diritto ed economia dell'impresa

Diretta da LUCIANO M. QUATTROCCHIO

2 - 2016

INTERVENTI di

L. Baggiani, A. Ghiglione, G. Büchi, C. Crovini, A. Vicini Ronchetti
A. Rossi, D. Perego, G.C. Dominici, L.M. Quattrocchio, S. Foà, F. Lunardon
B. Inzitari, G. Bonfante, M. Scaiola, B.M. Omegna, M. Irrera

APPROFONDIMENTI di

A. Di Sapio, A. Carena, A. Gianola, M. Ceccacci, L.M. Quattrocchio
G. Imberti, C. Massa, E. Selmin, A. Zantomio, F.M.R. Savio
M. Maccarrone, A. Pasquale, G.P. Macagno, S. Marro, A. Martines

SAGGI di

S. Foà, D. Greco, V. Pacileo
L.M. Quattrocchio, G. Quaranta, I. Astorino
E. Sorano, G. Lombardo, E. Valentino

IUSTITIAM COLIMUS

G. Giappichelli Editore – Torino

Rivista telematica bimestrale 2 - 2016 • Iscrizione al R.O.C. n. 25223

ISSN 2499-3158

diritto ed economia dell'impresa

Diretta da LUCIANO M. QUATTROCCHIO

2 - 2016

G. Giappichelli Editore – Torino

Direttore responsabile: Luciano M. Quattrocchio

Direzione e Redazione:
www.dirittoeconomiaimpresa.it

© Copyright 2016 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100
http://www.giappichelli.it

ISSN 2499-3158

Pubblicato nel mese di aprile 2016

Comitato di Direzione

Direttore: Luciano M. Quattrocchio.
Vice-Direttore: Monica Cugno.
Segretario: Maurizio Cavanna.
Consulente linguistico: Diana Fahey

Comitato Scientifico

Presidente: Guido Bonfante.
Segretario: Giuseppe Vanz.

Giacomo Büchi, Sergio Foà, Bruno Inzitari, Fiorella Lunardon, Giovanni Ossola, Alessandra Rossi.

Comitato di Redazione
Membri Effettivi

Presidente: Carlo Majorino (Consigliere SAA).
Segretario: Maria Maccarrone.

Paolo Fabris, Barbara Veronese, Anna Cugno, Cecilia Casalegno, Francesco Cappello, Margherita Corrado, Bianca Maria Omegna, Elena Gentile, Anna Maria Porporato, Michele Ricciardo Calderaro, Francesco Gerino, Valeria Miraglia, Fabrizia Santini, Fabrizio Bava, Alain Devalle, Guido Giovando, Maurizio Riverditi, Elena Piccatti, Andrea Trucano, Mario Grandinetti, Gabriele Varrasi, Alessandro Vicini Ronchetti, Alessandro Terzuolo.

Membri Consultivi

Stefano Battaglia (Unione Giovani Commercialisti).
Fabrizio Bontempo (Unione Giovani Consulenti Del Lavoro).
Gianluca Marzulli (Associazione Giovani Avvocati).

Collaboratori di Redazione

Alessandro Avataneo, Fabrizio Bava, Valentina Bellando, Francesco Cappello, Cecilia Casalegno, Maurizio Cavanna, Giovanni Castellano, Margherita

Corrado, Chiara Crovini, Anna Cugno, Monica Cugno, Alain Devalle, Paolo Fabris, Elena Gentile, Francesco Gerino, Guido Giovando, Mario Grandinetti, Melchior E. Gromis Di Trana, Maria Maccarrone, Carlo Majorino, Cinzia Manassero, Valeria Miraglia, Roberta Monchiero, Luisa Nadile, Bianca Maria Omegna, Alessandro Pastore, Elena Piccatti, Anna Maria Porporato, Luciano Matteo Quattrocchio, Michele Ricciardo Calderaro, Maurizio Riverditi, Fabrizia Santini, Alessandro Terzuolo, Andrea Trucano, Barbara Veronese, Alessandro Vicini Tronchetti.

Criteri di riferimento, problematiche tecniche e *best practice* degli incarichi di C.T.U.
Esempi in cause civili di frequente ricorrenza (controversie bancarie e azioni di responsabilità in imprese fallite)

Luciano M. Quattrocchio-Bianca Maria Omegna

SOMMARIO

1. Premessa. – 2. L'attività del consulente tecnico d'ufficio. – 2.1. Considerazioni preliminari. – 2.2. L'inizio delle operazioni di consulenza tecnica. – 2.3. Lo svolgimento delle operazioni di consulenza tecnica e i termini di deposito della relazione. – 2.4. Il verbale delle operazioni compiute e la relazione di consulenza tecnica. – 2.5. L'acquisizione della documentazione da parte del consulente tecnico d'ufficio. – 2.6. L'esame contabile *ex* art. 198 c.p.c. e il tentativo di conciliazione. – 2.7. Le ipotesi di nullità della relazione di consulenza tecnica d'ufficio. – 2.8. Aspetti deontologici della funzione di consulente tecnico. – 2.9. La liquidazione del compenso. – 3. Rassegna di quesiti. – 3.1. Il quesito in tema di conto corrente bancario. – 3.2. Il quesito in tema di mutuo. – 3.3. Il quesito in tema di segnalazione illegittima alla Centrale Rischi. – 3.4. Il quesito in tema di polizze Unit linked e Index Linked. – 3.5. Il quesito in tema di azioni di contratti derivati. – 3.6. Il quesito in tema di azioni di responsabilità.

1. *Premessa*

Il senso di responsabilità e di rigore metodologico che devono informare l'operato del consulente tecnico d'ufficio, oltre ad essere presidiati da norme sia civili sia penali, discende dall'importanza che la giurisprudenza ormai consolidata attribuisce al risultato della sua attività.

Sotto tale profilo, recentemente il Tribunale di Napoli (sent. 25 giugno 2015, n. 9312) ha affermato che il giudice di merito che si rimetta alla conclusioni del consulente tecnico può limitarsi ad una motivazione semplificata: non deve, cioè, fornire la spiegazione del motivo per cui ha aderito alle tesi del professionista incaricato, a meno che le contestazioni siano successive al deposito della consulenza.

Ma la Corte di Cassazione già da tempo (sent. n. 1642/1976) aveva stabili-

to che il giudice del merito «*mentre deve indagare le ragioni per le quali ritenga di non poter condividere le conclusioni del consulente tecnico di ufficio, non è, invece, tenuto ad una specifica e particolareggiata motivazione nel caso in cui a quelle conclusioni aderisca, riconoscendole giustificate dalle indagini svolte dal consulente e dalle spiegazioni contenute nella relativa relazione*». In questi casi, infatti, «*è sufficiente che egli dimostri, senza la necessità di un'analitica motivazione, di aver proceduto alla valutazione della consulenza tecnica e di averla riscontrata convincente, oltre che immune da difetti o lacune*».

Più di recente, la stessa Corte di Cassazione (sent. 11 marzo 2002, n. 3492) ha affermato il principio secondo cui «*il giudice di merito che riconosce convincenti le conclusioni del consulente tecnico non è tenuto ad esporre in modo specifico le ragioni che lo inducono a fare propri gli argomenti dell'ausiliare se dalla indicazione della consulenza tecnica possa desumersi che le contrarie deduzioni delle parti siano state rigettate, dato che in tal caso l'obbligo della motivazione è assolto con l'indicazione della fonte dell'apprezzamento espresso*»; con la conseguenza che «*soltanto nel caso in cui i rilievi all'operato del consulente tecnico avanzati dopo il deposito della relazione (e che, quindi, non hanno ricevuto risposta nella stessa) si presentino specifici, puntuali e suffragati da elementi di prova, il giudice, che ritiene di uniformarsi al parere del consulente tecnico, non può sottrarsi al dovere di esporre le ragioni per le quali ha ritenuto infondati i medesimi rilievi*». Dunque, al giudice «*è consentito di limitarsi a condividere le argomentazioni tecniche svolte dal proprio consulente, recependole, qualora le critiche mosse alla consulenza siano state già valutate dal consulente d'ufficio ed abbiano trovato motivata e convincente smentita in un rigoroso ragionamento logico*».

Lo stesso principio è stato poi ribadito – ancora più di recente – dalla Suprema Corte (sent. n. 282/2009), la quale ha affermato che «*non è necessario che il giudice si soffermi anche sulle contrarie allegazioni dei consulenti tecnici di parte che, seppur non espressamente confutate, restano implicitamente disattese perché incompatibili con le conclusioni tratte, risolvendosi in mere allegazioni difensive*».

La trattazione del tema è divisa in due parti: la prima, nella quale viene esaminata in dettaglio la funzione e l'attività del consulente tecnico d'ufficio (prendendo spunto dal documento elaborato dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, *Note su aspetti procedurali della consulenza tecnica in materia civile*); la seconda, nella quale sono riportati esempi di quesiti in diversi ambiti della consulenza tecnica d'ufficio.

2. *L'attività del consulente tecnico d'ufficio*

2.1. *Considerazioni preliminari*

Le modalità di svolgimento dell'incarico da parte del consulente tecnico d'ufficio sono disciplinate dagli artt. 61, 62, 194, 195 e 197 c.p.c. (modificati dalla legge 18 giugno 2009, n. 69).

Dalla lettura di tali norme, si evince chiaramente che il legislatore ha inteso assicurare il pieno rispetto del principio del contraddittorio, mediante:

• la possibilità data alle parti di partecipare alle operazioni e di nominare propri consulenti tecnici;

• l'obbligo del consulente tecnico d'ufficio di dare avviso dell'inizio delle operazioni peritali;

• la facoltà riconosciuta alle parti e ai loro consulenti tecnici di presenziare alle operazioni, fare richieste, domande e osservazioni al consulente tecnico d'ufficio, di cui questi dovrà tenere conto;

• la possibilità, per i consulenti tecnici di parte, di redigere consulenze di parte ed allegarle agli atti quali scritti difensivi;

• la necessità che il giudicante, nell'assumere e motivare la decisione, prenda in considerazione le contestazioni e le osservazioni mosse dai consulenti tecnici di parte al consulente tecnico d'ufficio;

• la possibilità che i consulenti tecnici di parte siano presenti qualora il giudice – anche collegiale – ritenga di sentire a chiarimenti il consulente tecnico d'ufficio in camera di consiglio.

2.2. *L'inizio delle operazioni di consulenza tecnica*

L'art. 194, comma 2, c.p.c., attribuisce il diritto delle parti di presenziare – anche di persona, oltre che a mezzo dei difensori e consulenti tecnici di fiducia – alle operazioni del consulente tecnico, con la conseguenza che le parti medesime devono essere necessariamente avvisate dell'inizio delle operazioni peritali, così come stabilito dalle disposizioni di cui agli artt. 90, comma 1 e 91, comma 2, disp. att. c.p.c.

