



*I QUADERNI DI APPROFONDIMENTO
DELLA
COMMISSIONE DI STUDI CTU*

IL PRINCIPIO DEL CONTRADDITTORIO – CAUSE DI NULLITA' / ANNULLABILITA' DELLA CTU – LA CTU CONTABILE

giugno 2019

Presidente Commissione: Fulvio Piacenti

Coordinatore gruppo autori: Francesco Baravelli

AUTORI

Francesco Stringa, Francesco Baravelli, Nicola Xella, Raffaella Casari, Rodolfo Raccagni

Premessa

Il lavoro proposto dalla sottocommissione di studi della più ampia commissione CTU coordinata dal Dott. Fulvio Piacenti, è stato elaborato all' insegna delle linee guida assegnate ai colleghi Francesco Stringa, Francesco Baravelli, Nicola Xella, Raffaella Casari e Rodolfo Raccagni con la finalità di circoscrivere, in chiave di approfondimento con approccio pratico, solo taluni argomenti che comunque costituiscono in linea generale, la più ampia rappresentazione della prestazione di CTU che la categoria professionale dei Commercialisti è sovente chiamata a svolgere:

La CTU contabile.

All' insegna della rappresentazione che l' elaborato propone, diviene immediatamente propedeutico all' introspezione conoscitiva del lavoro svolto sottolineare l' impossibilità per le parti di perseguire quelle attività così dette "esplorative", poiché ed in quanto unicamente finalizzate all' ottenimento di informazioni e risultati acquisiti dalle medesime parti quali basi della propria valutazione, trascurando così il sostanziale cardine della discordia che ruota esclusivamente attorno alla CTU che diviene non punto di partenza bensì punto di arrivo.

L' indice che nel prosieguo riassume i titoli dei vari capitoli che costituiscono l'intero elaborato, meglio acconsentirà al lettore di concentrare la propria attenzione secondo la cronologia che più riterrà utile al proprio e personale approfondimento.

Indice

Capitolo "A"

PRINCIPIO DEL CONTRADDITTORIO E CAUSE DI NULLITA'/ANNULLABILITA' DELLA CTU

1.NATURA DELLA CTU

2.CATEGORIE CTU

3.FATTI CONSEGUENTI AL DEPOSITO DELLA CTU

3.A. RICHIESTA CHIARIMENTI/INTEGRAZIONI A SEGUITO DEL DEPOSITO

3.B. SOSTITUZIONE DEL CONSULENTE TECNICO

3.C.CAUSE DI NULLITA'/ANNULLABILITA' DELLA PERIZIA

3.C.1.VIZI FORMALI

3.C.2.VIZI SOSTANZIALI

3.C.2.1NULLITA' PER VIZI DI COMUNICAZIONE

- 3.C.2.2 NULLITA' PER MANCATA PARTECIPAZIONE AD OPERAZIONI PERITALI
- 3.C.2.3 NULLITA' DOVUTA AD ACQUISIZIONE DI DOCUMENTI NON RITUALMENTE PRODOTTI IN CAUSA ECOMPIMENTO DI ATTIVITA' NON CONSENTITE

Capitolo "B"

LA CTU CONTABILE EX ART 198 C.P.C.: DEFINIZIONE E PECULIARITA' RISPETTO ALLE ALTRE TIPOLOGIE DI CTU

- 1. IL CONSULENTE TECNICO D'UFFICIO: disciplina generale
- 2. CTU CONTABILE

CAPITOLO "A"

PRINCIPIO DEL CONTRADDITTORIO E CAUSE DI NULLITA'/ANNULLABILITA' DELLA CTU

1.NATURA DELLA CTU

La CTU è un mezzo di valutazione delle prove che le parti hanno già offerto (contenuta infatti, all'interno del c.p.c., nella sezione dedicata all'istruzione probatoria); non può essere definito un mezzo di prova in quanto non è uno strumento a disposizione delle parti ma uno strumento eventualmente a disposizione del giudice per accrescere competenze tecniche che esulano dall'ordinaria preparazione propria di un magistrato.

Come ogni atto processuale, anche la CTU può essere dichiarata invalida e questa invalidità è definita in base al grado di difformità della stessa rapportato al modello che la disciplina.

2.CATEGORIE CTU

Le CTU si dividono, per semplicità, in 2 categorie: CTU DEDUCENTE e CTU PERCIPIENTE. La CTU deducente è il classico esempio di quanto detto finora: valuta dati e/o fatti già acquisiti e viene realizzata solo dopo lo svolgimento delle prove.

