



PROCURA GENERALE
della Corte di cassazione

Sezioni Unite civili
Udienza pubblica del 14 settembre 2021
Ricorso R.G. 2259/17; n. 2 del Ruolo
Rel. Cons. Marulli

**Conclusioni del P.M. ex art. 23, comma 8-bis, decreto legge n. 137 del
2020, inserito dalla legge di conversione n. 176 del 2020**

Il sostituto procuratore generale

Letti gli atti;

premesso che per la compiuta esposizione del fatto e della vicenda processuale l'Ufficio rinvia alla pronuncia e al contenuto dei documenti di parte in atti, limitandosi qui al rilievo dei soli elementi del fatto e del processo e agli argomenti di diritto che la Procura generale ritiene necessari per formulare le proprie conclusioni;

osserva

la Corte d'appello di Venezia, con la sentenza n. 1373/16 pubblicata il 15 giugno 2016, ha accolto in parte l'appello principale di XX e respinto l'appello incidentale di XX ed XX XX contro la pronuncia del Tribunale di Treviso. Il contenzioso è stato promosso dai XX, eredi del padre XX, i quali hanno lamentato atti distrattivi compiuti cul c/c del padre da XX XX, direttrice dell'epoca della filiale di XX XX. Da qui la richiesta di risarcimento danni proposta contro la Favero e la banca, accolta per quanto di ragione dal Tribunale di Treviso, con somma poi ridotta in appello.

I XX insorgono contro la sentenza della Corte lagunare sulla base di cinque motivi.

Il primo motivo riguarda la mancata esclusione da parte della Corte territoriale di tutti documenti relativi ad operazioni in “uscita” dal c/c recanti sottoscrizioni disconosciute dai XX e non oggetto di istanza di verifica da parte della banca.

La censura è innanzitutto ammissibile sotto il profilo dell’autosufficienza, perché nel ricorso (vedi in particolare pagg. 7-9) si fa chiaro riferimento alle contabili allegate *sub* 13 da parte attrice aventi ad oggetto prelevamenti, ossia operazioni “in uscita”, tutte ritenute con firma apocrifa. Del resto, la lettura della sentenza della Corte lagunare, nella parte in cui decide sui motivi d’appello 5 e 6 (pagg. 13-14), delinea in modo preciso la materia del contendere rispetto ai documenti in questione e rende così ancora più chiaro il quadro fattuale in cui si muove la doglianza.

La banca nel controricorso deduce poi l’inammissibilità del disconoscimento operato dai XX in via preventiva ovvero su documenti da essi stessi prodotti.

Ora, quanto all’ultima obiezione, essa è superata dal fatto, espressamente rilevato dalla Corte territoriale, che le contabili allegate *sub* 13 da parte attrice erano state prodotte anche dalla banca con gli allegati *sub* 6.

Quanto invece al rilievo del disconoscimento preventivo, operato dai XX in sede di atto di citazione, la più recente giurisprudenza di legittimità, che si condivide, afferma che *“il disconoscimento preventivo della firma apposta su una scrittura privata, non ancora depositata in giudizio, è idoneo ad impedire il riconoscimento tacito, ai fini degli artt. 214 e 215 c.p.c., quando vi sia certezza del riferimento ad una scrittura determinata e conosciuta dalle parti e la stessa rappresenti un elemento probatorio rilevante nell’economia della controversia.”* (Cass. 6980/21). E, nel caso in esame, i documenti disconosciuti erano stati puntualmente indicati in citazione (appunto gli all. *sub* 13) ed erano in tutta evidenza rilevanti nell’economia della controversia.

Non solo, ma XX Banca pone oggi una questione di inammissibilità del disconoscimento preventivo che non risulta fatta in primo grado, né tantomeno in

appello, visto che il Tribunale di Treviso aveva deciso quantificando come danno tutti i prelevamenti disconosciuti e sulla ritualità di tale disconoscimento preventivo nulla viene dedotto in appello, avendo la banca incentrato il suo gravame sui profili della provenienza da parte attrice della documentazione e sulla genericità del disconoscimento (vedi il quinto motivo di appello, riportato a pag. 13 della sentenza d'appello). Dunque, si tratta di un tema nuovo, che avrebbe dovuto essere introdotto quantomeno in appello e non introducibile dalla banca nella presente sede di legittimità.