Invero, nella prassi, l'inizio delle operazioni peritali viene normalmente fissato nel corso dell'udienza di comparizione del consulente tecnico d'ufficio (e quindi nel contraddittorio delle parti). Tuttavia, se il consulente tecnico d'ufficio decide di rinviare le operazioni a data da destinare e successivamente le riprenda, ha l'obbligo di avvertire nuovamente le parti. L'inosservanza di tale obbligo può dar luogo a nullità della consulenza – peraltro relativa e quindi sanabile se non dedotta nella prima difesa o in un'udienza successiva –, ma

solo se l'inosservanza abbia effettivamente comportato, con riguardo alle circostanze del caso concreto, un pregiudizio del diritto di difesa.

2.3. *Lo svolgimento delle operazioni di consulenza tecnica e i termini di deposito della relazione*

Le parti possono intervenire alle operazioni di consulenza tecnica, di persona o tramite propri consulenti tecnici o difensori, nonché presentare al consulente tecnico d'ufficio – per iscritto o a voce – osservazioni e istanze.

Se le indagini non possono esaurirsi in una sola volta, e il consulente tecnico d'ufficio ne rinvia il prosieguo ad altra data, occorre distinguere varie ipotesi:

• la data di rinvio viene fissata in esito alla prima riunione: in tale ipotesi, non deve essere dato avviso alle parti, in quanto la data di rinvio si reputa nota alle parti presenti, o che avrebbero potuto essere presenti, in quanto è loro preciso onere seguire – nel proprio interesse – lo svolgimento delle operazioni di consulenza tecnica;

• la data di rinvio non viene fissata in esito alla prima riunione: in tale caso, è necessario un nuovo avviso alle parti e ai consulenti tecnici di parte. Lo stesso dicasi allorché le operazioni siano sospese e poi riprese: in questo caso, infatti, non di rinvio si tratta, ma di un vero e proprio nuovo inizio (come nel caso di rinnovazione), ed è pertanto necessaria la comunicazione di cui all'art. 90, comma 1, disp. att. c.p.c.

Inoltre, il consulente tecnico d'ufficio ha l'obbligo di dare avviso alle parti nel caso in cui si avvalga, per lo svolgimento dell'incarico affidatogli, di un esperto. Se ricorre tale ipotesi, le parti devono essere tempestivamente avvertite delle indagini eseguite con l'ausilio dell'esperto e poste in grado di muovere le loro osservazioni.

L'art. 195 c.p.c. prevede che il giudice deve fissare il termine entro il quale le parti devono trasmettere al consulente tecnico d'ufficio le loro osservazioni alla bozza di relazione e il termine, anteriore alla successiva udienza, entro il quale il consulente deve depositare in cancelleria la relazione definitiva, le osservazioni delle parti e una sintetica valutazione sulle stesse; la relazione definitiva deve essere depositata in cancelleria nel termine fissato dal giudice.

In tale prospettiva, l'art. 195, comma 3, c.p.c. prevede che una bozza di relazione deve essere trasmessa alle parti prima del deposito della relazione definitiva e ciò per consentire a queste di inviare – a loro volta, al consulente tecnico d'ufficio – osservazioni e note scritte, delle quali quest'ultimo deve fornire espressa e sintetica risposta contestualmente al deposito della relazione

definitiva. Pertanto, il consulente tecnico d'ufficio, soltanto all'esito della compiuta esplicazione del contraddittorio, può provvedere al deposito in cancelleria della relazione definitiva, delle osservazioni delle parti e di una sintetica valutazione delle stesse.

Il consulente tecnico d'ufficio, quindi, deve far conoscere alle parti la risposta motivata ai quesiti – la cd. "bozza di relazione" – entro un primo termine fissato dal giudice; le parti a loro volta (attraverso i consulenti tecnici di parte eventualmente nominati) – entro un secondo termine, di regola estremamente breve – devono comunicare al consulente tecnico d'ufficio le loro osservazioni e controdeduzioni. Infine, il consulente tecnico d'ufficio deve depositare – entro l'ultimo termine stabilito – la relazione finale, contenente anche le risposte alle osservazioni delle parti.

È, quindi, previsto un termine interno alle operazioni peritali, che consente ai consulenti tecnici di parte di proporre le loro osservazioni nel corso delle operazioni peritali, al fine di garantire il contraddittorio con le parti ed evitando un inutile passaggio in udienza.

Nel verbale di giuramento, dunque, il giudice deve indicare al consulente d'ufficio:

• un primo termine, entro il quale egli deve inviare alle parti una bozza di relazione, per il loro esame;

• un secondo termine in cui queste ultime – o i loro consulenti tecnici – devono far pervenire al consulente tecnico d'ufficio le (eventuali) osservazioni;

• un terzo termine, con scadenza anticipata rispetto all'udienza di rinvio – in modo che sia le parti, sia il giudice, possano prenderne visione per tempo –, entro il quale il consulente tecnico d'ufficio deve depositare in cancelleria la relazione definitiva, che deve necessariamente contenere le osservazioni delle parti e la sintetica "risposta" del consulente tecnico d'ufficio alle stesse. Questo meccanismo consente di anticipare le discussioni che normalmente – prima della riforma – si aprivano all'udienza successiva al deposito e che spesso comportavano ulteriore attività istruttoria; inoltre, riconduce le osservazioni dei consulenti tecnici di parte nel suo ambito naturale, e cioè nel contraddittorio con il consulente tecnico d'ufficio.

Il termine stabilito per il deposito della relazione viene qualificato come meramente ordinatorio, sulla scorta del rilievo della mancata previsione dello stesso "*a pena di decadenza*"; pertanto, in mancanza di una espressa indicazione, sembra doversi ritenere che tutti i tre termini, previsti dall'art. 195, comma 3, c.p.c., siano da considerarsi ordinatori, restando comunque ferma la necessità che – in caso di proroga del termine per l'invio della bozza di relazione alle parti, richiesta dal consulente tecnico d'ufficio e autorizzata dal giu-

dice – siano conseguentemente prorogati a catena tutti i termini previsti dall'art. 195, comma 3, c.p.c.

La concessione dei termini previsti dal riformato art. 195 c.p.c. è finalizzata a consentire alle parti, attraverso i loro consulenti tecnici, il compiuto esercizio del contraddittorio sulle risultanze peritali; pertanto, la mancata concessione del termine per formulare osservazioni potrebbe integrare una ipotesi di nullità o di inutilizzabilità della stessa relazione di consulenza tecnica; in ogni caso, il mancato svolgimento di tale attività – da parte del consulente tecnico d'ufficio in contraddittorio con i consulenti tecnici di parte – potrebbe giustificare l'eventuale richiesta delle parti che siano disposte – a cura del consulente tecnico d'ufficio – ulteriori indagini suppletive o, comunque, l'esigenza di chiamare lo stesso a chiarimenti.

2.4. *Il verbale delle operazioni compiute e la relazione di consulenza tecnica*

Il conferimento dell'incarico da parte del giudice viene disposto in sede d'udienza, nel corso della quale viene altresì fissata una successiva udienza in cui il consulente tecnico d'ufficio deve accettare l'incarico e prestare il giuramento di rito; nella stessa udienza viene stabilito il termine entro cui la relazione definitiva deve essere depositata. L'accettazione dell'incarico è obbligatoria (a meno che sussista un giusto motivo di astensione); solo quando si è in presenza di un consulente tecnico d'ufficio che non proviene dall'Albo del Tribunale, questi ha la facoltà di rifiutare.

Gli artt. 193 e 194 c.p.c. individuano gli adempimenti e le fasi delle operazioni peritali a cui il consulente tecnico d'ufficio nominato si deve attenere.

A tal proposito, occorre ribadire ancora una volta la fondamentale importanza che riveste il principio del contradditorio; infatti, alle parti deve essere data la possibilità concreta di proporre le loro osservazioni e contestazioni e dunque le loro difese. Pertanto, le parti devono essere preventivamente informate di ogni attività del consulente tecnico d'ufficio, affinché possano parteciparvi.

Il consulente tecnico d'ufficio deve, anzitutto, dare comunicazione – alle parti e ai consulenti tecnici di parte eventualmente nominati – dell'inizio delle operazioni peritali, con indicazione del luogo, della data e dell'ora fissati, ove non già indicati in sede di udienza di conferimento incarico.

Di regola, invece, non deve essere data comunicazione per la prosecuzione della consulenza, costituendo onere delle parti seguire lo svolgimento delle operazioni; tuttavia, nel caso di prosecuzione delle operazioni in precedenza rinviate a data da destinarsi, il consulente tecnico d'ufficio deve darne comunicazione alle parti.

È opportuno che di ogni riunione venga redatto un verbale delle operazioni compiute, riportando le osservazioni delle parti e l'indicazione dell'eventuale documentazione esaminata.

La relazione di consulenza tecnica deve contenere la sintesi delle operazioni peritali, l'esposizione dei risultati delle indagini, delle osservazioni e dei documenti prodotti dalle parti, nonché l'illustrazione del risultato degli accertamenti compiuti; inoltre, deve essere depositata presso la cancelleria del giudice, insieme a tutta la documentazione utilizzata, entro il termine indicato nel provvedimento di nomina; il d.p.r. 13 dicembre 2001, n. 123, prevede che la relazione di consulenza tecnica sia depositata per via telematica e sottoscritta con firma digitale.

Gli eventuali ritardi possono comportare sanzioni di carattere economico, ma anche la sostituzione del consulente tecnico d'ufficio; tuttavia, qualora sussistono motivate necessità e/o giustificazioni, quest'ultimo può chiedere – prima della scadenza – un differimento della data del deposito, che tuttavia deve essere autorizzato dal giudice.

La relazione si compone di più parti e precisamente:

• l'epigrafe: in cui il consulente riporta i nomi delle parti, le domande e il quesito;

• la parte narrativa: in cui il consulente tecnico d'ufficio ripercorre le diverse fasi temporali degli accertamenti compiuti;

• la parte descrittiva: in cui il consulente tecnico d'ufficio indica il materiale utilizzato e i fatti su cui ha fondato il proprio convincimento;

• la parte valutativa: in cui il consulente tecnico d'ufficio risponde ai quesiti del giudice, motivando e documentando le sue risposte nel modo più preciso possibile;

• la parte conclusiva: in cui il consulente tecnico d'ufficio espone in modo sintetico quanto riportato nella relazione.

Come tutti i mezzi di prova, la relazione di consulenza tecnica d'ufficio può essere affetta da vizi di nullità per cause sia formali sia sostanziali.

Anzitutto, la relazione può essere affetta da vizi di nullità – per causa formale – in caso di mancata di sottoscrizione del consulente tecnico d'ufficio, oppure – per cause sostanziali – nel caso in cui una delle parti dimostri di non aver ricevuto l'avviso di convocazione per il giorno e l'ora stabilita; in tale ipotesi, infatti, la mancata partecipazione agli accertamenti compiuti non è imputabile alla parte. Tale nullità non è assoluta e non deve essere pronunciata in ogni caso, né tantomeno d'ufficio da parte del giudice; la nullità può essere pronunciata soltanto se la parte la eccepisce e la deduce nella prima udienza successiva o nella prima difesa successiva al deposito della relazione.

Con riferimento alle materie di interesse per il professionista e per l'esperto contabile, particolare rilevanza assumono le consulenze tecniche in materia di:

- analisi di bilancio e verifiche contabili;
- lavoro;
- esecuzione forzata.