Al contrario, la CTU percipiente viene demandata quando l'accertamento dei fatti può essere determinato solo attraverso la conoscenza di specifici dettagli tecnici (esempi nel settore amministrativo/finanziario/fiscale: esame di bilancio o risultanze bancarie).

Per quanto una recente cassazione (20695/2013) definisca la "ctu percipiente come vera e propria

fonte di prova quando il fatto non sia percepibile nella sua estrinseca natura se non attraverso strumentazioni tecniche che il giudice non possiede”, la parte non può sottrarsi all’onere probatorio dovendo comunque dedurre gli elementi specifici posti a fondamento del diritto che sottende la CTU. Il mezzo di prova rimane infatti uno strumento che, dal punto di vista processuale, è a disposizione delle parti; rientra quindi nella scelta difensiva della parte proferlo o meno.

3.FATTI CONSEGUENTI AL DEPOSITO DELLA CTU

Particolare focus in questo approfondimento meritano le circostanze che possono crearsi a seguito del deposito della relazione.

Nei casi più comuni, il CTU potrebbe essere chiamato ad una integrazione della perizia o potrebbero essergli richiesti chiarimenti in merito a talune questioni specifiche. Sempre a seguito del deposito, al CTU possono essere contestate mancanze tali da richiedere la sua sostituzione ed infine, nei casi più gravi, qualora venga riscontrato il compimento di attività non conformi alle norme di riferimento, la perizia può essere considerata nulla.

3.A. RICHIESTA CHIARIMENTI/INTEGRAZIONI A SEGUITO DEL DEPOSITO

Riguardo la richiesta di chiarimenti ed al supplemento di perizia, preme allo scrivente sottolineare l’importanza di rendere i chiarimenti nel contraddittorio con le parti, e questi vengono richiesti qualora il giudice valuti la relazione carente sotto il profilo dello sviluppo e dell’elaborazione.

In merito al contraddittorio, è opportuno sottolineare come sia fondamentale che venga sviluppato anche preventivamente al deposito della relazione stessa; il CTU infatti deve fissare riunioni od operazioni e trasmettere la consulenza alle parti costituite sempre avvisando per tempo le parti in causa.

In tema di onere probatorio gravante sulle parti, ex art. 2697, l’orientamento giurisprudenziale prevalente prevede, su chi intende far valere in giudizio un diritto, che il consulente tecnico d’ufficio possa tenere conto di documenti non ritualmente prodotti in causa solo con il consenso delle parti ex. Art 198 c.p.c. (ex Cass. 17/5/2015 n. 9201).

In ogni caso, l’eventuale difetto dovrà ritenersi sanato qualora non sia fatto valere nella prima istanza o difesa successiva al deposito della relazione peritale (ex Cass. 12/6/2014, n. 13418).

Una parte della giurisprudenza, al contrario, nel caso in cui si tratti di prova precostituita fondamentale, non ammette la possibilità di acquisizione documentale neppure sul presupposto dell’accordo tra le parti; in questo senso si è espressa la Suprema Corte di Cassazione nella sentenza del 02/12/2010 n. 24549, ammettendo l’applicabilità alla norma di cui all’art. 198 c.p.c. alla sola documentazione di elementi meramente accessori.

3.B. SOSTITUZIONE DEL CONSULENTE TECNICO

Il giudice ha la facoltà di disporre, per gravi motivi (ex art. 196 c.p.c.) la sostituzione del consulente tecnico. I gravi motivi di cui parla la norma sono riferibili a gravi inadempienze compiute dal c.t.u. stesso: la totale inadeguatezza della metodologia utilizzata per risolvere il quesito peritale o l'inosservanza del termine entro il quale il consulente deve presentare la relazione possono essere validi esempi dei "gravi motivi" di cui parla la norma.

Il giudice in ogni caso è tenuto a motivare adeguatamente le ragioni che lo portano a disporre di una nuova consulenza tecnica d'ufficio, in base ad elementi istruttori o cognizioni proprie, eventualmente coadiuvate da presunzioni (Cass. N. 18410/2013), o comunque dando un'adeguata motivazione del suo convincimento, rispondente ad un'attenta valutazione di tutti gli elementi concreti sottoposti alla sua valutazione, indicando i criteri logici e giuridici che hanno determinato il suo giudizio (Cass. 15263/2007).