Ciò posto, dal ricorso risulta l'espressa rinuncia della banca all'istanza di verifica a seguito del disconoscimento operato dai XX. Invero, nel ricorso (a pag. 7) si trascrive l'atto processuale del 25 marzo 2008, dove XX Banca dichiara *“di rinunciare all'istanza ex art. 216 c.p.c. sul doc. 13 avversario avanzata in comparsa di costituzione e risposta dell' 1.5.2005 – a seguito del disconoscimento attoreo contenuto nell'atto di citazione di citazione – e di rinunciare altresì, per quanto occorra, agli atti del conseguente procedimento di verifica”*. Come si vede, la rinuncia è direttamente collegata all'operato disconoscimento da parte degli eredi, della cui validità la banca non discute, e in questa prospettiva pare evidente che tale rinuncia implichi la scelta di non utilizzare i documenti appunto disconosciuti, non recuperabili dal CTU e poi dal giudice, in quanto la parte che si vuole avvalere di una scrittura disconosciuta non può fare altro che chiederne la verifica: se non lo fa il documento non può più far parte del materiale istruttorio esaminabile ai fini della decisione, è un documento non più rilevante ed utilizzabile.

Viceversa, la Corte territoriale ha considerato detti documenti, affermando espressamente di voler prescindere dalla *“rinuncia alla verifica da parte della banca alle sottoscrizioni che gli attori avevano dichiarato di non conoscere”* e di voler far leva sugli esiti della CTU grafologica, espletata sulla scorta delle contabili bancarie *“considerate nella loro completezza”*, considerando quindi *“... vere le firme accertate come autentiche e false quelle verificate come apocrife”* (vedi pag. 14 della sentenza d'appello). E, ferma questa premessa, la Corte territoriale ha poi recepito

l'ipotesi n. 2 fornita dal CTU, identificando il danno non nella misura determinata dal Tribunale di Treviso, ossia nella misura di tutti i prelevamenti, tutti disconosciuti dagli eredi, bensì nell'importo "*pari alla somma di tutti i prelevamenti a firma falsa, esclusi quelli a firma vera*", con detrazione poi dei "*versamenti a firma falsa*" (vedi sempre pag. 14 della sentenza d'appello).

In questi termini, appare esservi la dedotta violazione di legge, perché non si è tenuto conto della valenza dell'operata rinuncia *ex art. 216 c.p.c.* Da qui la fondatezza del primo motivo (che appare logicamente preliminare al quinto, come si vedrà *infra*).

Diverso è il discorso con riguardo al secondo motivo, rivolto contro la decisione della Corte territoriale di distinguere tra operazioni vere e false anche per le operazioni "in entrata", laddove si assume che in difetto di qualsivoglia disconoscimento non vi era alcuna possibilità di affermare la falsità di alcune di esse ed eliminarle dal conteggio.

Il discorso è diverso perché di fronte ad operazioni "in entrata", dunque favorevoli al correntista e ai suoi eredi, il mancato disconoscimento da parte di questi ultimi non ha avuto alcuna portata decisiva, cosa che invece accade se i documenti sono sfavorevoli alla parte, che appunto se non li disconosce deve subirne i relativi effetti quali prove valide nei suoi confronti (mentre se li disconosce li priva di rilevanza probatoria a meno che la controparte non proponga istanza di verifica che dia esito positivo). In caso di documenti favorevoli alla parte, i documenti sono e restano valutabili a prescindere dal mancato disconoscimento, del tutto irrilevante. Non ha, pertanto, errato la Corte territoriale nel discernere, nell'ambito delle operazioni "in entrata", quelle con firme vere e quelle con firme apocrife.

Il terzo motivo, relativo all'asserita violazione dell'art. 115 c.p.c. per non avere la Corte lagunare tenuto conto del valore probatorio, secondo le regole della "non contestazione", della rinuncia di XX Banca al procedimento di verifica, è assorbito dall'accoglimento del primo motivo per le operazioni "in uscita", mentre per le operazioni "in entrata" valgono i rilievi di cui al secondo motivo, respinto.