In materia di analisi di bilancio e verifiche contabili, l'art. 198, commi 1 e 2, c.p.c., prevede che il consulente tecnico d'ufficio deve esperire, in primo luogo, il tentativo di conciliazione tra le parti. Se l'accordo viene raggiunto, il verbale di conciliazione sottoscritto dalle parti e dal consulente tecnico d'ufficio acquista efficacia di titolo esecutivo in seguito all'emissione del decreto del giudice. Se la conciliazione non si raggiunge, il consulente tecnico d'ufficio deve depositare la sua relazione, dando evidenza del tentativo di conciliazione e delle dichiarazioni delle parti, dalle quali il giudice può trarre argomenti di prova per la sua decisione, ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.c.

La consulenza tecnica in materia di lavoro può avere natura contabile, e quindi prevedere anche un tentativo di conciliazione, oppure natura medico-legale o tecnico-ingegneristica (sui macchinari), se si tratta di infortunio sul lavoro.

Infine, la consulenza tecnica in materia di esecuzione forzata si basa principalmente sull'attività dell'esperto estimatore, che non deve relazionare alle parti, ma solo ed esclusivamente al giudice, per cui non è prevista la presenza delle parti.

2.5. *L'acquisizione della documentazione da parte del consulente tecnico d'ufficio*

Di regola, i difensori e i consulenti tecnici di parte possono sottoporre al consulente tecnico d'ufficio due tipi di atti processuali (artt. 194 c.p.c. e 90, comma 2, disp. att. c.p.c.): osservazioni e istanze. Tali atti, anche se non occorre che siano trascritti nella relazione, devono formare oggetto di adeguata valutazione da parte del consulente tecnico d'ufficio.

È opportuno rammentare che, nel processo civile, i documenti possono essere prodotti dalle parti in vari modi:

- con l'atto di citazione, al momento della costituzione (art. 163, comma 3, n. 5, c.p.c.);
- con la comparsa di risposta, al momento della costituzione (art. 167 c.p.c.);

• con le eventuali memorie, entro i termini di cui all'art. 183, comma 6, c.p.c.;

• mediante deposito in cancelleria e comunicazione alle altre parti dell'elenco dei documenti depositati, entro i termini di cui all'art. 183, comma 6, c.p.c.;

• mediante ottemperanza a un ordine di esibizione (art. 210 c.p.c.), entro il termine fissato nell'ordinanza.

Il consulente tecnico d'ufficio può esaminare solo i documenti ritualmente prodotti dalle parti nelle forme sopra descritte, e cioè validamente acquisiti al fascicolo; ulteriori documenti eventualmente prodotti dalle parti non possono essere utilizzati dal giudice e, quindi, neanche dal consulente tecnico d'ufficio.

Il consulente tecnico d'ufficio non può pertanto accettare, esaminare e porre a fondamento della sua relazione, eventuali documenti che il consulente tecnico di parte – ovvero l'avvocato o la stessa parte – gli abbia consegnato direttamente, anche nel corso delle indagini peritali, in quanto si limiterebbe – in tal modo – la possibilità di un effettivo contraddittorio sul documento consegnato.

Occorre, peraltro, rammentare che il consulente tecnico d'ufficio – nell'ambito della consulenza contabile – può esaminare documenti non prodotti in causa e menzionarli nella relazione, nel caso in cui vi sia il consenso di tutte le parti (art. 198, comma 2, c.p.c.). In mancanza di tale elemento, tale comportamento può dar luogo a nullità relativa. Infatti, la documentazione sulla quale il consulente tecnico d'ufficio può fondare le proprie conclusioni deve essere la medesima sulla quale il giudice fonderà poi la sua decisione; non è pertanto ammissibile che una prova, inutilizzabile dal giudice, sia utilizzata dal consulente tecnico d'ufficio per raggiungere conclusioni che possano rifluire nella motivazione della sentenza. In definitiva, in materia di prova documentale, ciò che è inutilizzabile per il giudice è – del pari – inutilizzabile per il consulente tecnico d'ufficio.

L'eventuale difforme operato del consulente tecnico d'ufficio – il quale accetti, esamini e ponga a fondamento della relazione la documentazione che il consulente tecnico di parte, l'avvocato, o la stessa parte sostanziale del processo, gli abbia consegnato *brevi manu* – è illegittimo da un punto di vista sia formale sia sostanziale, in quanto:

• l'art. 87 disp. att. c.p.c. non prevede la possibilità di depositare documenti durante lo svolgimento delle indagini peritali;

• l'art. 194 c.p.c. consente al consulente tecnico d'ufficio, ove autorizzato dal giudice, di richiedere alle parti chiarimenti, ma non di raccogliere da esse prove documentali;

• nel rito civile è previsto un rigido sbarramento per le deduzioni istruttorie, superato il quale non è più possibile alcuna produzione documentale *ex* art. 184, vecchio testo, c.p.c.

Poiché i termini per la produzione dei mezzi di prova sono espressamente qualificati perentori, si deve ritenere che la loro violazione sia rilevabile d'ufficio e non possa essere sanata dall'acquiescenza delle parti. Invero, dal punto di vista sostanziale, tale operato deve considerarsi illegittimo perché impedisce la possibilità di un effettivo contraddittorio sui documenti consegnati al consulente tecnico d'ufficio; con la conseguenza che, se il consulente tecnico d'ufficio esamina documenti irritualmente prodotti e le sue conclusioni vengono recepite dal giudice, la sentenza deve ritenersi viziata nella motivazione.

2.6. *L'esame contabile* ex *art. 198 c.p.c. e il tentativo di conciliazione*

L'esame contabile è un particolare tipo di consulenza tecnica, avente ad oggetto l'analisi di scritture contabili (bilanci, registri, "prime note", ecc.) al fine di accertare:

• l'ammontare di un debito;
• il valore di un bene;
• l'entità di un danno;
• i flussi di reddito.

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 al consulente tecnico d'ufficio di esaminare documenti non prodotti in causa, e di menzionarli nella sua relazione, subordinatamente al consenso unanime delle parti. In particolare, l'art. 198 c.p.c. esige una duplice manifestazione di consenso delle parti: un preliminare consenso affinché il consulente tecnico d'ufficio possa esaminare i documenti prodotti in giudizio e un secondo consenso affinché possa farne menzione – e, quindi, tenerne conto – nella sua relazione.

La seconda particolarità dell'esame contabile è che il consulente tecnico d'ufficio può (*rectius*: deve) esperire tra le parti il tentativo di conciliazione. Se il tentativo va a buon fine, il consulente tecnico d'ufficio deve redigere apposito verbale della intervenuta conciliazione, sottoscrivendolo insieme alle parti; il verbale, una volta depositato in cancelleria, è reso esecutivo dal giudice con proprio decreto.

2.7. *Le ipotesi di nullità della relazione di consulenza tecnica d'ufficio*

Il consulente tecnico d'ufficio, nell'assolvimento dell'incarico, deve astenersi dal formulare giudizi attinenti al merito della decisione o esprimere pareri sulla fondatezza della domanda; in particolare, deve evitare di:

• compiere valutazioni di tipo giuridico;
• accertare l'esistenza di norme;
• interpretare e valutare prove documentali, trattandosi di funzione riservata al giudice.

È facoltà dei difensori produrre in giudizio, dopo il deposito della relazione (definitiva) del consulente tecnico d'ufficio, osservazioni e rilievi a quest'ultima (cd. "*note critiche*") e, qualora queste ultime non appaiono manifestamente infondate, il giudice può disporre la convocazione del consulente tecnico d'ufficio per chiarimenti. Il giudice può altresì disporre la rinnovazione delle indagini, ovvero – nei casi più gravi –la sostituzione del consulente tecnico d'ufficio *ex* art. 196 c.p.c.

Più in particolare, le contestazioni alla consulenza tecnica d'ufficio da parte dei legali delle parti costituite consistono di regola in:

• eccezioni di nullità della relazione;
• proposizione di "*note critiche*", volte a sollecitare il giudice che ha conferito l'incarico al consulente tecnico d'ufficio alla rinnovazione della consulenza.

Le eventuali cause di nullità eccepite si distinguono, invece, in

• cause di nullità formale;
• cause di nullità sostanziale.

Rappresentano cause di nullità formale quelle che attengono alla veste esteriore dell'atto; al fine di non incorrere in tali violazioni, il consulente tecnico d'ufficio deve avere cura di redigere la relazione in lingua italiana e provvedere alla sua sottoscrizione.

Per contro, le cause di nullità sostanziale derivano essenzialmente da:

• violazioni commesse dal consulente tecnico d'ufficio per omesse e/o ritardate comunicazioni alle parti (legali e/o consulenti tecnici di parte);
• violazioni commesse dal consulente tecnico d'ufficio nella acquisizione e valutazione di atti e documenti non ritualmente prodotti dalle parti;
• violazioni derivanti dall'espletamento di indagini – e, in generale, di compiti – esorbitanti i quesiti posti dal giudice, ovvero non consentiti dai poteri che la legge conferisce al consulente.

Costituisce, inoltre, causa di nullità sostanziale della relazione la violazione

del principio del contraddittorio, violazione che – tuttavia – deve essere accertata in concreto.

Il consulente tecnico d'ufficio è infatti tenuto – *in primis* – a comunicare alle parti il giorno, l'ora e il luogo (città, via e numero civico) di inizio delle operazioni peritali, qualora tale comunicazione non risulti già nel verbale di udienza (art. 194, comma 2 e 90, comma 1, disp. att. c.p.c.). L'avviso alle parti può avvenire:

• mediante comunicazione da parte del consulente tecnico d'ufficio al cancelliere, il quale a sua volta provvede ad avvisare le parti;

• comunicazione diretta ai legali delle parti e ai consulenti tecnici di parte eventualmente nominati, attraverso rituale lettera raccomandata con avviso di ricevimento, ovvero con altro sistema in grado di fornire la prova dell'avvenuta ricezione da parte del destinatario.

Invece, in merito all'avviso di prosecuzione operazioni, l'obbligo di comunicazione da parte del consulente tecnico d'ufficio ai legali e consulenti tecnici di parte eventualmente nominati sussiste in ogni caso in capo al consulente tecnico d'ufficio, ma soltanto nel caso in cui le indagini non possano eseguirsi in una sola volta e il consulente tecnico d'ufficio ne rinvii il prosieguo ad altra data, non fissata in esito alla prima riunione. Lo stesso accade anche nei casi in cui:

• le operazioni vengano sospese e poi riprese;

• venga disposta dal giudice la rinnovazione della consulenza tecnica di ufficio;

• il consulente tecnico d'ufficio decida di procedere ad altre indagini dopo che siano state dichiarate chiuse le operazioni peritali.

L'avviso di inizio o prosieguo delle operazioni deve essere comunicato sia ai difensori delle parti costituite, sia ai consulenti di parte.

Nel caso in cui la data di prosecuzione delle operazioni venga fissata dal consulente tecnico d'ufficio in esito alla precedente seduta di indagini, non sussiste l'obbligo di inviare un nuovo avviso alle parti; tuttavia, si ritiene opportuno che il consulente tecnico d'ufficio vi provveda comunque con rituale avviso, tenuto conto che la parte assente alla riunione potrebbe eccepire un'eventuale ipotesi di nullità relativa della consulenza tecnica d'ufficio, per non essere stato ritualmente avvisato della prosecuzione delle operazioni, stabilita a verbale.