Sempre in merito alla sostituzione del consulente tecnico, il giudice di secondo grado, malgrado abbia disposto la rinnovazione della consulenza tecnica d'ufficio espletata in primo grado, può accogliere, in sede di decisione, le conclusioni di quest'ultima anziché della seconda consulenza, purché motivi le ragioni della scelta e contesti le argomentazioni della consulenza non accolta (Cass. N. 3240/1998).

3.C.CAUSE DI NULLITA'/ANNULLABILITA' DELLA PERIZIA

3.C.1.VIZI FORMALI

Come accennato in precedenza, talune contestazioni inerenti l'attività specifica del CTU possono portare il giudice a dichiarare la perizia NULLA; utile per il prosieguo dell'analisi distinguere in 2 macrocategorie i vizi che contraddistinguono una CTU, che possono essere FORMALI o SOSTANZIALI.

L'annullabilità della perizia per cause formali concerne situazioni afferenti appunto la sfera "formale", riguardante cioè tutte quelle situazioni che riguardano l'"esteriorità" dell'atto; risulta di più facile comprensione in questo caso definire alcune situazioni quali esempi pratici di potenziali vizi formali:

- non sottoscrivere la relazione o farla sottoscrivere da un perito non nominato dal Tribunale;
- non prestare giuramento;
- cancellazione dall'Albo dei periti del CTU designato;
- non redigere la relazione in lingua italiana;

Per quanto riguarda il primo punto, in merito alla mancata sottoscrizione della relazione questa può essere sanata con l'avvento del Processo Civile Telematico ma resta in piedi la possibilità di

annullamento se la relazione venga sottoscritta da professionista diverso da quello nominato. Sulla possibilità poi che il CTU deleghi la propria funzione, è opportuno rifarsi alla Cassazione 412/1989, che specifica chiaramente che il consulente debba svolgere personalmente l'incarico e non possa delegarlo ad altri, essendoglielo stato affidato in considerazione di particolari e specifiche competenze.

Diversa è la situazione in cui un CTU chieda al giudice di essere affiancato da un altro consulente; in questo caso, come pronunciato dalla Cassazione 21728/2016, costui dovrà comunque elaborare un documento peritale contenente autonome considerazioni.

Definire la mancata prestazione di giuramento quale causa di nullità di una perizia potrebbe risultare a molti improprio; infatti, se formalmente il mancato giuramento è causa di nullità, in pratica la giurisprudenza permette sia che il giuramento possa essere eseguito anche dopo l'espletamento dell'incarico e, in ogni caso, il Giudice può comunque valutare la perizia, almeno secondo alcuni orientamenti, come prova ATIPICA.

Infine, evitando di commentare volutamente l'ipotesi di una relazione scritta in lingua diversa dall'italiano, in quanto difficilmente realizzabile, urge sottolineare nuovamente come sia nell'ipotesi di mancato giuramento, sia in quella di mancata sottoscrizione, difficilmente si potrà parlare di nullità totale in quanto il giudice potrà comunque valutare la relazione come prova ATIPICA.

3.C.2.VIZI SOSTANZIALI

In merito alla disamina concernente i vizi sostanziali, pare opportuna una distinzione tra CTU deducente e percipiente; se, per natura della stessa CTU, un vizio formale emerso all'interno di una CTU deducente possa essere considerato secondario o comunque non particolarmente grave, il discorso si fa più delicato e complesso all'interno di una CTU percipiente in quanto è richiesto un approccio formale e procedurale più rigoroso. Il Giudice richiede quindi una CTU percipiente nei casi in cui un fatto sia comprensibile solo attraverso analisi/conoscenze tecniche che il Giudice non possiede.

Le cause di nullità sostanziali emergono fondamentalmente quando avvengono violazioni in merito al contraddittorio e al diritto di difesa; l'intero apparato del processo infatti si basa sull'importanza capitale del principio del contraddittorio (ART. 101 CPC), che tutela il diritto di difesa per le controparti e che deve essere osservato da tutti gli organi della procedura, compreso il giudice. Il codice di procedura civile impone al perito, nelle operazioni di consulenza, l'obbligo di garantire una partecipazione effettiva delle parti processuali, dei relativi difensori e dei tecnici di parte (se nominati).

