



PROCURA GENERALE
della Corte di cassazione

Sezioni Unite civili
Udienza pubblica del 14 settembre 2021
Ricorso R.G. 1277/17; n. 1 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 Milano, con l'ordinanza n. 4134/16 depositata il 19 aprile 2016, ha dichiarato inammissibile *ex artt. 348 bis e ter c.p.c.* il gravame proposto da XX, già XX, avverso la sentenza del Tribunale di Monza n. 423/16 che aveva rideterminato in € 833.749,18 il saldo debitore del conto corrente aperto da detta società presso XX

XX e XX e XX, fideiussori della società debitrice principale, insorgono contro l'ordinanza della Corte d'appello e la sentenza di primo grado sulla base di tre motivi.

Il primo è rivolto nei confronti dell'ordinanza, della quale si contesta l'assenza di motivazione in ordine all'appello incidentale proposto dalla Banca.

Vi è palese difetto di interesse da parte dei ricorrenti a far valere questo eventuale vizio, riguardante appunto l'appello incidentale della Banca, ossia una domanda formulata nei confronti di essi ricorrenti (domanda il cui mancato esame, quindi, non può che averli avvantaggiati).

Ad ogni modo, come si legge nell'ordinanza e come riportato anche nel motivo, l'impugnazione incidentale di XX era stata proposta "in via subordinata", risultando così assorbita dalla declaratoria di inammissibilità ex artt. 348 *bis* e *ter* c.p.c. del gravame principale. Nessuna motivazione espressa era pertanto necessaria.

Il secondo motivo contiene la censura che ha indotto il collegio della Prima sezione civile a chiedere l'intervento regolatore delle Sezioni Unite. I ricorrenti lamentano la nullità radicale della espletata CTU, nullità derivante dal fatto che il CTU avrebbe espresso le sue valutazioni, recepite poi dal Tribunale di Monza, facendo leva su un documento irrualmente acquisito dall'ausiliario "*ben oltre le preclusioni di cui all'art. 183 c.p.c.*" (pag. 8 del ricorso), ossia la richiesta di fido del 16 luglio 1997. Secondo il Tribunale di Monza tale circostanza non era rilevante in punto di diritto, non essendo stato mai contestato il provvedimento con cui l'ausiliario era stato autorizzato ad acquisire eventuali documenti mancanti e inoltre "*nessun tempestivo rilievo è stato effettuato sul punto alla relazione di consulenza tecnica d'ufficio*" dalla parte interessata. La Corte d'appello ha condiviso questa soluzione, affermando che l'illegittimità della produzione documentale era stata formulata "*solo tardivamente in un'udienza interlocutoria dopo il deposito della relazione di C.T.U. ...*" né era stata riproposta in sede di conclusioni definitive dinanzi al Tribunale.

L'ordinanza interlocutoria della Prima sezione civile, dopo avere dato atto di ciò e dopo avere precisato che la doglianza dei ricorrenti circa la tempestività della propria eccezione di nullità era viziata da genericità e difetto di autosufficienza (sul punto si condivide l'assunto), entra nel vivo della questione giuridica della valenza della CTU fondata su documenti tardivamente prodotti, rammentando le opposte tesi che si contendono il campo: all'indirizzo tradizionale (da ultimo Cass. 15747/18 e 2251/13), secondo cui in tal caso si è in presenza di un vizio di nullità relativa della CTU, appunto da far valere nella prima difesa ai sensi dell'art. 157 comma 2 c.p.c. pena la sanatoria del vizio, si contrappone un più recente orientamento (Cass. 31886/19), secondo cui la CTU fondata su documenti tardivamente prodotti sarebbe affetta da nullità assoluta rilevabile d'ufficio dal giudice senza limiti temporali, salvo chiaramente il giudicato.

Orbene, ad avviso dell'Ufficio della Procura Generale, l'orientamento tradizionale non appare condivisibile.

L'idea che la CTU fondata su un documento prodotto tardivamente sia affetta da nullità relativa sembra scontare un vizio di fondo: l'automatica applicazione delle regole dell'art. 157 c.p.c. alla materia in esame. L'art. 157 c.p.c., posto in immediata successione all'art. 156 c.p.c., si riferisce alle nullità previste da tale norma, ossia quelle derivanti dall' "*inosservanza di forme*" degli atti del processo. E, in tema di prove, le forme non sono osservate ove, ad esempio, i capitoli di prova non siano dedotti nelle modalità indicate dall'art. 244 c.p.c., oppure deponga un soggetto incapace a testimoniare, etc. etc.