Medesima è la conclusione con riferimento al quarto motivo, con cui si deduce la violazione dell'art. 345 c.p.c. per avere la Corte d'appello illegittimamente accolto una domanda di verifica che era stata rinunciata in primo grado e non era quindi proponibile in appello. L'accoglimento del primo motivo, invero, comporta l'assorbimento anche di tale ulteriore censura in relazione alle operazioni "in uscita", mentre rispetto alle operazioni "in entrata" si reiterano i rilievi di cui al secondo motivo.

Il quinto motivo, con cui si deduce la nullità della CTU per avere l'ausiliario violato i limiti del mandato accertando l'apocrifia di tutte le sottoscrizioni riferite a XX XX e non solo di quelle disconosciute, è la censura per la quale il ricorso è stato rimesso alle Sezioni Unite della Corte di cassazione a seguito di ordinanza interlocutoria del collegio della Prima sezione civile, che ha rilevato un contrasto di giurisprudenza su una questione di massima di particolare importanza, la necessità o meno dell'eccezione della parte interessata al fine di rilevare la nullità della CTU eseguita su documenti che non dovevano essere esaminati siccome estranei al *thema disputandum*, ovvero nella specie le contabili con sottoscrizioni non disconosciute dagli istanti XX quali eredi del padre XX.

Qui ci si trova di fronte ad uno *step* successivo a quello esaminato nel primo e secondo motivo di ricorso: invero, fermo che la rinuncia all'istanza di verifica avrebbe dovuto imporre l'esclusione dal materiale probatorio rilevante ai fini della decisione sulle contabili di tutte le operazioni "in uscita" (primo motivo), e fermo che per le operazioni "in entrata" il mancato disconoscimento non poteva impedire l'accertamento della falsità o meno (secondo motivo), l'ulteriore problema è la sorte della CTU che abbia valutato documenti che non potevano essere esaminati e sia così andata oltre i limiti del mandato conferito dal giudice (quinto motivo).

L'ordinanza interlocutoria della Prima sezione civile dà atto che l'orientamento tradizionale è nel senso che la CTU estesa oltre i limiti indicati dal giudice è affetta da nullità relativa, da eccepire dalla parte interessata prima di ogni sua altra difesa ai sensi dell'art. 157 comma 2 c.p.c., pena la sanatoria del vizio (da ultimo Cass.

15747/18 e 2251/13). Nella stessa ordinanza si rammenta, però, che secondo un più recente orientamento (Cass. 31886/19), in tal caso, il vizio della CTU è di nullità assoluta, rilevabile d'ufficio dal giudice senza limiti temporali e senza necessità di tempestive eccezioni di parte, salvo chiaramente il giudicato.

Orbene, ad avviso dell'Ufficio della Procura Generale, l'orientamento tradizionale, della nullità relativa, merita di essere superato.

A primo acchito, l'ipotesi della CTU resa *extramandato* sembra rientrare nel tipico ambito di operatività dell'art. 157 c.p.c., il quale si riferisce alle nullità previste dall'art. 156 c.p.c., ossia a quelle legate all' "*inosservanza di forme*" degli atti del processo. Una CTU che ecceda l'incarico conferito dal giudice sarebbe un atto processuale nullo ai sensi dell'art. 156 c.p.c., recante un vizio che non potrebbe che essere sanzionato ai sensi dell'art. 157 comma 2 c.p.c., ovvero solo a seguito di tempestiva eccezione, tanto più che la nullità assoluta, insanabile e rilevabile d'ufficio, è solo quella conseguente al difetto di costituzione del giudice, secondo il dettato dell'art. 158 c.p.c.

Tuttavia, questa conclusione, in termini di mera nullità relativa rimessa all'eccezione di parte, non si giustifica ove si sia in presenza CTU *extramandato* con la quale si travalichi il *thema decidendum* e/o quello *probandum* proposto dalle parti.

In tal caso, il giudice si trova dinanzi ad un atto che ha questo contenuto *extra* rispetto alle domande ed allegazioni, fattuali ed istruttorie, delle parti e non si vede perché egli debba perdere il potere di rilevare questa eccedenza al momento in cui si trova a decidere la causa. Il giudice ha pacificamente il potere di rilevare d'ufficio l'esistenza di una domanda o eccezione nuova, di un'allegazione nuova, di una prova nuova, sicché tale rilievo può anche derivare dalla condotta esorbitante del CTU, da cui scaturisce un ampliamento del *thema decidendum* o *probandi*.