Anche la violazione del principio del contraddittorio, come i vizi formali citati in precedenza, non porta ad una nullità automatica della perizia ma, questa violazione può determinare la nullità; ci sono infatti eccezioni alla pronuncia di nullità quando, ad esempio, l'atto ha raggiunto il suo scopo, dimostrando che la controparte non ha subito un danno al diritto di difesa; la violazione del contraddittorio quindi deve essere accertata concretamente e sempre che l'eccezione venga sollevata tempestivamente (in caso contrario si parlerebbe di nullità relativa).

In ogni caso, la nullità può essere anche parziale e cioè riferirsi solamente ad una parte della relazione/perizia.

Le ipotesi di nullità più frequenti possono essere suddivise in tre macrogruppi a seconda che il difetto riguardi la comunicazione (A), la partecipazione (B) o l'acquisizione di documenti ed il compimento di indagini non consentite(C), come di seguito meglio specificate:

1. La mancata comunicazione dell'inizio delle operazioni peritali (e l'eventuale mancata comunicazione di ripresa delle suddette operazioni)(**A**);
2. la mancata partecipazione alle operazioni peritali delle parti nominate o la partecipazione ad operazioni peritali di consulenti tecnici o altre figure non nominate(**B**);
3. l'acquisizione di documenti non prodotti in causa e il compimento di indagini non consentite dalla legge (**C**).

3.C.2.1 NULLITA' PER VIZI DI COMUNICAZIONE

Riguardo all'avviso di prosecuzione delle operazioni peritali, il CTU ha l'obbligo di avvisare le Parti qualora risulti necessario fissare ad altra data il proseguo delle operazioni peritali. Ugualmente, se le operazioni vengano sospese e poi riprese a seguito della rinnovazione della consulenza disposta dal Giudice o qualora il CTU decida, una volta chiuse le operazioni peritali, che sia necessario procedere ad altre indagini.

In questi casi, alle Parti va data la comunicazione di inizio delle attività peritali; l'obbligo non sussiste per le indagini successive, dal momento che incombe sulle Parti l'onere di informarsi sul proseguimento delle indagini al fine di parteciparvi.

Nel caso in cui il consulente non abbia avvisato le Parti o nell'ipotesi in cui l'avviso sia stato comunicato con forma non idonea, la consulenza tecnica è nulla per la violazione del principio del contraddittorio e del diritto alla difesa se i legali o i CTP non siano potuti intervenire a causa di tale omissione.

Occorre infine ricordare che esistono anche casi in cui l'esperto non è vincolato dall'obbligo di

comunicazioni, ad esempio quando occorre acquisire documenti e informazioni reperibili facilmente da pubblici registri oppure quando il Giudice ordini una richiesta di chiarimenti che non comporti, però, un supplemento di indagini.

3.C.2.2 NULLITA' PER MANCATA PARTECIPAZIONE AD OPERAZIONI PERITALI

In relazione alla mancata partecipazione alle operazioni dei legali delle Parti o dei CTP eventualmente nominati, va detto che, nel caso in cui, a seguito di regolare comunicazione siano presenti solo i difensori o i legali di una parte o di alcune delle parti, il CTU può avviare le indagini e non è tenuto a dare alcun avviso alle Parti ingiustificatamente assenti. Qualora invece alla data fissata per l'inizio o la prosecuzione delle attività non compaia nessuno dei legali o dei CTP, è opportuno che il CTU provveda a fissare una nuova data e darne avviso alle Parti tramite la Cancelleria.

3.C.2.3 NULLITA' DOVUTA AD ACQUISIZIONE DI DOCUMENTI NON RITUALMENTE PRODOTTI IN CAUSA E COMPIMENTO DI ATTIVITA' NON CONSENTITE

Riguardo alla valutazione di atti e documenti non ritualmente prodotti in causa, va ricordato che gli elementi sui quali si fonda il giudizio tecnico del CTU devono essere gli stessi su cui il Giudice potrebbe fondare la propria sentenza, con la conseguenza che l'esperto non potrà giungere a conclusioni basandosi sui fatti o circostanze che non siano già state ritualmente dedotte o provate in giudizio.

In questo senso è chiaro l'orientamento recentemente ribadito dalla Cassazione 12921 del 2015, in cui viene confermato chiaramente il principio secondo il quale "i CTU non possono acquisire dati o documenti che non facciano parte del processo non essendo stati prodotti nei termini dalle parti".