La forma è cosa ben diversa dal contenuto dell'atto processuale o del documento. Il contenuto della prova è rimesso alla valutazione officiosa del giudice, senza intermediazioni delle parti, che invece sono tenute a controllare le modalità attraverso cui quel contenuto si forma nel processo. L'art. 157 comma 2 c.p.c. riguarda questo secondo profilo, questo secondo piano.

La conseguenza è che tale norma riguarda solo le prove costituenti, ovvero quelle il cui contenuto si forma nel processo. Per esse ha senso ragionare su eventuali modalità di formazione (assunzione) viziate.

Viceversa, per i documenti, prove precostituite, non ci può essere un vizio processuale di formazione. Il documento, che appunto è precostituito, c'è o non c'è a prescindere del processo, esso è valido o è invalido secondo le regole di diritto sostanziale e non processuale, così come secondo le regole di diritto sostanziale è idoneo a provare i fatti dedotti in causa. Certo, le norme processuali stabiliscono i tempi entro i quali i documenti devono essere prodotti, ma la violazione di tali tempi produce l'inammissibilità della produzione documentale, ossia l'impossibilità di esaminarne il contenuto. Siamo in un campo del tutto diverso dalla nullità di cui agli artt. 156 e 157 c.p.c., perché ciò che è introdotto oltre i termini preclusivi del codice di rito non è un atto formatosi in modo viziato, è un atto inutilizzabile a monte.

“Inammissibilità” per decorrenza delle preclusioni istruttorie e “nullità relativa” per vizi degli atti processuali sono due categorie diverse, aventi fondamenti logici e giuridici diversi. Ed è pacifico in giurisprudenza che l'inammissibilità derivante dalla maturazione delle preclusioni istruttorie, essendo collegata all'interesse pubblicistico - e con copertura costituzionale - alla durata ragionevole del processo, sia rilevabile d'ufficio dal giudice (vedi Cass. 16800/18 e 7270/08, citate nella stessa ordinanza interlocutoria della Prima sezione civile; e vedi anche Cass SU 16723/20, su cui ci si soffermerà *infra*). Laddove, appunto, la nullità relativa risponde al mero interesse delle parti processuali e per questo deve essere tempestivamente eccepita dalla parte interessata.

Tuttavia, rilevabilità d'ufficio non significa identificazione di questa inammissibilità con la nullità assoluta. Si è chiarito sopra che la prova inammissibile siccome tardivamente introdotta non è viziata da invalidità sotto il profilo della sua formazione nel processo: la prova intempestivamente introdotta è inutilizzabile a monte, e come tale non deve essere esaminata. Non si sanziona il modo in cui si è

formata la prova, si esclude *a priori* che essa sia utilizzabile ai fini della decisione. La prospettiva è chiaramente diversa.

Del resto, ragionare in termini di nullità assoluta per le allegazioni istruttorie intempestive comporta l'utilizzo di un concetto, appunto di nullità assoluta, che l'ordinamento processuale conosce solo nel caso, eccezionale e diverso, dell'art. 158 c.p.c., ovvero dei vizi relativi alla costituzione del giudice.

Non si ignora che la giurisprudenza di legittimità adopera anche in altre occasioni il concetto di nullità assoluta della prova, in particolare per la prova testimoniale o per presunzioni riguardante un contratto soggetto alla regola della forma scritta *ad substantiam* (cfr. da ultimo Cass. SU 16723/20). Tuttavia, in questo caso la prova non appare viziata da violazione di regole processuali, scontrandosi viceversa con le regole di diritto sostanziale che stabiliscono i limiti di efficacia delle prove e ancor prima individuano i requisiti essenziali costitutivi di un negozio giuridico. Se il codice civile, con l'art. 1350, prescrive una determinata forma scritta *ad substantiam* per il negozio giuridico avente ad oggetto diritti reali immobiliari, è evidente che la prova per testimoni su quel contratto non ha alcun valore, non perché sia nulla per violazione di norme processuali, ma appunto per la violazione delle norme sostanziali sugli elementi costitutivi di quel tipo di negozio giuridico e sui conseguenti limiti di prova fissati dall'art. 2725 c.c. Tale disposizione è una norma di diritto privato, le regole sul valore sostanziale delle prove sono norme di diritto privato e non di diritto processuale, per cui la nullità assoluta invocata in proposito dalla giurisprudenza finisce con l'identificarsi con l'inammissibilità/inutilizzabilità della prova per violazione delle preclusioni processuali, con la sola differenza che nel primo caso tale inammissibilità/inutilizzabilità nasce dalla inosservanza di norme sostanziali e non processuali. La rilevanza d'ufficio è una conseguenza dell'inderogabilità della regola, di diritto privato, per cui alcuni contratti sono validi solo se vi è la forma scritta, sicché d'ufficio il giudice è tenuto a dichiarare non valido un contratto di tal tipo pur se provato con testi o per presunzioni.