Se, a seguito di regolare comunicazione, compaiono alla data fissata per l'inizio o per la prosecuzione delle indagini i difensori o i consulenti tecnici di parte soltanto di una o di alcune delle parti, il consulente tecnico d'ufficio de-

ve comunque iniziare le indagini e non è tenuto a dare alcun avviso alle parti ingiustificatamente assenti.

Il consulente tecnico d'ufficio non è tenuto a dare alcun avviso alle parti nel caso di compimento di attività che non costituiscono vere e proprie indagini tecniche quali ad esempio:

• attività meramente acquisitive di elementi emergenti da pubblici registri, accessibili a chiunque, e in genere attività di carattere esclusivamente conoscitivo, intellettivo e ricettivo;
• attività di semplice valutazione di dati in precedenza accertati;
• attività volte a fornire al giudice i chiarimenti richiesti, a fronte dei rilievi critici formulati dal consulente tecnico di parte, ove tale attività non implichi l'acquisizione di ulteriori e nuovi dati.

Già si è detto che il consulente tecnico d'ufficio non può fondare le proprie conclusioni tecniche su fatti o circostanze che non siano mai stati ritualmente dedotti e provati nel giudizio. Per contro, i legali e i consulenti di parte possono sottoporre al consulente tecnico d'ufficio osservazioni e istanze, che – pur non dovendo essere necessariamente trascritti nella relazione – devono costituire oggetto di adeguata valutazione da parte del consulente d'ufficio, con l'unica eccezione di quelle osservazioni e istanze non comunicate alle parti avverse. Si ritiene che le osservazioni, le consulenze tecniche di parte e le note critiche costituiscano semplici allegazioni difensive a contenuto tecnico, prive di autonomo valore probatorio.

Si è posta la questione se egli possa acquisire dati e informazioni non rilevabili dagli atti processuali; in particolare:

• attingere *aliunde* notizie non rilevabili dagli atti processuali;
• ottenere copie di documenti da enti o uffici pubblici;
• assumere informazioni da terzi.

Al proposito si osserva che il potere di indagine del consulente tecnico d'ufficio, se esercitato di propria iniziativa e senza espressa autorizzazione del giudice, deve sempre coniugarsi con il principio secondo cui l'attività del consulente tecnico d'ufficio non può mai supplire al difetto di allegazione della parte. Pertanto, tenuto conto di quanto disposto dall'art. 194 c.p.c., l'assunzione di dati ed informazioni da terzi – da parte del consulente tecnico d'ufficio – sarebbe subordinata all'autorizzazione del giudice.

Peraltro, alcuni ritengono che il consulente tecnico d'ufficio possa assumere dati ed informazioni da terzi, anche senza la preventiva autorizzazione del giudice, al verificarsi delle seguenti condizioni:

• le notizie acquisite da terzi debbono riguardare fatti e situazioni relativi all'oggetto della relazione;

• l'acquisizione presso terzi deve essere necessaria per espletare convenientemente il compito affidato al consulente tecnico d'ufficio;

• nella relazione il consulente tecnico d'ufficio deve indicare le fonti del proprio accertamento.

In ogni caso, il consulente tecnico d'ufficio non ha alcun obbligo di eseguire gli accertamenti sollecitati dai consulenti tecnici di parte, in quanto egli è vincolato unicamente ai quesiti formulati dal giudice.

2.8. *Aspetti deontologici della funzione di consulente tecnico*

Il consulente tecnico d'ufficio non può confondere la sua funzione con quella primaria del giudice che gli ha conferito l'incarico, in quanto – anche nello svolgimento di tale ruolo – resta soltanto un ausiliario del giudice.

A tale fine, egli deve essere in possesso di adeguata preparazione tecnica, e svolgere l'incarico affidatogli con diligenza e attitudine psicologica, obiettività e indipendenza.

Quanto alla preparazione tecnica richiesta, il professionista deve avere una preparazione altamente qualificata, non solo economica, ma anche giuridica.

Relativamente alla diligenza e all'attitudine psicologia, il professionista deve perseguire il solo scopo di far conoscere la verità e non deve quindi procedere per impressioni, ma esaminare i fatti, i documenti e le informazioni – sia favorevoli sia contrari a ciascuna delle parti processuali – dovendo restare libero da vincoli, condizionamenti, collegamenti economici diretti e indiretti e anche psicologici con alcuna delle parti e con i consulenti tecnici di parte.

Con riguardo – infine – all'obiettività e all'indipendenza, il professionista deve conoscere – o poter percepire – l'esistenza o il dettaglio del fatto, attraverso la sua conoscenza e la sua esperienza professionale; ciò al fine di non farsi influenzare da "*falsi bersagli*" o da fattori interni o esterni al processo.

Occorre ancora rammentare che, nelle consulenze contabili, il professionista, esaminando il bilancio e le sue componenti patrimoniali ed economiche, deve sempre tener conto che altro è valutare a posteriori la congruità, la correttezza e la prudenza di stime ed accantonamenti, altro è la formulazione previsionale di quelle stime e di quegli accantonamenti; infatti, tra la redazione del bilancio ed il suo esame critico si frappone la storicità degli eventi, che il redattore del bilancio deve prevedere e dei quali – per contro – il consulente tecnico d'ufficio conosce perfettamente l'epilogo.

Il professionista che durante lo svolgimento dell'incarico svolge le sue fun-

zioni senza – o con scarsa – diligenza e obiettività, commette un illecito, perché non adempie a quanto "*giurato*" *ex* art. 193 c.p.c., oltre ovviamente a essere passibile di eventuali sanzioni disciplinari ai sensi dell'ordinamento professionale.

In tale contesto, egli deve:

• procedere con le metodologie e le tecniche più opportune;

• esaminare i fatti aziendali in un periodo temporale sufficientemente ampio per verificarne le cause;

• indicare scrupolosamente i soggetti interessati al fatto, con particolare attenzione alla successione temporale e ai processi formativi delle decisioni;

• descrivere compiutamente la documentazione esaminata, sia quella favorevole sia quella contraria a ciascuna delle parti, senza discriminazioni o esclusioni;

• descrivere il suo lavoro e le sue conclusioni con linguaggio semplice e comprensibile, affinché le parti e il giudice acquisiscano le conoscenze necessarie a risolvere la *quaestio facti*.

In particolare, le conclusioni della relazione devono essere precise e il professionista deve specificare se i dati tecnici siano caratterizzati da certezza oppure soltanto da probabilità, indicandone in tal caso il grado.

Inoltre, egli non deve trarre conclusioni e deduzioni *ultra petitum* né basare le proprie deduzioni su impressioni sue o di altri, dovendo invece procedere deduttivamente, attraverso un'accurata analisi dei dati e delle circostanze.

Pertanto, ogni affermazione deve essere supportata da elementi concreti, evitando affermazioni generiche e basarsi sulle norme vigenti al momento dei fatti, nonché sulla *best practice* ed eventualmente sulle consuetudini.

In tale contesto, il professionista deve necessariamente conservare un atteggiamento indipendente e il suo lavoro non può e non deve, per divisione di ruoli, divenire uno strumento funzionale ad una delle parti del processo, essendo il suo ruolo unicamente quello di ricerca della verità.

2.9. *La liquidazione del compenso*

All'esito delle operazioni di consulenza tecnica, il consulente tecnico d'ufficio deve depositare in cancelleria – unitamente all'elaborato o successivamente – la richiesta di liquidazione del compenso, indirizzata al giudice che ha conferito l'incarico. La richiesta deve essere depositata nel termine previsto dal dall'art. 71, comma 2, d.p.r. n. 115/2002 e, cioè, a pena di decadenza entro cento giorni dalla data del deposito della relazione; quindi, se presenta la domanda oltre il suddetto termine perde il diritto al compenso.

Nella richiesta è opportuno fare riferimento alla data del provvedimento di nomina, al quesito sottoposto o all'incarico conferito, esponendo sinteticamente gli accertamenti svolti; inoltre, occorre indicare analiticamente il compenso richiesto, l'indennità di viaggio e di soggiorno, le spese di viaggio e le spese sostenute per l'adempimento dell'incarico.

Con riferimento al compenso occorre individuare, anche in via analogica, una delle materie previste nelle tabelle (artt. 2, 4, ecc.) allegate al d.m. 30 maggio 2002, attualmente in vigore.

Nel caso in cui il compenso sia variabile, è opportuno specificare analiticamente gli elementi relativi alla difficoltà, alla completezza e al pregio della prestazione fornita, che giustificano l'eventuale liquidazione nella misura massima prevista dalle tabelle.

Nel caso di compenso a percentuale il consulente tecnico d'ufficio deve indicare il valore della causa, specificando il metodo di calcolo e il compenso minimo, medio e massimo così ottenuto mediante l'applicazione delle tabelle di riferimento.

Al fine di determinare il valore di riferimento per l'applicazione del compenso, occorre tenere conto del principio generale stabilito dall'art. 1 del d.m. 30 maggio 2002, secondo cui «*per la determinazione degli onorari a percentuale si ha riguardo per la perizia al valore del bene o di altra utilità oggetto dell'accertamento determinato sulla base di elementi obiettivi risultanti dagli atti del processo e per la consulenza tecnica al valore della controversia [...]*».

Qualora si tratti di prestazione non contemplata neppure in via analogica dalle tabelle, come nel caso in cui la controversia sia di valore indeterminabile, il consulente tecnico d'ufficio deve indicare il tempo impiegato per l'esecuzione dell'incarico e chiedere la liquidazione del compenso a vacazioni; la richiesta del compenso a tempo non può superare le quattro vacazioni giornaliere per il periodo calcolato dal giorno del conferimento dell'incarico a quello del deposito della relazione, applicando una sola volta il compenso per la prima vacazione.

Qualora si tratti di prestazioni di eccezionale importanza, complessità e difficoltà, il consulente tecnico d'ufficio può richiedere – ai sensi dell'art. 52 del d.p.r. n. 115/2002 – che gli onorari vengano aumentati fino al doppio, evidenziando nella domanda gli elementi di fatto per cui l'indagine espletata – pur non presentando aspetti di unicità o di assoluta rarità – lo abbiano comunque impegnato in misura rilevante per importanza tecnico-scientifica, complessità e difficoltà. È possibile invocare l'applicazione dell'aumento sino al doppio anche quando il valore di riferimento sul quale calcolare l'onorario a percentuale supera lo scaglione massimo previsto dalla voce della tabella.

Nel casi di dichiarata urgenza dell'adempimento è possibile richiedere un ulteriore aumento degli onorari fissi e variabili sino al 20%, ai sensi dell'art. 51, comma 2, d.p.r. n. 115/2002. Fermo restando che, qualora il consulente tecnico d'ufficio sia impossibilitato a rispettare il termine di deposito, deve – prima della scadenza – richiedere rituale proroga, giacché – nel caso di ingiustificato ritardo nell'esecuzione dell'incarico o di deposito della relazione oltre il termine concesso – la liquidazione subisce una decurtazione obbligatoria di un terzo, oltre all'eventuale provvedimento sanzionatorio a carico del consulente tecnico d'ufficio.