I legali e i consulenti di parte possono anche produrre istanze e osservazioni che devono essere oggetto di adeguata valutazione da parte del CTU, eccezion fatta per quelle non comunicate alla parte avversa. Va sottolineato nuovamente come le osservazioni, le consulenze di parte e le note critiche redatte dai CTP, costituiscono semplici allegazioni difensive di tipo tecnico, prive di autonomo valore probatorio.

Il CTU può esaminare, di regola, solo documenti ritualmente prodotti dalle Parti e validamente acquisiti agli atti del processo.

Sempre in merito all'acquisizione e utilizzazione di documenti non ritualmente prodotti, è tuttavia utile sottolineare quanto pronunciato da numerose sentenze della Corte di Cassazione, tra cui la n. 1901 del 2010 e la n. 13686 del 2001, le quali affermano che, in tema di consulenza tecnica d'ufficio, rientri nel potere del consulente tecnico d'ufficio attingere a notizie e dati non rilevabili dagli atti processuali, qualora ciò sia "necessario per espletare convenientemente il compito affidatogli, e che

dette indagini possano concorrere alla formazione del convincimento del giudice purchè ne siano indicate le fonti”.

Il CTU quindi, nello svolgimento delle sue funzioni, è abilitato ad acquisire, anche di sua iniziativa, ogni elemento necessario per rispondere ai quesiti del Giudice, sempre che si tratti di fatti accessori rientranti nell’ambito della consulenza tecnica e non di fatti e situazioni che, posti direttamente a fondamento delle domande e delle eccezioni delle parti, devono da queste essere provati. Tali elementi possono essere utilizzati dal magistrato per la formazione del proprio convincimento, a patto che, come accennato in precedenza, nella relazione di consulenza vi sia l’indicazione della fonte da cui sono stati tratti, in modo da consentire durante il processo il controllo sulla loro attendibilità. Qualora poi il CTU abbia il compito di svolgere indagini per ricostruire determinati fatti o situazioni, questi può raccogliere notizie e informazioni anche senza specifica autorizzazione e i risultati di tali indagini costituiscono elementi probatori acquisiti al processo e utilizzabili dal Giudice per il proprio convincimento.

Da ciò si può dunque dedurre che la nullità della consulenza tecnica è spesso legata alla violazione del principio del contraddittorio e può invalidare il lavoro del consulente, anche se ineccepibile sul piano scientifico. Trattandosi tuttavia di nullità relativa, questa deve essere fatta valere alla prima udienza successiva al deposito della relazione, altrimenti resta sanata. La nullità della consulenza tecnica, nel caso presenti vizi di comunicazione o di effettuazione di attività non consentite, ha carattere relativo cioè può essere sanata se il vizio non venga dedotto nella prima difesa o udienza successiva al deposito della stessa (cass. 5775/2001); in ogni caso, la nullità non può essere pronunciata se la violazione non ha impedito il raggiungimento dello scopo previsto (Cass. 5312/2004).

Si ricordi infine che la nullità della CTU ne comporta la rinnovazione con spese a carico del CTU e relativo risarcimento dei danni eventualmente causati alle Parti ai sensi degli artt. 162 e 64 c.p.c.

In conclusione, la nullità della consulenza tecnica è collegata direttamente o indirettamente alla violazione del principio del contraddittorio e, di norma, è relativa e sanabile.

* * *

CAPITOLO “B”

LA CTU CONTABILE EX ART 198 C.P.C.: DEFINIZIONE E PECULIARITA' RISPETTO ALLE ALTRE TIPOLOGIE DI CTU

1. IL CONSULENTE TECNICO D'UFFICIO: disciplina generale

E' innanzitutto opportuno fornire la definizione del Consulente Tecnico d'Ufficio: soprattutto dalle norme che designano lo status del consulente tecnico, ed in particolare dagli articoli 61, 62, 191 c. p. c., si desume che il *consulente tecnico è quel soggetto, fornito di specifiche conoscenze tecniche, scientifiche o umanistiche in campi del sapere umano diversi da quello giuridico, che, in virtù di tale preparazione specifica, viene chiamato ad integrare le conoscenze del giudice allorché per la risoluzione della causa siano necessarie cognizioni in specifiche materie che trascendono quelle dell'uomo medio e che il giudice stesso non conosce né è tenuto a conoscere.*

Il consulente tecnico è inquadrato tra gli ausiliari del giudice poiché si tratta di un soggetto esterno all'organizzazione giudiziaria, che presta la sua opera in via del tutto occasionale ed in base ad un incarico specifico affidatogli dal giudice. La funzione del consulente tecnico è dunque quella di integrare le conoscenze del giudice in materie nelle quali la conoscenza giudiziale sia lacunosa e carente in ragione della loro natura specialistica. Tale integrazione è giustificata per un verso dalla necessità del processo stesso di consentire l'ingresso al suo interno della miglior scienza ed esperienza disponibile in quel momento storico, al fine di fornire la soluzione più certa e scientificamente adeguata al problema posto in causa; per altro verso dalla necessità che quella soluzione venga fornita nel minor tempo possibile e dunque con l'utilizzo diretto di chi di quella conoscenza ha disponibilità immediata.