Come si vede, siamo al di fuori del campo della nullità processuale e il meccanismo alla fine è simile a quello che si realizza nell'ipotesi di violazione delle preclusioni istruttorie: in entrambi i casi il sistema reagisce con la "inammissibilità/inutilizzabilità", rilevabile anche d'ufficio, delle prove offerte o assunte, in quanto ci sono ragioni di ordine pubblico, inderogabili e non rimesse alla disponibilità delle parti, a che un contratto avente un determinato oggetto sia consacrato in un atto scritto, così come ci sono ragioni di ordine pubblico, inderogabili e non rimesse alla disponibilità delle parti, a che una prova sia offerta nel processo entro determinati limiti temporali.

Esportando tali principi alla CTU, viene chiaramente in rilievo la distinzione tra la "nullità relativa" e l'"inammissibilità" di cui sopra. Se il giudice ha compiuto le operazioni peritali non avvisando le parti e i relativi consulenti nominati, vi è un vizio nell'attività processuale che si riverbera sugli atti compiuti dall'ausiliario e quindi nelle conclusioni dallo stesso rese: in questo caso scatta il meccanismo dell'art. 157 comma 2 c.p.c., con necessità appunto di eccezione tempestiva di nullità e sanatoria nel caso contrario (del resto, come chiarisce Cass. 31886/19, questa è l'ipotesi tipica in cui la giurisprudenza di legittimità ha parlato di nullità relativa della CTU). Se, invece, il giudice ha valutato un documento irrualmente acquisito e non tempestivamente prodotto dalle parti nei termini di rito, egli ha compiuto una valutazione basata su un documento inutilizzabile, sicché la sua valutazione, per la proprietà transitiva, è anche essa inutilizzabile dal giudice: qui non ci si trova di fronte ad un procedimento di formazione della prova invalido, in quanto la CTU, almeno nella sua versione tipica, non è un mezzo di prova, è solo uno strumento di ausilio tecnico per il giudice, per cui così come il giudice in via diretta non può tenere conto di quel documento siccome tardivamente prodotto, analogamente non lo potrebbe fare in modo surrettizio servendosi della valutazione del medesimo documento compiuta dal CTU. Insomma, le preclusioni istruttorie, se devono valere per il giudice, devono valere anche per il suo ausiliario; e se questi le disattende, non per ciò deve disattenderle il giudice.

La stessa cosa dovrebbe accadere qualora il CTU formulasse le sue conclusioni facendo leva su una prova orale relativa ad un contratto soggetto alla forma scritta *ad substantiam*: il giudice, pur in difetto di eccezione di parte, mai potrebbe ancorare la sua pronuncia a tali conclusioni, viziati dal riferimento alla prova orale, perché in tal modo egli finirebbe col violare la regola di diritto sostanziale secondo cui contratti di quel tipo sono validi solo se supportati da un documento scritto. E tale regola sostanziale è sottratta alla disponibilità delle parti.

Né può validamente sostenersi che nella CTU “percipiente”, quella che costituisce fonte oggettiva di prova, questa impostazione di fondo debba essere rivista: l’ausiliario che nella CTU percipiente arrivi ad una conclusione avvalendosi di un documento non tempestivamente prodotto rimette al giudice una conclusione viziata non solo nella forma ma anche e soprattutto nel contenuto, appunto perché fondata su un documento inutilizzabile a monte. La CTU, pur se “percipiente”, non può mai astrarsi dagli elementi su cui si fonda, perché ciò che è inammissibile/inutilizzabile come prova non può diventarlo solo perché ne parla il CTU nella sua relazione. La conseguenza è che anche la relazione “percipiente” diventa inammissibile/inutilizzabile, perché la prova è stata “percepita” sulla base di atti inutilizzabili, dal giudice e quindi anche dal CTU.