3. *Rassegna di quesiti*

Si riportano, nei paragrafi successivi, esempi di quesiti nelle principali materie oggetto di consulenza tecnica normalmente affidata a dottori commercialisti ed esperti contabili.

3.1. *Il quesito in tema di conto corrente bancario*

Il Consulente Tecnico d'Ufficio, acquisita la documentazione presente agli atti del giudizio e – soltanto con il consenso delle Parti – l'eventuale ulteriore documentazione ritenuta utile, predisponga una relazione scritta attenendosi ai criteri di seguito indicati:

• prenda in considerazione esclusivamente i seguenti rapporti: conto corrente n. …; conto anticipi n. …; conto misto n. …;

• predisponga un prospetto riassuntivo, per ciascun rapporto, nel quale dia atto dell'acquisizione (o meno) dei documenti di seguito elencati: contratto di apertura del conto (specificandone la data); estratti conto dall'epoca di apertura del conto a quella di chiusura (con indicazione di quelli eventualmente mancanti); conti scalari dall'epoca di apertura del conto a quella di chiusura (con indicazione di quelli eventualmente mancanti); contratti di apertura di credito; comunicazioni di variazione delle condizioni contrattuali e documentazione attestante l'avvenuta pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale; comunicazione della chiusura del conto (specificandone la data);

• predisponga un prospetto analitico, per ciascun rapporto, recante l'indicazione delle condizioni economiche applicate, specificando – in particolare – la misura delle competenze (interessi, commissioni, spese e remunerazioni a qualsiasi titolo) e il loro criterio di calcolo; dia atto della presenza – agli atti del giudizio – della relativa pattuizione scritta ovvero dei fogli informativi analitici

mediante i quali le competenze medesime siano state adeguatamente pubblicizzate (art. 117, comma 7, lett. *b*, TUB);

• predisponga un prospetto analitico, per ciascun rapporto, recante – in successione cronologica – il Tasso Annuo Nominale (TAN), il Tasso Annuo Effettivo Globale (TAEG) ed il Tasso Effettivo Globale (TEG); nella determinazione di quest'ultimo adotti, sino al 31 dicembre 2009, la formula contenuta nelle Istruzioni della Banca d'Italia (Versione febbraio 2006) ed includa la commissione di massimo scoperto nel primo addendo della formula, nel caso la stessa sia stata calcolata in funzione dell'affidamento utilizzato, e nel secondo addendo della formula, nel caso in cui la stessa sia stata calcolata in funzione del massimo scoperto; includa, altresì, le spese e le remunerazioni a qualsiasi titolo (fatta eccezione per le imposte e tasse previste per legge) nel secondo addendo della formula; a partire dal 1° gennaio 2010, adotti la formula contenuta nelle Istruzioni della Banca d'Italia (Versione agosto 2009) ed includa la commissione di massimo scoperto, nonché le spese e le remunerazioni a qualsiasi titolo (fatta eccezione per le imposte e tasse previste per legge) nel secondo addendo della formula;

• nel caso in cui la documentazione contabile relativa al periodo iniziale del rapporto sia parziale o incompleta e manchi qualsiasi giustificazione del saldo iniziale (passivo), ed a condizione che il correntista abbia eccepito tempestivamente la mancata dimostrazione dello stesso, assuma il saldo iniziale in misura pari a zero; qualora, invece, la circostanza non sia stata eccepita tempestivamente dal correntista, assuma il saldo iniziale in misura pari alla somma indicata dalla banca;

• nel caso in cui sia parziale o incompleta la documentazione contabile relativa a trimestri intermedi, ed a condizione che la circostanza sia stata eccepita tempestivamente dalla banca, effettui i calcoli partendo dal trimestre per il quale esista idonea documentazione; qualora, invece, la circostanza non sia stata eccepita tempestivamente dalla banca, proceda ad una interpolazione lineare dei numeri debitori e dei numeri creditori per i trimestri per i quali la documentazione contabile risulti parziale o incompleta;

• nel caso in cui sia stata eccepita la prescrizione, effettui i calcoli tenendo presente che il termine decennale – da computarsi (*dies ad quem*) avendo riguardo al primo atto interruttivo ovvero alla data di notifica dell'atto introduttivo del giudizio – decorre (*dies a quo*) dall'annotazione della rimessa (a copertura delle competenze maturate nel trimestre precedente) nell'ipotesi in cui la stessa abbia natura solutoria, il che si verifica nel caso in cui la rimessa sia imputabile al cd. "sconfinamento in assenza di fido" ovvero al cd. "utilizzo extrafido"; mentre il termine decennale decorre (*dies a quo*) dalla chiusura del conto nel caso in cui la rimessa (a copertura delle competenze maturate nel

trimestre precedente) abbia natura ripristinatoria della provvista, e cioè in presenza di affidamento e nei limiti dello stesso; al proposito, assuma l'esistenza di un affidamento nel caso in cui agli atti del giudizio risulti idonea documentazione giustificativa ovvero nell'ipotesi in cui sia prospettabile un "affidamento di fatto" (e, cioè, in presenza di reiterata ed univoca tolleranza allo sconfinamento da parte della banca); nell'effettuazione dei ricalcoli, proceda all'imputazione delle rimesse prima agli interessi maturati e poi a capitale, soltanto nell'ipotesi in cui le rimesse abbiano natura solutoria (art. 1194 c.c.);

• nella valutazione della prescrizione, si attenga alle seguenti indicazioni:
  – ridetermini l'ammontare delle competenze indebite via via contabilizzate;
  – se le rimesse hanno avuto sempre natura solutoria e se risultano capienti con riguardo all'ammontare delle competenze indebite via via contabilizzate, conduca l'indagine a partire dall'ultima rimessa anteriore di dieci anni rispetto alla data del primo atto interruttivo della prescrizione ovvero dell'atto introduttivo del giudizio; in caso di rimesse solutorie non capienti, conduca l'indagine a partire dalle competenze più remote non coperte – anche soltanto in misura parziale – da rimesse solutorie successive;
  – se le rimesse hanno avuto natura in parte solutoria e in parte ripristinatoria, conduca l'indagine a partire dalle competenze più remote non coperte – anche soltanto in misura parziale – da rimesse solutorie, ancorché successive a rimesse ripristinatorie;

• accerti se vi sia stato accordo scritto in ordine al computo dei ccdd. giorni valuta e, in caso contrario, proceda all'azzeramento degli stessi;

• elimini – nel limite della prescrizione (decennale) della ripetizione di indebito – gli effetti di eventuali competenze addebitate per le quali non constino, agli atti del giudizio, la relativa pattuizione scritta ovvero i fogli informativi analitici mediante i quali le competenze medesime siano state adeguatamente pubblicizzate (art. 117, comma 7, lett. *b*, TUB); l'eventuale eliminazione non deve ricomprendere le imposte e tasse previste per legge;

• accerti se la commissione di massimo scoperto – addebitata, per i contratti in corso, sino al 28 giugno 2009 (data di decorrenza degli effetti della legge 28 gennaio 2009, n. 2) – sia stata prevista per iscritto e, in caso affermativo, quali criteri di calcolo siano stati concordati: commissione sull'accordato, commissione sull'accordato al netto dell'utilizzato, commissione sull'ammontare massimo dell'utilizzato nel periodo, commissione sulla media dell'utilizzato nel trimestre, commissione sullo sconfinamento; proceda, quindi, all'eliminazione degli effetti dell'addebito della commissione di massimo scoperto nel caso in cui la stessa non sia stata prevista per iscritto ovvero nel caso in cui non risulti

la specificazione dei relativi criteri di calcolo; proceda, attraverso un conteggio alternativo, all'eliminazione degli effetti dell'addebito della commissione di massimo scoperto, indipendentemente dalla ricorrenza delle condizioni testé esposte (pattuizione scritta e specificazione dei criteri di calcolo);

• accerti se la commissione di massimo scoperto – addebitata, per i contratti in corso, a partire dal 28 giugno 2009 (data di decorrenza degli effetti della legge 28 gennaio 2009, n. 2) – sia stata prevista per iscritto e sia stata calcolata sulla base del saldo risultante a debito per periodi pari o superiori a trenta giorni e in presenza di affidamento; accerti, inoltre, se il corrispettivo per il servizio di messa a disposizione delle somme – addebitato, per i contratti in corso, a partire dal 28 giugno 2009 (data di decorrenza degli effetti della legge 28 gennaio 2009, n. 2) – sia stato predeterminato, unitamente al tasso debitore per le somme effettivamente utilizzate, con patto scritto non rinnovabile tacitamente, in misura onnicomprensiva e proporzionale all'importo e alla durata dell'affidamento (nei limiti dello 0,5%, per trimestre, dell'importo dell'affidamento: legge 3 agosto 2009, n. 102), e sia stato specificamente evidenziato e rendicontato al correntista con cadenza massima annuale attraverso l'indicazione dell'effettivo utilizzo avvenuto nello stesso periodo; in caso contrario, provveda ad eliminarne gli effetti;

• per i contratti stipulati a partire dal 1° luglio 2012, elimini – in caso di affidamento e nei limiti dello stesso – gli effetti di eventuali oneri eccedenti l'interesse calcolato sull'ammontare e per la durata dell'affidamento e la cd. "commissione onnicomprensiva", nella misura massima dello 0,5%, per trimestre, da calcolarsi in misura proporzionale rispetto alla somma messa a disposizione del correntista e alla durata dell'affidamento; elimini – in caso di sconfinamento – gli effetti di eventuali oneri eccedenti l'interesse calcolato sull'ammontare e per la durata dello sconfinamento e la cd. "commissione di istruttoria veloce", determinata in misura fissa ed espressa in valore assoluto (Decreto d'urgenza del Ministro e Presidente del CICR 30 giugno 2012);

• per i contratti stipulati in epoca antecedente al 1° luglio 2012, proceda allo stesso modo a partire dal 1° ottobre 2012;

• nel caso in cui il rapporto sia iniziato anteriormente al 9 luglio 1992 (data di decorrenza degli effetti della Legge sulla Trasparenza Bancaria: legge 17 febbraio 1992, n. 154) e non risulti agli atti la pattuizione scritta ab origine del tasso di interesse, ma sia presente la clausola "uso piazza", assuma a riferimento – se inferiore – il tasso di interesse legale; per le variazioni del tasso di interesse intervenute successivamente, adotti lo stesso criterio; adotti, invece, i tassi convenzionali oggetto di successiva variazione soltanto se il contratto preveda la facoltà di variazione unilaterale delle condizioni e se agli atti del giudizio siano presenti le relative comunicazioni periodiche, nonché la dimostra-

zione dell'avvenuta pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale;