L'idea che i vizi relativi all'illegittima estensione dell'accertamento peritale siano rimessi alla tempestiva eccezione di parte finisce per limitare senza ragione il potere del giudice di valutare il contenuto della CTU. Fermo che quest'ultima, almeno nell'ipotesi tipica (CTU deducente), non è un mezzo di prova, non vi è alcun

rapporto automatico tra ciò che accerta il CTU e il potere decisorio del giudice. Questi, al momento di decidere, non è vincolato alle emergenze della CTU (si ricordi il noto brocardo che il giudice è *peritus peritorum*): il giudice resta arbitro della valutazione del materiale istruttorio, che verifica sulla base del suo libero convincimento (chiaramente da motivare) e tenuto poi conto delle regole sostanziali e processuali che presidiano la validità ed efficacia delle prove stesse.

Insomma, la tesi della nullità relativa della CTU viziata da *extrapetizione* finisce per dar vita ad un giudice che, paradossalmente, non solo sarebbe sottoposto alle parti, uniche legittimate ad eccepire il vizio, ma finirebbe per diventare sottoposto al suo stesso ausiliario, il quale, a dispetto del suo ruolo meramente tecnico e strumentale, potrebbe, senza che il giudice possa fare niente, addirittura ampliare il *thema decidendum e probandum*, di fatto sostituendosi in tutto e per tutto al giudice anche negli ordinari poteri di direzione del procedimento e di cristallizzazione dell'oggetto della lite e, per l'effetto, nei poteri di decisione finale.

La legittimità di tale soluzione va negata in radice, non rispondendo all'assetto complessivo del sistema processuale, dove, si ripete, solo il giudice è l'arbitro della esatta determinazione del *thema decidendum e probandum* ed è l'arbitro della decisione della causa, senza limiti rispetto ad eventuali errori del CTU. Che, così come possono essere di natura valutativa, possono riguardare i limiti oggettivi dell'accertamento e della materia del contendere, senza che questa distinzione rilevi rispetto al conclamato potere del giudice di rilevare d'ufficio l'errore e di decidere rispettando innanzitutto le norme sulle preclusioni processuali assertive e probatorie.

Da qui la conclusione che il rilievo d'ufficio del superamento dei limiti dell'oggetto della lite, della violazione delle preclusioni processuali, dell'inosservanza dello stesso art. 112 c.p.c. (corrispondenza del chiesto al pronunciato), deve essere riservato al giudice. Non può essere altrimenti. E così, infatti, vuole il codice di rito, dopo la novella del 1990 improntato ad un giudice protagonista, che interviene d'ufficio per tutelare i valori immanenti del contraddittorio, del giusto processo, della sua durata ragionevole, della parità delle

parti contendenti, aventi nell'art. 111 Cost., oltre che nelle norme europee, solide ed esplicite basi.

L'idea che questo assetto possa essere agevolmente superato ove si ricorra alla CTU, rimettendo al potere di eccezione tempestiva della parte la rilevazione del vizio di *extrapetizione*, significa sacrificare ingiustificatamente questi valori immanenti, tradendo lo spirito della riforma del '90 e di fatto trasformando il processo, solo perché vi è stato l'incidente della CTU, in un luogo in cui l'oggetto della lite può essere definito oltre le preclusioni processuali senza che il giudice possa dire nulla. Con l'ulteriore illogicità, che pone evidenti dubbi di incostituzionalità rispetto all'art. 3 Cost., di concepire un sistema per così dire "binario", ove vi sarebbe un processo regolato dal principio della rilevabilità d'ufficio delle preclusioni se non venga disposta CTU, e un processo regolato in modo del tutto opposto se invece sia stata disposta CTU.