D’altro canto, la propagazione dei vizi agli atti successivi è prevista dall’art. 159 c.p.c.: è vero che tale norma riguarda le nullità processuali, ossia quelle formali di cui all’art. 156 c.p.c., ma, una volta che si chiarisce il distinguo tra tali nullità e il concetto di “inammissibilità/inutilizzabilità” di cui sopra, resta comunque il principio generale della propagazione di un vizio all’atto successivo. Sicché, dal diverso vizio dell’inutilizzabilità per inammissibilità/intempestività dell’allegazione istruttoria deriva la inutilizzabilità all’atto successivo, ossia la CTU fondata su di esso.

Premessa tale ricostruzione, relativa anche alla CTU “percipiente”, l’Ufficio della Procura Generale rappresenta comunque che nel caso in esame il documento irritualmente acquisito, la richiesta di fido del 16 luglio 1997, atteneva agli elementi

essenziali della controversia tra le parti, ovvero all'esistenza di clausole determinative degli interessi debitori tra le parti. Né si era in presenza di una CTU "percipiente" nei sensi di cui sopra, in quanto il ricorso all'ausiliario serviva non per accertare fatti altrimenti non accertabili, bensì solo per aiutare il giudice in una materia tecnica come quella dei conteggi bancari ove occorre la ricostruzione dei movimenti bancari, con calcolo poi degli interessi, della capitalizzazione, delle commissioni di massimo scoperto, delle spese, etc. Insomma, trattavasi di un documento che spettava alla Banca produrre per provare la fondatezza delle sue pretese economiche relative agli interessi di mora e rispetto al quale, in quanto intempestivamente prodotto, l'unica valutazione da fare era quella della sua inutilizzabilità in radice, con irrilevanza dell'assenza di una tempestiva eccezione di nullità della CTU, non trattandosi appunto di nullità attinente alla modalità di formazione di atti probatori, regolata dall'art. 157 comma 2 c.p.c., bensì della diversa categoria concettuale della inammissibilità per intempestività nell'allegazione dei fatti costitutivi delle pretese delle parti.

Ad ogni modo, se non si ritenesse di accedere all'impostazione di cui sopra, sostituendo alla dicotomia tra nullità relativa ed assoluta quella tra nullità relativa ed inutilizzabilità, resta il fatto che la tesi della nullità assoluta appare di gran lunga preferibile rispetto alla tesi della nullità relativa. Il sistema delle preclusioni istruttorie, grande (ri)conquista della novella del '90, finirebbe di fatto col saltare o quantomeno essere messo in serissima crisi da un sistema generalizzato di preclusioni sanabili per effetto della mera inerzia di parte, venendosi a premiare acquisizioni documentali avvenute oltre i termini e al di fuori dell'iniziativa delle parti, come tali poste in essere in violazione del contraddittorio, della parità processuale e del principio dispositivo. Questi vizi, secondo l'inquadramento di Cass. 31886/19, sono così radicali da dare vita a forme di nullità assoluta, rilevabile d'ufficio dal giudice a prescindere dalla tempestiva eccezione della parte. Se non si intende abbandonare la prospettiva della nullità processuale, questa conclusione merita di essere condivisa.

In definitiva, una cosa è certo a parere di questo Ufficio: l'art. 157 comma 2 c.p.c. non è applicabile nel caso in esame e la CTU fondata (nella specie in parte) su documento tardivamente introdotto in causa non può essere utilizzata ai fini della decisione (in relazione ai fatti di cui al citato documento).

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. viene fatta per le prove assunte in contrasto con le regole sostanziali di cui agli artt. 2721 e ss. c.c., affermandosi che anche in tal caso ci si troverebbe di fronte ad una violazione riconducibile all'art. 156 c.p.c. Ebbene, la violazione delle preclusioni processuali 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, del contraddittorio. E le stesse Sezioni Unite del 2020 ammettono ciò, appunto distinguendo 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 rilevanza anche d'ufficio della loro inosservanza,” (così pag. 14 di Cass. SU 16723/20).

Pertanto, la tesi secondo cui il vizio della CTU basata su documenti tardivamente non sarebbe rilevabile d'ufficio dal giudice finisce con lo scontrarsi con gli stessi principi 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, una volta che si neghi che la CTU sia un mezzo di prova e, comunque, si affermi che l'esperimento della CTU non sovverte le regole di introduzione delle prove nel processo civile e non incide sui poteri del giudice, che restano intatti, la conclusione non può che essere nel senso che una CTU fondata su documenti tardivamente prodotti è inammissibile/inutilizzabile nella parte in cui fa leva su tali documenti, così come sono inammissibili/inutilizzabili detti documenti.