• nel caso in cui il rapporto sia iniziato successivamente al 9 luglio 1992 (data di decorrenza degli effetti della Legge sulla Trasparenza Bancaria), assuma a riferimento il tasso convenzionale soltanto se, agli atti del giudizio, risulti la relativa pattuizione scritta ab origine; assuma, poi, i tassi convenzionali oggetto di successiva variazione soltanto se il contratto preveda la facoltà di variazione unilaterale delle condizioni e se, agli atti del giudizio, siano presenti le relative comunicazioni periodiche, ovvero – sino al 4 luglio 2006 (data di entrata in vigore d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito dalla legge 4 agosto 2006, n. 248) – la dimostrazione dell'avvenuta pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale; in caso contrario, per i trimestri per i quali non siano soddisfatte tali condizioni, assuma – se più favorevole per il correntista – il tasso di interesse minimo dei Buoni Ordinari del Tesoro annuali (emessi nell'anno precedente alla chiusura del trimestre di riferimento) per le operazioni attive della banca (intendendosi per tali quelle che producono interessi a credito della banca) ed il tasso nominale massimo dei Buoni Ordinari del Tesoro annuali (emessi nell'anno precedente alla chiusura del trimestre di riferimento) per le operazioni passive (art. 117, comma 7, lett. *a*, TUB); nel caso in cui, agli atti del giudizio, non risulti la pattuizione scritta ab origine del tasso convenzionale, assuma – se più favorevole per il correntista – il tasso nominale minimo dei Buoni Ordinari del Tesoro annuali relativo all'anno antecedente alla data di stipulazione del contratto per la prima applicazione e il tasso di interesse minimo dei Buoni Ordinari del Tesoro annuali relativo all'anno antecedente ad ogni chiusura del trimestre di riferimento;

• accerti l'eventuale superamento del "tasso-soglia" al momento della sottoscrizione del contratto o per effetto della variazione delle condizioni applicate; al proposito, la verifica del superamento del tasso-soglia dovrà essere operata considerando distintamente i singoli trimestri ed il Tasso Effettivo Globale Medio (TEGM), rilevato trimestralmente dalla Banca d'Italia, dovrà essere maggiorato secondo i criteri indicati nell'art. 2 della legge 7 marzo 1996, n. 108 (successivamente modificati dall'art. 8 del d.l. 13 maggio 2011, n. 70);

• ai fini della verifica dell'eventuale superamento del tasso-soglia, sino al quarto trimestre 2009 (data di decorrenza delle nuove Istruzioni della Banca d'Italia, Aggiornamento agosto 2009), adotti l'algoritmo di calcolo del Tasso Effettivo Globale (TEG) indicato dalla Banca d'Italia nelle "Istruzioni per la rilevazione del tasso effettivo globale medio ai sensi della legge sull'usura" (Aggiornamento febbraio 2006); a tale riguardo, includa la commissione di massimo scoperto nel primo addendo della formula, nel caso la stessa sia stata calcolata in funzione dell'affidamento utilizzato, e nel secondo addendo della formula, nel caso in cui la stessa sia stata calcolata in funzione del massimo

scoperto; includa, altresì, le spese e le remunerazioni a qualsiasi titolo (fatta eccezione per le imposte e tasse previste per legge) nel secondo addendo della formula, assumendo, a denominatore, l'affidamento accordato al termine del trimestre di riferimento e, in caso di mancato accordo, l'utilizzo effettivo nel trimestre di riferimento; attraverso conteggio alternativo, consideri separatamente la commissione di massimo scoperto, in applicazione del cd. regime del margine (Banca d'Italia, Nota del 2 dicembre 2005);

• sempre ai fini della verifica dell'eventuale superamento del tasso-soglia, a partire dal primo trimestre 2010 (data di decorrenza delle nuove Istruzioni della Banca d'Italia, Aggiornamento agosto 2009), adotti l'algoritmo di calcolo del Tasso Effettivo Globale (TEG) indicato dalla Banca d'Italia nelle "Istruzioni per la rilevazione del tasso effettivo globale medio ai sensi della legge sull'usura" (Aggiornamento agosto 2009), includendo la commissione di massimo scoperto e il corrispettivo per il servizio di messa a disposizione delle somme fra gli oneri (secondo addendo della formula);

• nel caso in cui i rapporti siano ancora in corso alla data del 1° gennaio 2014, proceda all'eliminazione dell'effetto anatocistico anche al denominatore del primo addendo della formula di calcolo del Tasso Effettivo Globale (TEG), individuando due distinti scenari:

– il primo in cui l'eliminazione sia limitata al periodo intercorrente fra la data della capitalizzazione degli interessi e la data della prima rimessa (o di rimesse successive) a favore della banca, nei limiti della relativa capienza con riguardo agli interessi capitalizzati;
– il secondo in cui l'eliminazione sia integrale, salvo il caso in cui le rimesse siano tali da condurre alla copertura sia del capitale sia degli interessi;

• in caso di superamento del tasso-soglia, prospetti due ipotesi di calcolo: la prima, procedendo all'eliminazione degli interessi soltanto se risulti esservi stato il superamento del tasso-soglia ab origine e, cioè, al momento della pattuizione – anche per effetto dell'esercizio dello *jus variandi* – del relativo tasso (ignorando, quindi, eventuali superamenti per effetto delle mere variazioni successive del tasso-soglia); la seconda, procedendo all'eliminazione degli interessi in ogni trimestre in cui risulti esservi stato il superamento del tasso-soglia (e, quindi, anche per effetto della mera variazione del tasso-soglia);

• nel caso in cui il contratto sia stato stipulato prima del 22 aprile 2000 (data di decorrenza degli effetti della Delibera CICR 9 febbraio 2000), proceda all'eliminazione dell'effetto della capitalizzazione, fino alla data di comunicazione al correntista (specificamente approvata da quest'ultimo) della clausola di reciprocità della capitalizzazione trimestrale (entro il 30 dicembre 2000), previa pubblicazione della stessa sulla Gazzetta Ufficiale (entro il 30 giugno

2000); proceda, secondo gli stessi criteri, al relativo conteggio con capitalizzazione annuale degli interessi;

• nel caso in cui il contratto sia stato stipulato a partire dal 22 aprile 2000 (data di decorrenza degli effetti della Delibera CICR 9 febbraio 2000), proceda all'eliminazione dell'effetto della capitalizzazione soltanto nel caso in cui non risulti, agli atti del giudizio, la pattuizione scritta della clausola di reciprocità; in tale ultimo caso, proceda – altresì – al relativo conteggio con capitalizzazione annuale degli interessi;

• nel caso in cui i rapporti siano ancora in corso alla data del 1° gennaio 2014, proceda all'eliminazione dell'effetto anatocistico, individuando due distinti scenari:

– il primo in cui l'eliminazione sia limitata al periodo intercorrente fra la data della capitalizzazione degli interessi e la data della prima rimessa (o di rimesse successive) a favore della banca, nei limiti della relativa capienza con riguardo agli interessi capitalizzati;

– il secondo in cui l'eliminazione sia integrale, salvo il caso in cui le rimesse siano tali da condurre alla copertura sia del capitale sia degli interessi;

• in caso di presenza di un conto misto, proceda alla verifica dell'eventuale superamento del tasso-soglia attraverso la ponderazione delle singole componenti (primo e secondo addendo della prima formula, relativa agli interessi ed oneri, e seconda formula, relativa alla commissione di massimo scoperto) sulla base dei numeri debitori complessivi per ciascun trimestre;

• determini, alla luce dei criteri sopra esposti, il saldo dei rapporti oggetto del giudizio, effettuando – ove indicato – conteggi alternativi ed esponendo in apposite tabelle di sintesi i risultati ottenuti.

3.2. *Il quesito in tema di mutuo*

Il Consulente Tecnico d'Ufficio, acquisita la documentazione presente agli atti del giudizio e – soltanto con il consenso delle Parti – l'eventuale ulteriore documentazione ritenuta utile, predisponga una relazione scritta attenendosi ai criteri di seguito indicati:

• prenda in considerazione esclusivamente il contratto di mutuo n. …;

• predisponga un prospetto riassuntivo, nel quale dia atto dell'acquisizione (o meno) dei documenti di seguito elencati: contratto di mutuo (specificandone la data); estratti conto dall'epoca di sottoscrizione del contratto di mutuo sino all'estinzione o alla risoluzione (con indicazione di quelli eventualmente mancanti);

• predisponga un prospetto analitico recante l'indicazione delle condizioni pattuite, specificando – in particolare – la misura delle competenze (interessi, commissioni, spese e remunerazioni a qualsiasi titolo) e il loro criterio di calcolo;

• elabori il piano di ammortamento del mutuo *ex ante*, sulla base degli stessi criteri adottati dalla Banca all'atto della sottoscrizione del contratto e ponga in evidenza eventuali scostamenti fra il tasso interno di rendimento (TIR) e il tasso effettivo globale (TEG) comunicato dalla Banca;

• elabori il piano di ammortamento del mutuo *ex ante*, tenendo conto di tutte le competenze (interessi, commissioni, spese e remunerazioni a qualsiasi titolo, fatta eccezione per le imposte e tasse previste per legge) e ponga in evidenza eventuali scostamenti fra il tasso interno di rendimento (TIR) e il tasso effettivo globale (TEG) comunicato dalla Banca;

• nel rispondere al quesito precedente, si attenga alle seguenti indicazioni:

– nel caso di pattuizione di un tasso di interesse fisso, proceda all'elaborazione tenendo conto del tasso di interesse enunciato nel contratto di mutuo;

– nel caso di pattuizione di un tasso di interesse variabile parametrato all'EURIBOR, proceda all'elaborazione tenendo conto dei tassi di interesse impliciti nella curva dei tassi (tassi EURIRS), nota alla data di sottoscrizione del contratto di mutuo;

– nel caso di pattuizione di un tasso di interesse variabile parametrato ad altro tasso di interesse di riferimento, proceda all'elaborazione tenendo conto dei tassi di interesse impliciti nella curva dei tassi (tassi EURIRS), nota alla data di sottoscrizione del contratto di mutuo, sulla base del rapporto iniziale fra tasso di interesse di riferimento e tasso EURIBOR;

• nel caso in cui si determini il superamento del tasso soglia da parte del tasso interno di rendimento (TIR) così calcolato, ridetermini il saldo dare-avere del mutuo alla data di estinzione ovvero alla data di risoluzione, eliminando tutte competenze (interessi, commissioni, spese e remunerazioni a qualsiasi titolo, fatta eccezione per le imposte e tasse previste per legge) e procedendo alla capitalizzazione dei relativi effetti a tale data;

• accerti se il tasso di mora enunciato superi il tasso soglia alla data di sottoscrizione del contratto di mutuo e, in tal caso, proceda all'eliminazione di tutti gli interessi di mora addebitati nel corso del rapporto;

• nel caso in cui il tasso di mora non superi il tasso soglia alla data di sottoscrizione del contratto, elabori il piano di ammortamento del mutuo *ex ante*, tenendo conto di tutte le competenze (interessi, commissioni, spese e remunerazioni a qualsiasi titolo, fatta eccezione per le imposte e tasse previste per

legge), calcolando il tasso interno di rendimento (TIR) dell'intera operazione finanziaria, attraverso uno stress test che tenga conto dell'ipotesi che il mutuatario si renda inadempiente già all'atto della prima rata e che – quindi – non sia in grado di pagare né le rate del mutuo né gli interessi di mora, sino all'estinzione naturale del contratto, ove il debito residuo viene passato a sofferenza;

