova (anziché la nullità della consulenza tecnica d’ufficio). Ne è derivata, come detto, una rituale acquisizione dei documenti al materiale probatorio di causa (inizialmente carente, sulla base delle sole allegazioni effettuate dalla parte onerata ex art. 2697 c.c.), che il giudice ha legittimamente posto a fondamento della propria decisione.

Seminario di specializzazione

Mediazione alla luce della riforma cartabia e ultimi decreti attuativi

Scopri di più