Dunque la decisione di avvalersi dell'ausilio del consulente tecnico è interamente rimessa alla discrezionalità del giudice, che è l'unico soggetto processuale in grado di valutare, caso per caso, se egli stesso possiede o no le conoscenze tecniche necessarie per la decisione della causa.

Tuttavia, il potere discrezionale del giudice incontra due limiti: il rispetto del principio dispositivo sub specie di onere della prova in capo alle parti; l'onere di motivazione.

Quanto al primo limite, vige il divieto di consulenza esplorativa, cioè il divieto di disporla quando con essa si intenda perseguire la ricerca o l'acquisizione di fatti ed elementi di prova che avrebbero dovuto essere dedotti e provati dalle parti. La CTU, dunque, non può essere ammessa quando determini l'effetto di esonerare una delle parti dall'onere di fornire la prova delle sue deduzioni. Viene

pertanto ritenuta nulla per violazione del principio di contraddittorio e dunque inutilizzabile la consulenza che abbia avuto ad oggetto fatti e circostanze che le parti avrebbero dovuto allegare e provare.

Quanto all'obbligo di motivazione nell'ammissione della consulenza, si ritiene comunemente che l'accoglimento dell'istanza di parte non necessiti di particolare giustificazione che implicitamente potrà rinvenirsi negli stessi quesiti devoluti al consulente, mentre l'ordinanza di rigetto dovrà dar conto, in modo adeguato e non contraddittorio, della possibilità per il giudice di risolvere i problemi tecnici sottesi alla valutazione degli elementi rilevanti ai fini della decisione o della superfluità del mezzo o dell'eshaustività delle prove già acquisite.

2. CTU CONTABILE

In alcuni casi, l'attività del consulente tecnico viene esplicitata attraverso l'esame contabile, previsto dagli artt. 198-200 c.p.c. del 1941 e non modificati dalla l. 26 novembre 1990 n. 353.

L'art. 198 stabilisce che: *“Quando è necessario esaminare documenti contabili e registri, il giudice istruttore può darne incarico al consulente tecnico, affidandogli il compito di tentare la conciliazione delle parti.*

Il consulente sente le parti e, previo consenso di tutte, può esaminare anche documenti e registri non prodotti in causa. Di essi tuttavia senza il consenso di tutte le parti non può fare menzione nei processi verbali o nella relazione di cui all'articolo 195”.

Anche in tal caso, la consulenza tecnica d'ufficio ha la funzione di fornire all'attività valutativa del giudice l'apporto di cognizioni tecniche che questi non possiede.

Tuttavia è da evidenziare che la consulenza per esame contabile (art. 198 comma 2 c.p.c.) ha natura speciale rispetto a quella disciplinata in generale per ogni altro caso e può essere disposta solo in caso di controversie in cui sia necessario esaminare e comparare registri contabili, conti, bilanci ecc., in quanto il rapporto di diritto sostanziale presenta come elemento di fattispecie la formazione di un bilancio o rendiconto; dunque ha per oggetto l'esame di scritture contabili al fine di accertare: l'ammontare di un debito; il valore di un bene; l'entità di un danno; la ricostruzione dei flussi di reddito.

La natura speciale della consulenza in questione rende non automaticamente estensibili alla medesima le regole sopra indicate con riferimento alla CTU in generale: diventa dunque importante stabilire se la controversia pendente tra le parti abbia o meno natura contabile.

Tenuto conto della formula estremamente generica (“quando è necessario esaminare documenti contabili e registri”), la natura contabile della controversia non dipende dal tipo di domanda formulata

dall'attore, né dal tipo di eccezione sollevata dal convenuto, ma dal tipo di istruzione che occorre compiere.

L'esame contabile soggiace a tutte le regole dettate in generale per la consulenza tecnica, ma si differenzia essenzialmente per due particolarità.