- nel rispondere al quesito precedente, si attenga alle seguenti indicazioni:
  - nel caso di pattuizione di un tasso di interesse fisso e di un tasso di mora fisso, proceda all'elaborazione tenendo conto del tasso di interesse e del tasso di mora enunciati nel contratto di mutuo;
  - nel caso di pattuizione di un tasso di interesse variabile e di un tasso di mora variabile, entrambi parametrati all'EURIBOR, proceda all'elaborazione tenendo conto dei tassi di interesse impliciti nella curva dei tassi (tassi EURIRS) nota alla data di sottoscrizione del contratto di mutuo;
  - nel caso di pattuizione di un tasso di interesse variabile e di un tasso di mora variabile, parametrati ad altro tasso di interesse di riferimento, proceda all'elaborazione tenendo conto dei tassi di interesse impliciti nella curva dei tassi (tassi EURIRS) nota alla data di sottoscrizione del contratto di mutuo, tenendo conto del rapporto iniziale fra tasso di interesse di riferimento e tasso EURIBOR;
- nel caso in cui si determini il superamento del tasso soglia, da parte del tasso interno di rendimento (TIR) così calcolato, ridetermini il saldo dare-avere del mutuo alla data di estinzione ovvero alla data di risoluzione, eliminando tutte le competenze (interessi, commissioni, spese e remunerazioni a qualsiasi titolo, fatta eccezione per le imposte e tasse previste per legge) e procedendo alla capitalizzazione dei relativi effetti a tale data;
- elabori, infine, il piano di ammortamento del mutuo *ex post*, tenendo conto di tutte le competenze (interessi, commissioni, spese e remunerazioni a qualsiasi titolo, fatta eccezione per le imposte e tasse previste per legge), calcolando il tasso interno di rendimento (TIR) dell'intera operazione finanziaria, sino alla data di estinzione ovvero sino alla data di risoluzione;
- nel caso in cui si determini il superamento del tasso soglia (rilevato alla data di sottoscrizione del contratto di mutuo), da parte del tasso interno di rendimento (TIR) così calcolato, ridetermini il saldo dare-avere del mutuo alla data di estinzione ovvero alla data di risoluzione, eliminando tutte le competenze (interessi, commissioni, spese e remunerazioni a qualsiasi titolo, fatta eccezione per le imposte e tasse previste per legge) e procedendo alla capitalizzazione dei relativi effetti a tale data;
- nel caso in cui si determini il superamento del tasso soglia (rilevato nei

trimestri successivi), da parte del tasso interno di rendimento (TIR) così calcolato, ridetermini il saldo dare-avere del mutuo alla data di estinzione ovvero alla data di risoluzione, riconducendo al limite del tasso soglia le competenze (interessi, commissioni, spese e remunerazioni a qualsiasi titolo, fatta eccezione per le imposte e tasse previste per legge) e procedendo alla capitalizzazione dei relativi effetti a tale data;

• determini, alla luce dei criteri sopra esposti, il saldo del rapporto oggetto del giudizio, effettuando – ove indicato – conteggi alternativi ed esponendo in apposite tabelle di sintesi i risultati ottenuti.

3.3. *Il quesito in tema di segnalazione illegittima alla Centrale Rischi*

Il Consulente Tecnico d'Ufficio, acquisita la documentazione presente agli atti del giudizio e – soltanto con il consenso delle Parti – l'eventuale ulteriore documentazione ritenuta utile, predisponga una relazione scritta attenendosi ai criteri di seguito indicati:

• individui l'intestatario delle segnalazioni distinguendo fra:
  – persone fisiche;
  – persone giuridiche;
  – organismi che, pur sprovvisti di personalità giuridica, dispongono di autonomia decisionale e contabile. Rientrano in questa fattispecie le società di persone, le società di fatto, le associazioni non riconosciute e, distintamente, le sezioni periferiche di queste ultime;
  – cointestazioni, considerate come l'insieme di più soggetti cointestatari di uno o più fidi; le posizioni di rischio facenti capo alle cointestazioni sono distinte rispetto a quelle dei soggetti che ne fanno parte;
  – fondi comuni d'investimento;

• accerti se oggetto del rapporto siano crediti per cassa e di firma e se siano stati correttamente ricondotti alle pertinenti categorie di censimento. In particolare, i crediti per cassa devono essere suddivisi in cinque categorie di censimento:
  – rischi auto liquidanti;
  – rischi a scadenza;
  – rischi a revoca;
  – finanziamenti a procedura concorsuale e altri finanziamenti particolari;
  – sofferenze;

• verifichi se i crediti di firma, in quanto presenti, siano stati ripartiti in due categorie di censimento a seconda che siano connessi con operazioni di natura commerciale o finanziaria;

• verifichi se, alla data della segnalazione illegittima, ricorresse almeno una delle seguenti condizioni:

– la somma dell'accordato ovvero quella dell'utilizzato del totale dei crediti per cassa e di firma è d'importo pari o superiore a 30.000 €;
– il valore delle garanzie ricevute complessivamente dall'intermediario è d'importo pari o superiore a 30.000 €;
– il valore intrinseco delle operazioni in derivati finanziari è pari o superiore a 30.000 €;
– la posizione del cliente è in sofferenza;
– l'importo delle operazioni effettuate per conto di terzi è pari o superiore a 30.000 €;
– il valore nominale dei crediti acquisiti per operazioni di factoring, sconto di portafoglio pro soluto e cessione di credito è pari o superiore a 30.000 €;
– sono stati passati a perdita crediti in sofferenza di qualunque importo;
– il valore nominale dei crediti non in sofferenza ceduti a terzi dall'intermediario segnalante è pari o superiore a 30.000 €;
– sono stati ceduti a terzi dall'intermediario segnalante crediti in sofferenza di qualunque importo;

• premesso che, nella categoria di censimento sofferenze va ricondotta l'intera esposizione per cassa nei confronti di soggetti in stato di insolvenza, anche non accertato giudizialmente, o in situazioni sostanzialmente equiparabili, indipendentemente dalle eventuali previsioni di perdita formulate dall'impresa, accerti se l'Intermediario abbia effettuato una valutazione della complessiva situazione finanziaria del cliente e che non sia scaturita automaticamente da un mero ritardo di quest'ultimo nel pagamento del debito, tenuto anche conto che la contestazione del credito non è di per sé condizione sufficiente per l'appostazione a sofferenza; tenga, nel contempo conto che costituiscono un'eccezione al principio dell'attrazione di tutti i crediti per cassa nelle sofferenze le posizioni di rischio destinate a confluire nella categoria di censimento finanziamenti a procedura concorsuale e altri finanziamenti particolari;

• nel caso di contestazione, verifichi se sia stato rispettato il principio secondo cui la segnalazione a sofferenza presuppone che tutti i cointestatari versino in stato di insolvenza;

• accerti se il Cliente e gli eventuali coobbligati (garanti, soci illimitatamente responsabili) siano stati informati per iscritto la prima volta che è stato segnalato a sofferenza;

• verifichi che sia stato rispettato il principio per cui la segnalazione di una posizione di rischio tra le sofferenze non è più dovuta quando:

– viene a cessare lo stato di insolvenza o la situazione ad esso equiparabile;

– il credito viene rimborsato dal debitore o da terzi, anche a seguito di accordo transattivo liberatorio, di concordato preventivo o di concordato fallimentare remissorio. Rimborsi parziali del credito comportano una corrispondente riduzione dell'importo segnalato;
– il credito viene ceduto a terzi;
– i competenti organi aziendali, con specifica delibera hanno preso definitivamente atto della irrecuperabilità dell'intero credito oppure rinunciato ad avviare o proseguire gli atti di recupero;
– il credito è interamente prescritto (art. 2934 e ss. c.c.);
– il credito è stato oggetto di esdebitazione (art. 142 l. fall.);

• in ordine alla verifica della corretta classificazione dei crediti da parte dell'Intermediario tenga conto che:

– la prima categoria ricomprende le esposizioni che alla data di riferimento sono "scadute o sconfinanti" da oltre 90 giorni (ex 180 giorni) con carattere continuativo. Questa categoria di crediti deve comprendere le esposizioni di cassa e quelle fuori bilancio, per le quali l'impresa di credito ha monitorato e rilevato una condizione di inadempimento persistente;
– le esposizioni ristrutturate sono posizioni per le quali l'intermediario, a causa del deterioramento della situazione economica e finanziaria del debitore, acconsente a modificare le originarie condizioni contrattuali dando origine ad una perdita. Ciò avviene ad esempio a seguito del prolungamento di un finanziamento da tre a cinque anni, per il quale la banca subisce una riduzione degli interessi da incassare;
– le esposizioni incagliate sono le posizioni dei clienti che versano in una situazione di temporanea difficoltà di tipo economico, finanziario, gestionale, nella prospettiva che tale situazione possa essere superata in un congruo limite di tempo. Gli "incagli oggettivi" sono quelle esposizioni per le quali si sono verificate congiuntamente le seguenti condizioni:

• "Posizioni scadute o sconfinanti" in via continuativa da oltre 270 giorni;

• importi delle quote sconfinanti superiori per almeno il 10% dell'intera esposizione;

– le sofferenze corrispondono alle esposizioni – con il peggior livello di patologia – dei soggetti in stato d'insolvenza, anche se non ancora accertato giudizialmente o in situazioni sostanzialmente equiparabili. Il tutto prescindendo dalle previsioni di perdita ipotizzate dal singolo intermediario;

• al fine di valutare la ricorrenza dei presupposti per l'iscrizione a sofferenza svolga gli accertamenti di seguito indicati:

– esame di modelli predittivi elementari:

▪ proceda alla rielaborazione del bilancio secondo il modello proposto nel documento del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti "Crisi d'impresa: Strumenti per l'individuazione di una procedura d'allerta" (gennaio 2005);

▪ proceda all'elaborazione degli indicatori di bilancio ed extracontabili ritenuti particolarmente rilevanti per esprimere un giudizio sullo stato di salute dell'impresa, previsti nel documento testé richiamato;

– esame di modelli predittivi evoluti:

▪ applichi la formula Z-Score di Altman nel suo adattamento alle PMI (Elaborazione BOTTANI-SERAO-CIPRIANI);

• nel caso in cui la segnalazione illegittima abbia condotto al default, quantifichi il danno complessivo eventualmente subito dal Cliente attenendosi ai seguenti criteri:

– nel caso di imprese (o società):

▪ impresa (o società) non operativa o di godimento:

• danno emergente: effettui la valutazione del complesso aziendale secondo il metodo patrimoniale;

• lucro cessante e perdita di chance: accerti se fossero in corso eventuali trattative per l'acquisto di beni mobili o immobili e, in tal caso, quantifichi il danno sulla base dell'eccedenza del valore normale degli stessi rispetto al prezzo convenuto;

▪ impresa (o società) operativa:

• danno emergente e lucro cessante: effettui la valutazione secondo il metodo reddituale e quello finanziario ovvero, nel caso di piccole realtà imprenditoriali, sulla base dei metodi empirici (rules of thumb);

• perdita di chance: accerti se fossero in corso eventuali trattative per l'acquisto di beni mobili o immobili ovvero di imprese o rami d'impresa e, in tal caso, quantifichi il danno sulla base dell'eccedenza del valore normale degli stessi rispetto al prezzo convenuto;

– nel caso di persone fisiche:

▪ danno emergente: effettui la valutazione del complesso di beni facenti capo alla Persona fisica sulla base dell'eccedenza del valore normale (netto) degli stessi;

▪ lucro cessante e perdita di chance: accerti se fossero in corso eventuali trattative per l'acquisto di beni mobili o immobili e, in tal caso, quantifichi il danno sulla base dell'eccedenza del valore normale degli stessi rispetto al prezzo convenuto;

• nel caso in cui la segnalazione illegittima non abbia condotto al default, quantifichi il danno complessivo eventualmente subìto dal Cliente procedendo

ad una valutazione del pregiudizio in termini di valore patrimoniale o di redditività conseguente all'eventuale maggiore onerosità di fonti alternative di finanziamento;

• fornisca ogni altra informazione utile al giudice per la valutazione dell'eventuale danno all'immagine o reputazionale derivante dalla segnalazione illegittima.