Da qui l'accoglimento del secondo motivo di ricorso.

Il terzo motivo è in parte superato dall'accoglimento del secondo, che appunto elimina la copertura delle condizioni concordate con la lettera di fido del 16 luglio 1997.

Per il resto valga quanto segue.

L'assenza di una pattuizione scritta degli interessi, imposta dall'art. 1284 comma 3 c.c. (applicabile *ratione temporis* essendosi in presenza di contratto di conto corrente sorto pacificamente nel 1988, quindi prima dell'entrata in vigore dell'art. 4 legge n. 154 del 1992 poi trasfuso nell'art. 117 TUB), esclude la debenza degli interessi ultralegali, senza che rilevi, diversamente da quanto opinato dal Tribunale di Monza, la pubblicazione delle variazioni delle condizioni contrattuali sulla

Gazzetta Ufficiale, l'invio di proposte unilaterale di modifica alla correntista, l'affissione dei fogli informativi nei locali della Banca, l'invio degli estratti conto contenenti via via le condizioni applicate. Invero, la mera ricezione di proposte di modifica e degli estratti conto non ha alcun rilievo contrattuale, mentre le forme di pubblicità (Gazzetta Ufficiale, affissione presso i locali della Banca) che si assume eseguite dalla Banca costituiscono meccanismi di modifica/integrazione contrattuale previsti dall'art. 117 comma 7 TUB, inapplicabili *ratione temporis*, in senso sfavorevole alla correntista (che da una nullità totale del tasso ultralegale si vedrebbe applicato un tasso sostitutivo), a contratto sorto anteriormente.

Senonché nella sentenza del Tribunale di Monza non si fa riferimento solo a questa pubblicità dei nuovi tassi, ma si afferma anche che, dopo la richiesta di fido del 16 luglio 1997, “...erano stati sottoscritti diversi altri contratti di modifica degli importi delle singole linee di credito, dei tassi praticati, delle commissioni e delle spese. Tutti i predetti contratti risultano firmati dalla correntista e muniti di data certa” (vedi pag. 4 della sentenza). E su questo punto, costituente autonoma *ratio decidendi*, manca qualsivoglia censura. Sicchè, ferma l'esclusione della lettera di fido del 1997, permane la validità della decisione relativa alla debenza degli interessi ultralegali fondata sull'esistenza, non censurata, di questi ulteriori pattuizioni scritte.

In questa medesima ottica, perdono consistenza le doglianze relative al calcolo dei “tassi creditori”, delle “competenze dei cosiddetti vassalli”, delle “valute”, delle “anticipazioni operazioni con estero o in valuta estera”. Il Tribunale di Monza ha dato atto dell'esistenza di successivi contratti individuanti le condizioni praticate e su questo punto, si ripete, non vi è specifica doglianza.

Ad ogni modo, le censure appaiono tutte generiche e di merito, involgendo accertamenti di fatto e conteggi effettuati dal CTU e recepiti dal giudice.

Ed ancora, si contestano i tassi creditori quando, leggendo la sentenza di primo grado, non risulta che l'attrice avesse formulato rilievi anche in proposito (il calcolo degli interessi attivi oltre che di quelli passivi), né nell'odierno ricorso se ne fa circostanziato cenno.

Si formulano censure sulla capitalizzazione trimestrale quando essa è stata pacificamente esclusa dal Tribunale di Monza, e non è dato comprendere in modo chiaro quale sarebbe l'eventuale problema residuo.

Si deduce un'usurarietà che avrebbe riguardato almeno 22 trimestri di rilevazione, quando il Tribunale, oltre a rilevare l'inesistenza di una formale eccezione di superamento dei limiti del tasso soglia antiusura ed a precisare che parte attrice si era sottratta all'onere minimo di allegazione del superamento del tasso soglia al momento della stipula del contratto, ha evidenziato che secondo la CTU non vi era mai stato superamento del tasso soglia nel corso del rapporto utilizzando i criteri di conteggio previsti dalla legge 109/06 e pur considerando tutti gli oneri collegati all'erogazione del credito e la commissione di massimo scoperto (pagg. 7-8 della sentenza).

Per queste ragioni, il rappresentante della Procura Generale

Chiede

che le Sezioni Unite della Corte di cassazione accolgano il secondo motivo di ricorso per le ragioni esposte in motivazione, enunciando i relativi princìpi di diritto; respinti gli altri motivi

Roma, 22 luglio 2021

Il sostituto procuratore generale
(dott. Alessandro Pepe)