Non ignora questo Ufficio che le Sezioni Unite hanno recentemente sostenuto che *"L'inammissibilità della prova testimoniale di un contratto che deve essere provato per iscritto, ai sensi dell'art. 2725, comma 1, c.c., attenendo alla tutela processuale di interessi privati, non può essere rilevata d'ufficio, ma deve essere eccepita dalla parte interessata prima dell'ammissione del mezzo istruttorio; qualora, nonostante l'eccezione di inammissibilità, la prova sia stata ugualmente assunta, è onere della parte interessata opporne la nullità secondo le modalità dettate dall'art. 157, comma 2, c.p.c., rimanendo altrimenti la stessa ritualmente acquisita, senza che detta nullità possa più essere fatta valere in sede di impugnazione."* (Cass. SU 16723/20). Non è questa la sede per approfondire la discussione sul contenuto di tale pronuncia, che certamente segna un punto di svolta, valorizzando al massimo il principio dispositivo, con applicazione estensiva della regola dell'art. 157 comma 2 c.p.c. Ai fini in esame, ci si limita a sottolineare che questa estensione dell'art. 157 comma 2 c.p.c. riguarda le prove assunte in contrasto con le regole sostanziali di cui agli artt. 2721 e ss. c.c., affermandosi che pure in tal caso ci si troverebbe di fronte ad una violazione riconducibile all'art. 156 c.p.c. Tuttavia, la violazione delle preclusioni

processuali, dei termini per definire il *thema decidendum* e *probandum*, è cosa ben diversa, siamo nel campo di un'inammissibilità del tutto differente, posta a presidio dei valori del giusto processo, della sua durata ragionevole. E le stesse Sezioni Unite del 2020 ammettono ciò, appunto distinguendo esplicitamente tra i limiti di ammissibilità della prova testimoniale fissati dall'art. 2721 e ss. c.c. e le norme che prevedono preclusioni assertive ed istruttorie nel giudizio di cognizione: - i primi sono *“dettati da norme di carattere dispositivo e, proprio perché posti nell'interesse delle parti, sono altresì da queste derogabili, anche alla stregua di un accordo implicito desumibile dalla mancata opposizione”*; le seconde, invece, *“..., giacché ispirate all'esigenza di garantire la celerità e la concentrazione del processo civile, si intendono non dettate nell'esclusivo interesse delle parti (le quali possano perciò derogarvi esplicitamente o anche solo implicitamente), in quanto dirette a garantire l'interesse pubblico a scongiurare l'allungamento dei tempi processuali (Cass. Sez. U, 11/05/2006, n. 10831), ovvero l'ordine pubblico processuale, riferibile ai principi inviolabili posti a garanzia del diritto di agire e di resistere in giudizio, con conseguente rilevabilità anche d'ufficio della loro inosservanza,”* (così pag. 14 di Cass. SU 16723/20).

Pertanto, la tesi secondo cui l'*extrapetizione* del CTU non sarebbe rilevabile d'ufficio dal giudice finisce con lo scontrarsi con gli stessi princìpi forniti dalle Sezioni Unite del 2020, pronte a ribadire che le preclusioni assertive ed istruttorie non sono dettate nell'esclusivo interesse delle parti, sicché la loro violazione è rilevabile d'ufficio.

E' bene a questo punto portare a sintesi il ragionamento.

La rilevabilità d'ufficio della violazione delle preclusioni processuali non significa che l'attività compiuta dal CTU sia viziata da nullità assoluta. La soluzione non è trasformare la nullità relativa in nullità assoluta.

L'*extrapetizione* in cui sia incorso il CTU comporta due sole conseguenze: - il giudice può rilevare d'ufficio tale vizio, senza essere condizionato dall'esistenza o meno di eccezioni di parte; - egli, una volta rilevato ciò, deve prescindere dalle

conclusioni rese dal CTU oltre i limiti del mandato, decidendo la controversia nel rispetto delle preclusioni e delle domande ed eccezioni di parte ritualmente proposte. Quella parte di CTU in eccedenza, insomma, è inammissibile, e come tale inutilizzabile. Così come è inammissibile, e come tale inutilizzabile, un documento prodotto fuori termine. E spetta al giudice rilevare, appunto anche d'ufficio, tale inammissibilità/inutilizzabilità.

In definitiva, dalla dicotomia tra nullità relativa ed assoluta, ci si deve spostare su un altro piano: quello della inammissibilità/inutilizzabilità della CTU *extramandato* che amplia il *thema decidendum* o *probandum*; così come di inammissibilità/inutilizzabilità si deve parlare in caso di documentazione prodotta fuori termine esaminata dal CTU (a questa seconda ipotesi si riferisce la requisitoria depositata nel ricorso RG 1277/17, come detto fissato alla medesima udienza delle Sezioni Unite del 14 settembre 2021).

