

ANNO LXVIII (Seconda Serie) - N. 1

Gennaio-Febbraio 2013

RIVISTA
DI
DIRITTO PROCESSUALE

FONDATA NEL 1924 DA

G. CHIOVENDA, F. CARNELUTTI e P. CALAMANDREI

GIÀ DIRETTA DA

E.T. LIEBMAN, G. TARZIA e E.F. RICCI

DIRETTORI

C. PUNZI e B. CAVALLONE

COMITATO DI DIREZIONE

**M. ACONE - G. BONGIORNO - V. COLESANTI
L.P. COMOGLIO - C. CONSOLO - G. COSTANTINO
C. FERRI - R.E. KOSTORIS - S. LA CHINA - S. MENCHINI
G. MONTELEONE - R. ORIANI - N. PICARDI - A. SALETTI
B. SASSANI - F. TOMMASEO - N. TROCKER - R. VACCARELLA**



CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI
2013

OSSERVATORIO SULLA CASSAZIONE CIVILE

SOMMARIO: 1. Competenza. – 2. Litispendenza e continenza. – 3. Procedimento disciplinare a carico del magistrato. – 4. Successione nel processo. – 5. Deontologia forense. – 6. Spese processuali. – 7. Nullità degli atti processuali. – 8. Notificazioni e comunicazioni. – 9. Domanda giudiziale. Effetti. – 10. Onere di allegazione. – 11. Consulenza tecnica. – 12. Processo ordinario di cognizione (trattazione ed istruzione della causa). – 13. Processo del lavoro (trattazione ed istruzione della causa). – 14. Sospensione del processo. – 15. Estinzione del processo. – 16. Impugnazioni (disposizioni generali). – 17. Cassazione. – 18. Procedimento per convalida di sfratto o di licenza. – 19. Giudizio di divisione. – 20. Ragionevole durata del processo ed equa riparazione.

1. – In materia di accordo di ristrutturazione dei debiti, di cui all'art. 182 *bis* l. fall, Cass., sez. VI, 24 settembre 2012, n. 16187, Pres. Salmè, Rel. Di Palma, ha cura di precisare che il giudice competente a conoscere le eventuali controversie nascenti dall'esecuzione di tale accordo va individuato secondo gli ordinari criteri di distribuzione della competenza, anche per territorio. Nello specifico, la società ricorrente aveva proposto regolamento di competenza avverso la sentenza con la quale il tribunale, nel giudizio da essa promosso per l'adempimento degli obblighi nascenti da un contratto transattivo stipulato con uno dei propri creditori, *a latere* di un accordo di ristrutturazione dei debiti a suo tempo omologato dallo stesso tribunale, aveva dichiarato la propria incompetenza ritenendo che non operasse la *vis attractiva* del foro fallimentare (art. 24 l. fall.), attesa la ritenuta natura non concorsuale di tale istituto. La Suprema Corte – omettendo consapevolmente di pronunciarsi su tale questione – ha comunque rigettato il ricorso alla luce del consolidato principio seguito in tema di concordato preventivo, secondo il quale, una volta esauritasi, con la sentenza di omologazione, la relativa procedura, le controversie che attengono all'esecuzione del concordato rimangono sottratte al potere del giudice delegato e costituiscono materia di un ordinario giudizio di cognizione, da promuoversi secondo gli ordinari criteri di competenza (v., *ex plurimis*, Cass., sez. I, 16 giugno 2008, n. 16598, Pres. Vitrone, Rel. Salvati).

2. – Di sicuro interesse è Cass., sez. un., 28 agosto 2012, n. 14678, Pres. Salmè, Rel. De Chiara, con la quale è stata sottoposta al Primo Presidente, ai fini dell'eventuale rimessione alle sezioni unite, la questione concernente la possibilità che la litispendenza sia dichiarata tra due cause pendenti in gradi diversi.

L'ordinanza interlocutoria esprime l'esigenza di comporre un contrasto diacronico tra un orientamento più risalente, che ammette tale possibilità, con il solo

limite del formarsi del giudicato nel processo instaurato per primo (v., ad esempio, Cass. civ., 18 settembre 1986, n. 5666), ed uno più recente (fra cui, da ultimo, Cass., sez. II, 18 aprile 2007, n. 9313, Pres. Elefante, Rel. Trecapelli) che invece ritiene che la litispendenza, come la continenza, non possa essere dichiarata tra cause pendenti in gradi diversi di giudizio, dovendosi semmai verificare, in simile evenienza, la sussistenza dei presupposti per la sospensione, ai sensi dell'art. 295 c.p.c. Il predetto contrasto è ritenuto dalla Corte «inconsapevole», in quanto il superamento dell'indirizzo più risalente sarebbe avvenuto senza che quest'ultimo sia stato espressamente confutato nelle pronunce di segno contrario, che non avrebbero ricondotto al fenomeno della continenza i casi dalle stesse affrontati.

3. – Meritevoli di segnalazione appaiono alcune pronunce della Suprema Corte che riguardano, sotto differenti profili, il tema della responsabilità disciplinare del magistrato.

Cass., sez. un., 11 aprile 2012, n. 5701, Pres. Rovelli, Rel. Ceccherini, si pronuncia nell'ambito di una fattispecie in cui un magistrato era stato sottoposto a giudizio disciplinare per violazione dell'art. 2 comma 1°, lett. c) d.lgs. n. 109 del 2006, per non essersi astenuto dallo svolgere le funzioni di giudice dell'esecuzione, in occasione della vendita all'asta di alcuni immobili, risultati poi aggiudicati ad un soggetto con il quale il magistrato intratteneva un rapporto di locazione.