3.4. *Il quesito in tema di polizze Unit linked e Index Linked*

Il Consulente Tecnico d'Ufficio, letti gli atti e i documenti di causa, predisponga analitica relazione scritta sui seguenti quesiti:

• descriva le caratteristiche tecniche delle Polizze sottoscritte dal Contraente;

• descriva le prestazioni del Contraente e specifichi se esse siano consistite in un premio unico ovvero in premi ricorrenti, quantificandone l'ammontare complessivo;

• descriva le prestazioni dell'Impresa Assicurativa e ne illustri i criteri di calcolo;

• specifichi se il rischio finanziario sia stato, in tutto o in parte, trasferito sul Contraente;

• specifichi se le Polizze incorporassero o meno il rischio demografico;

• valuti se, nella struttura delle Polizze, fosse prevalente la "componente assicurativa" ovvero la "componente finanziaria";

• accerti se – all'atto della sottoscrizione delle Polizze – siano state rispettate le prescrizioni dettate dall'ISVAP, con riguardo alle Polizze in esame, e dalla CONSOB, relativamente ai prodotti finanziari;

• in particolare, accerti se la sottoscrizione delle singole Polizze sia avvenuta in esecuzione di un contratto quadro di negoziazione, sottoscrizione, collocamento e raccolta ordini concernenti valori mobiliari e se il contratto quadro sia stato preceduto dall'acquisizione del profilo di rischio del Contraente;

• verifichi se sia stato consegnato al Contraente, all'atto della sottoscrizione, il documento concernente i rischi di ciascun investimento;

• verifichi la coerenza di ciascuna Polizza con le esigenze e il profilo di rischio del Contraente;

• accerti se – nel corso del rapporto – il livello di informazione sia stato adeguato e tempestivo rispetto al reale livello di competenza del Contraente, con particolare riguardo alle modalità di verifica dei rendimenti;

• quantifichi l'ammontare delle commissioni e dei costi di gestione e verifichi se gli stessi fossero adeguati rispetto al risultato prevedibile delle Polizze;

• quantifichi il risultato complessivo della gestione, distinguendo – da una

parte – le prestazioni del Contraente e – dall'altra – quelle dell'Impresa di Assicurazione, suddividendole per singole voci;

• verifichi se il risultato complessivo della gestione sia stato coerente con il profilo di rischio del Contraente e con le aspettative che questo riponeva nelle Polizze;

• illustri quale sarebbe stato il risultato della gestione, ove il Contraente avesse investito le somme versate in titoli di Stato, utilizzando – per la relativa quantificazione – l'indice "Rendistato";

• effettui lo stesso calcolo di cui al punto precedente, capitalizzando – al termine di ciascun anno solare – gli interessi che sarebbero stati ritratti dall'investimento alternativo.

3.5. *Il quesito in tema di azioni di contratti derivati*

Il Consulente Tecnico d'Ufficio, letti gli atti e i documenti prodotti dall'Attore ed acquisiti – nel rispetto dei limiti di legge – gli eventuali ulteriori, predisponga analitica relazione sui seguenti quesiti:

• in via preliminare, descriva le caratteristiche tecniche dei Contratti Derivati che sono stati sottoscritti dalla Società;

• accerti se – all'atto della sottoscrizione dei Contratti Derivati – siano state rispettate le prescrizioni dettate dalla Banca d'Italia e dalla Consob;

• in particolare, accerti se la sottoscrizione dei singoli Contratti sia avvenuta in esecuzione di un contratto quadro di negoziazione, sottoscrizione, collocamento e raccolta ordini concernenti valori mobiliari e se il contratto quadro sia stato preceduto dall'acquisizione del profilo di rischio della Società;

• verifichi se – all'atto della sottoscrizione dei Contratti Derivati – sia stato consegnato alla Società il documento concernente i rischi di ciascun Contratto Derivato;

• verifichi la coerenza di ciascun Contratto Derivato con le esigenze (di copertura o speculative) e il profilo di rischio della Società;

• accerti se, nel corso del rapporto, il livello di informazione assicurato dalla Banca sia stato adeguato e tempestivo rispetto al reale livello di competenza della Società, con particolare riguardo alle modalità di verifica dei rendimenti dei Contratti Derivati (tempi, importi e modalità dei flussi positivi e negativi);

• accerti se siano state intenzionalmente taciute o rappresentate circostanze di fatto tese ad occultare alla Società aspetti essenziali nell'acquisto dei Contratti Derivati (controparte effettiva, posizione della Banca rispetto alla stessa, con evidenza delle connotazioni di copertura e/o speculative dei Contratti Derivati, delle prospettazioni parziali e/o suggestive del rendimento e del funzionamento dello stesso);

• analizzi la situazione finanziaria e la struttura dell'indebitamento della Società durante il periodo di vigenza dei Contratti Derivati, verificando l'eventuale sussistenza di una relazione di copertura dal rischio sotteso e, cioè, se i Contratti Derivati fossero adeguatamente idonei a perseguire gli scopi e/o a tutelare i rischi che venivano rappresentati in relazione alla concreta situazione economico-finanziaria in cui si trovava la Società;

• accerti inoltre, con riferimento ai singoli Contratti Derivati, se vi fossero ragionevoli motivi per sottoscriverli in base alle previsioni disponibili all'epoca della stipula circa l'andamento prospettico dei tassi di interesse;

• quantifichi l'ammontare delle commissioni implicite applicate dalla Banca all'atto della prima sottoscrizione e delle successive ristrutturazioni e degli altri oneri di gestione e verifichi se gli stessi fossero adeguati rispetto al risultato prevedibile dei Contratti Derivati;

• verifichi se le commissioni implicite fossero proporzionali ai costi di struttura (diretti e indiretti) della Banca e ad un margine di profitto per quest'ultima, assumendo a riferimento i dati di settore;

• inoltre, in caso di rinegoziazioni successive, valuti se le prospettazioni fornite dalla Banca siano state idonee – ed in qual misura – ad incidere sul grado di autodeterminazione della Società;

• quantifichi il risultato della gestione derivante dalla sottoscrizione dei singoli Contratti Derivati, distinguendo – da una parte – le prestazioni dalla Società e – dall'altra – quelle della Banca, suddividendole per singole voci;

• calcoli il tasso di interesse implicito, tenendo conto della struttura composita del rapporto fra Banca e Società – con riguardo sia ad operazioni finanziarie già esistenti sia a rinegoziazioni successive – e considerando gli effetti della commissione di sottoscrizione e della penale di estinzione anticipata, e verifichi se vi sia stato il superamento del tasso-soglia usurario;

• riferisca, inoltre, ogni altro dato che possa risultare rilevante ai fini dell'accertamento della formazione del consenso da parte della Società in occasione sia della prima sottoscrizione sia, in particolar modo, nel prosieguo del rapporto.

3.6. *Il quesito in tema di azioni di responsabilità*

Il Consulente Tecnico d'Ufficio letti gli atti e i documenti prodotti dall'Attore ed acquisiti – nel rispetto dei limiti di legge – gli eventuali ulteriori, predisponga una Relazione scritta fornendo risposta ai seguenti quesiti:

1. Accerti le principali operazioni poste in essere nel corso del tempo, in relazione alle quali vi sia stata una violazione dei principi di corretta ammini-

strazione e che abbiano eventualmente recato pregiudizio alla Società, descrivendole analiticamente, quantificando il danno occorso ed individuando i soggetti cui siano riferibili (artt. 2392 e ss. c.c.).

2. Effettuate le opportune rettifiche ai bilanci di esercizio, accerti se e quando si sia verificata una perdita rilevante ai sensi degli artt. 2446 e 2447 c.c. ed in quale momento gli Amministratori, i Sindaci ed i Revisori Contabili della Società – applicando il canone della diligenza professionale – avrebbero dovuto assumerne consapevolezza e dare corso alle iniziative previste dall'art. 2485 c.c.

3. In caso di omissione delle iniziative previste dalla legge, determini l'entità dei danni subiti dalla Società e dai creditori sociali (art. 2485 c.c.), applicando i criteri di seguito enunciati:

a) differenza fra attivo e passivo patrimoniale alla data di apertura del concorso;
b) differenza fra passivo patrimoniale alla data in cui si è verificata la causa di scioglimento (v. *supra*) e passivo patrimoniale alla data di apertura del concorso;
c) differenza fra patrimonio netto alla data in cui si è verificata la causa di scioglimento (v. *supra*) e patrimonio netto alla data di apertura del concorso;
d) differenza complessiva fra i ricavi ed i costi derivanti dagli atti gestori che non siano stati volti alla conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale.

4. Accerti quale sia il Soggetto che esercitava attività di direzione e di coordinamento nei confronti della Società e se siano stati rispettati gli oneri pubblicitari di cui all'art. 2497-*bis*, comma 1, c.c.

5. In caso di omissione, quantifichi i danni che la mancata conoscibilità di tale circostanza abbia determinato in capo ai creditori sociali (art. 2497-*bis*, comma 3, c.c.).

6. Accerti inoltre se il Soggetto che esercita(va) attività di direzione e coordinamento abbia agito nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale della Società, raccogliendo le necessarie prove documentali dalle quali possa desumersi che il Soggetto abbia influenzato le decisioni della Società (art. 2497, comma 1, c.c.).

7. Verifichi, inoltre, se le decisioni della Società influenzate dal Soggetto che esercita(va) attività di direzione e coordinamento siano state analiticamente motivate e se sia stata fornita puntuale indicazione delle ragioni e degli interessi la cui valutazione ha inciso sulle decisioni medesime; verifichi, inoltre,

se di tali decisioni si sia dato adeguato conto nella relazione sulla gestione (art. 2497-*ter* c.c.).

8. Accerti, quindi, la lesione cagionata all'integrità del patrimonio sociale, quantificando la differenza complessiva fra i ricavi ed i costi derivanti dagli atti posti in essere in esecuzione delle direttive impartite (art. 2497, comma 1, c.c.).

9. Verifichi se il danno sia venuto meno alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette (art. 2497, comma 1, c.c.).

10. Individui i soggetti che hanno preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, quelli che ne hanno consapevolmente tratto beneficio (art. 2497, comma 2, c.c.).