Il giudice, al momento della decisione, recupera tutti i poteri suoi propri di valutazione del materiale probatorio ritualmente e tempestivamente acquisito, nell'ambito del *thema decidendum* come cristallizzato dalle parti nei termini di rito. Il giudice che non si accorga di una CTU eccedente i limiti del mandato o fondata su documenti tardivamente prodotti non sbaglia perché decide sulla base di un atto processuale nullo, sbaglia perché non rispetta le preclusioni processuali assertive ed istruttorie e perché viola lo stesso *petitum* come introdotto dalle parti con le proprie domande ed eccezioni formulate nei termini di rito. Il vizio di invalidità non sta nella CTU ma nel momento decisionale del giudice.

Tutti questi discorsi, è opportuno chiarirlo, riguardano l'ipotesi classica della *extrapetizione* del CTU: quella che, come visto, si traduce nel superamento delle preclusioni assertive e processuali, con una una eccedenza rispetto alla materia del contendere come cristallizzata dalle parti. Se, invece, il CTU ecceda i limiti del mandato rispondendo a quesiti non formulati, ma, nonostante ciò, resti nei limiti dell'oggetto del contendere e delle stesse deduzioni istruttorie delle parti (ad esempio un CTU che, in una causa di risarcimento danni, determini i postumi di

invalidità permanente o altre voci di danno del soggetto danneggiato pur in assenza di quesito sul punto), siamo in presenza di un vizio di natura diversa: che non appare rilevabile d'ufficio, appunto perché non si viola l'ordine pubblico processuale a presidio del quale sono poste le preclusioni assertive e probatorie e lo stesso principio della domanda *ex art. 112 c.p.c.* Il vizio, piuttosto, sta tutto nell'attività processuale compiuta dal CTU, non rispettosa sotto il profilo formale del principio del contraddittorio: il *vulnus* è nelle modalità, nella forma dell'attività compiuta dall'ausiliario, *vulnus* che appare riconducibile all'ipotesi dell'art. 156 c.p.c., con conseguente applicazione del meccanismo della rilevabilità su tempestiva eccezione della parte *ex art. 157 comma 2 c.p.c.* E' la parte che intenda dolersi di questa violazione formale del contraddittorio che deve rilevare tempestivamente il vizio, che altrimenti resta sanato.

In definitiva, la CTU *extramandato* può dare luogo a due vizi: - uno rilevabile d'ufficio, con la precisazione che non si tratta di nullità assoluta, ma di inammissibilità/inutilizzabilità della CTU *extra*; - uno rilevabile solo su tempestiva eccezione di parte, secondo lo schema della nullità relativa. E la rilevabilità d'ufficio o su eccezione di parte dipende dal fatto se l'*extramandato* si risolva o meno in una violazione del principio della domanda nonché delle preclusioni assertive e probatorie.

Ebbene, nel caso in esame deve ritenersi si sia in presenza di un vizio del primo tipo, ossia rilevabile d'ufficio, per avere la Corte d'appello di Venezia fatto leva su una ricostruzione del CTU (il progetto 2) fondata su documenti sconosciuti e oggetto di istanza di verifica espressamente rinunciata, documenti che quindi in alcun modo potevano essere valutati ai fini della decisione (per le ragioni esaminate in relazione al primo motivo). L'errore di *extrapetizione* del CTU, pertanto, era rilevabile d'ufficio, a prescindere dalla tempestiva eccezione della parte, essendo un errore comunque non inficiante il potere/dovere del giudice di decidere la causa tenendo conto delle domande e delle eccezioni ritualmente proposte dalle parti e, nell'ambito di queste, dei documenti esaminabili secondo le

stesse richieste e deduzioni delle parti. Così come il CTU non poteva esaminare documenti sconosciuti ed oggetto di istanza di verifica poi rinunciata, questo potere di non esaminarli restava in capo al giudice al momento della decisione, traducendosi anzi in un dovere di non esaminarli.

Da qui la fondatezza del quinto motivo, che appare dunque meritevole di accoglimento.

Per queste ragioni, il rappresentante della Procura Generale

Chiede

che le Sezioni Unite della Corte di cassazione accolgano il primo e il quinto motivo di ricorso, enunciando per quest'ultimo i principi di diritto nei sensi di cui in motivazione; respinti o assorbiti gli altri motivi.

Roma, 22 luglio 2021

Il sostituto procuratore generale

(dott. Alessandro Pepe)