La prima è che la legge consente espressamente all'art. 198 c.p.c. che nuovi documenti non prodotti in causa possono essere acquisiti ed esaminati solo con il consenso di tutte le parti, che devono altresì consentire anche alla loro menzione nella relazione peritale. I documenti nuovi andranno poi acquisiti al processo ex art. 210 c.p.c..

Il consenso delle parti può essere implicito e per fatti concludenti, quando i documenti nuovi sono portati a conoscenza dei consulenti tecnici delle parti senza che siano sollevate obiezioni. Qualora una o più parti neghino il consenso ad utilizzare documenti che siano funzionali alla risoluzione del quesito ci si è chiesti se comunque il CTU possa usare tali documenti, in particolare qualora in loro assenza la perizia non possa essere portata a termine. Sul punto la giurisprudenza di merito e legittimità è divisa:

1) Secondo un primo orientamento, senza consenso di tutte le parti il CTU non può esaminare i documenti tardivamente prodotti; se li utilizza la CTU è affetta da nullità relativa e sanabile ex 157 c.p.c.. In particolare, la nullità rimarrà sanata se la parte che vi ha interesse non invoca la nullità della consulenza entro la prima difesa o udienza successiva al deposito della relazione peritale. Se l'eccezione è formulata in termini, la consulenza non potrà essere utilizzata dal giudice per il giudizio. La facoltà del CTU di esaminare documenti non ritualmente prodotti sussisterebbe solo in vista del potere di tentare la conciliazione, tanto che, se sono stati presi in considerazione documenti "nuovi" ai fini della conciliazione e questa poi fallisce, la parte che li ha prodotti non può essere costretta a produrli in giudizio o esibirli, salva l'ipotesi del 210 c.p.c., né essi possono essere usati per la perizia.

2) Un secondo orientamento sostiene che in determinate ipotesi si può adottare una interpretazione parzialmente derogatrice del disposto normativo; in particolare le limitazioni relative all'assenza di consenso di tutte le parti non opererebbero quando l'esistenza dei documenti che una o più parti producano tardivamente, necessari per la risoluzione del quesito posto al CTU, risulti logicamente plausibile sulla base degli elementi forniti dalle parti o desumibili dalla stessa indagine tecnica (Trib Bar 1.1.2007; Trib. Bari 28.9.05; Cass 12.2.1982 n. 877 in Mass. Giur. It. 1982). Particolarmente interessante è la soluzione adottata da Cass 12.2.1982 n. 877 in Mass. Giur. It. 1982: *"Il consulente tecnico di ufficio incaricato dell'esecuzione di un indagine contabile non può estendere la sua attività fino alla ricerca e all'esame di documenti non acquisiti al processo, tranne che l'esistenza di questi risultati logicamente plausibile sulla base degli elementi forniti dalle parti o*

desumibili dalla stessa indagine tecnica”.

3) Secondo un terzo orientamento, deve essere riconosciuto al giudice il potere di affidare al CTU la facoltà di validamente esaminare ogni documento che sia necessario per la soluzione della controversia. (Trib Milano 12.3.02 in Giur.it. 2003, 265 con nota di Fabiani; Socci: “Le preclusioni alle produzioni documentali nel processo civile dopo le Sezioni Unite. Il ct e le produzioni documenti” in Giur. It 2006). Questo orientamento trova origine nello sviluppo dell’orientamento giurisprudenziale estensivo della portata dei poteri del CTU in base all’art. 194 c.p.c.. Tuttavia in questo contesto è necessario distinguere l’ipotesi che i documenti derivino da terzi da quella che si verifica allorché i documenti derivano dalle parti. I primi sono assimilati alle informazioni che il CTU può assumere da terzi secondo l’art. 194 c.p.c.; in questo caso per alcuni è ammissibile che il CTU utilizzi documenti derivanti da terzi, non prodotti ritualmente e tempestivamente nel processo, purché essi riguardino i fatti accessori, e anche senza autorizzazione del giudice. Per altri le informazioni dai terzi di cui all’art. 194 non comprendono mai i documenti; ma all’interno di tale filone interpretativo alcuni individuano ipotesi di deroga, in base alle quali i documenti provenienti da terzi possono essere presi in considerazione purché comunicati a tutte le parti in causa (Andrioli; Satta) o purché i documenti afferiscano ai fatti accessori ricompresi nell’ambito tecnico della consulenza (es. Trib. Genova 14.5.2008). Quanto ai documenti che provengono dalle parti, se essi riguardano attività del perito (osservazioni, istanze) è pacifico che essi sono ammessi. Se non riguardano attività del perito essi non potrebbero essere ammessi. Tuttavia esistono posizioni interpretative derogatorie di parte della dottrina, secondo le quali il CTU può tenere conto di tali documenti purché essi siano resi conoscibili alla parte che non li ha prodotti, in modo che possa replicare (Andrioli, Commento al codice di procedura civile, Napoli, 1956, II, 111; Satta, Commentario al codice di procedura civile, Milano, 1960, II, 113; cfr. supra anche la simile posizione di parte della giurisprudenza recente relativa all’applicazione dell’art. 194 c.p.c.).

In dottrina è ammessa l’acquisizione di documenti nuovi, senza il consenso delle parti, esclusivamente quando riguardino fatti secondari ed accessori e non fatti primari che le parti avrebbero dovuto porre a fondamento di domande od eccezioni. Ovviamente il CTU dovrà, sulla questione, relazionare al Giudice istruttore e chiedere l’autorizzazione all’acquisizione. In ogni caso il mancato consenso ingiustificato può essere ritenuto dal giudice comportamento valutabile ai fini del decidere ex art. 116 c.p.c.

Va sottolineato che la violazione dell’art. 198 c.p.c. per avere il consulente tecnico tenuto indebitamente conto, senza il consenso delle parti, di documenti non regolarmente prodotti in causa nell’ambito di un esame contabile del dare e dell’avere, è, come ogni altro vizio della consulenza tecnica, fonte di nullità relativa, soggetta al regime dell’art. 157 c.p.c., con la conseguenza che, se non

è fatta valere nella prima istanza o difesa successiva al deposito della relazione, deve ritenersi sanata, né può essere proposta per la prima volta con l'atto di appello, ostandovi anche il divieto di nuove eccezioni di cui all'art. 437 c.p.c.

La ratio della norma si collega alla possibilità per il CTU contabile di esperire il tentativo di conciliazione con le parti con la conseguenza che se la parte avesse consentito al CTU di prendere visione dei propri documenti non prodotti, nella speranza di poter raggiungere una transazione, e poi questa non riesce chi aveva dato il consenso all'esame dei documenti può legittimamente vietare che di essi si faccia menzione nella relazione.

La seconda particolarità dell'esame contabile è che al CTU è affidato l'incarico di tentare la conciliazione delle parti prima dello svolgimento delle indagini.

Infatti, l'art. 198 c.p.c. concernente la consulenza contabile stabilisce che la facoltà del CTU di esaminare anche documenti e registri non prodotti in causa può essere esercitata al solo fine del tentativo di conciliazione (previo consenso di tutte le parti). Pertanto, nel caso in cui sia affidata una consulenza contabile, la legge prevede espressamente che l'incarico al consulente comprenda anche il tentativo di conciliazione. E' questo l'unico caso in cui si prevede l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione a cura del consulente tecnico d'ufficio. Se tale tentativo riesce, occorre provvedere alla redazione di apposito processo verbale di conciliazione, che deve essere sottoscritto dalle parti e dal consulente tecnico e inserito nel fascicolo dell'ufficio. A tale processo verbale di conciliazione, ai sensi dell'art. 199, comma 2 c.p.c., il giudice istruttore attribuisce con decreto efficacia di titolo esecutivo.

Pertanto, nel caso di esame contabile, l'accordo tra le parti ottenuto a mezzo dell'opera del consulente ha valore di conciliazione giudiziale.

Qualora il consulente incaricato di esame contabile non proceda al tentativo di conciliazione non si determina alcuna nullità dell'attività processuale compiuta, in quanto non è stata omessa alcuna formalità essenziale al raggiungimento dello scopo dell'atto posto in essere. Il giudice però, constatato l'inadempimento dell'incarico affidato di tentare la conciliazione, potrebbe disporre nuova convocazione del CTU perché espletati il tentativo sulla base degli accertamenti ed indagine già esperiti.

Al di fuori dell'ipotesi di consulenza contabile, il consulente tecnico d'ufficio non è tenuto ad esperire il tentativo di conciliazione.

Alla luce di quanto esposto dunque il CTU contabile ha poteri maggiori rispetto a quello “ordinario” ed è quindi estremamente importante stabilire se la controversia pendente tra le parti abbia o meno natura contabile.