La Suprema Corte, pur non condividendone *in toto* le motivazioni, conferma la decisione del Consiglio Superiore della magistratura che aveva escluso la sussistenza dell'illecito disciplinare, rilevando che, ai fini della responsabilità disciplinare del giudice per inosservanza dell'obbligo di astensione di cui alla citata disposizione, non possono considerarsi parti del processo esecutivo, nel senso postulato dall'art. 51, comma 1°, n. 3, c.p.c., coloro che presentano offerte nella vendita forzata, se non dal momento in cui sorga un contrasto – ancorché non formalizzato con l'opposizione agli atti esecutivi – per il quale sia richiesto l'intervento regolatore del giudice dell'esecuzione. Precisa al riguardo la Corte che, al di fuori dell'ipotesi sopra richiamata, la qualità di parte deve riconoscersi solo in capo al debitore, al creditore procedente e ai creditori intervenuti, atteso che tra gli stessi sussiste un conflitto immanente ravvisabile nel fatto che all'interesse del primo, chiaramente finalizzato all'integrale e sollecita soddisfazione del credito, si contrappone quello del secondo a massimizzare comunque il prezzo della vendita.

Al di là di tali rilievi, che riposano sulla condivisibile premessa per cui l'art. 51 c.p.c. deve poter trovare applicazione anche nel processo esecutivo, trattandosi di norma collocata nella parte generale del codice di rito che non può ritenersi esclusa per il solo fatto della inesistenza, in tale processo, di un contraddittorio in senso tecnico, la pronuncia in questione appare altresì particolarmente interessante sotto un ulteriore profilo, non riscontrandosi precedenti esattamente in termini. Invero la Corte, nello scrutinare, con ampie argomentazioni, tutte le motivazioni che nell'impugnata sentenza sorreggono la conclusione di assoluzione del magistrato, si interroga se la fattispecie di illecito disciplinare considerata (ravvisabile nella «consapevole inosservanza dell'obbligo di astensione nei casi previsti dalla legge») sia configurabile anche nei casi in cui l'astensione sia giustificata per gravi

ragioni di convenienza, posto che l'art. 51 comma 2° c.p.c. prevede detta astensione come facoltativa. Al riguardo la Corte, pur escludendo che, ai fini della citata disposizione, possa ritenersi in tal caso sussistente un obbligo di astensione, ritiene opportuno enunciare il principio di diritto secondo il quale tale obbligo sussiste non soltanto nei casi indicati specificamente dall'art. 51 comma 1° c.p.c., bensì in tutti i casi nei quali sia ravvisabile un interesse proprio del magistrato o di un suo prossimo congiunto a conseguire un ingiusto vantaggio patrimoniale (o a farlo conseguire ad altri), in virtù di quanto previsto dall'art. 323 c.p., atteso che detta norma penale ha portata generale e trova pertanto applicazione nei confronti di qualunque pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio.

In argomento, con riferimento ad una diversa fattispecie in cui un magistrato aveva deciso una controversia accogliendo la domanda promossa da una società nella quale la figlia aveva prestato attività lavorativa come dipendente, è intervenuta, in modo ancor più innovativo, Cass., sez. un. 13 novembre 2012, n. 19704, Pres. Preden, Rel. Segreto. La Corte, discostandosi parzialmente dall'arresto di Cass., sez. un., 11 aprile 2012, n. 5701, sopra richiamata, chiarisce – con ciò allineandosi all'interpretazione tradizionalmente offerta del concetto di interesse di cui all'art. 51 comma 1°, n. 1, c.p.c. – che l'interesse proprio o del proprio congiunto, in presenza del quale sussiste l'obbligo generalizzato di astensione sancito dall'art. 323 c.p., non deve essere inteso come vantaggio di natura patrimoniale – attenendo tale requisito all'evento del reato disciplinato da tale articolo – ma, più in generale, come interesse di natura personale, anche non economico, purché idoneo, comunque, a minare oggettivamente l'imparzialità del magistrato.

La pronuncia, peraltro, appare particolarmente apprezzabile laddove, aspirando a fornire un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 51, comma 2°, c.p.c., alla luce dell'art. 97 Cost., ritiene che l'art. 323 c.p., come modificato dalla l. 16 luglio 1997, n. 234, nel richiamare tutte le disposizioni che disciplinano casi specifici di obbligo di astensione (comprese quelle di futura emanazione, secondo la tecnica della norma penale in bianco), abbia risolto, in radice, qualsiasi possibilità di contrasto tra lo stesso art. 323 c.p. e le altre norme speciali, determinando così un effetto parzialmente abrogante ove dette norme si pongano in conflitto con quanto da essa statuito. Da ciò la Corte trae la rilevante conseguenza che l'art. 51, comma 2°, c.p.c. deve ritenersi abrogato tutte le volte in cui le gravi ragioni di convenienza siano costituite dalla presenza di un interesse proprio del magistrato o di un suo prossimo congiunto, mentre detta norma resta operante per tutte le ipotesi di gravi ragioni di convenienza diverse dalla sussistenza di un interesse come quello sopra qualificato, in presenza delle quali l'astensione rimane facoltativa.

Occorre peraltro chiedersi se, a seguito delle due menzionate pronunce, la previsione di cui al comma 1° n. 1 dell'art. 51 c.p.c. – calibrata, com'è noto sul solo interesse del magistrato – possa estendersi, per via interpretativa, all'ipotesi costituita dall'interesse del prossimo congiunto del giudicante, con l'ulteriore effetto di una parallela estensione dei casi di riconsuazione, pur considerati tassativi, anche a tale ipotesi.

Con riferimento alla diversa fattispecie di illecito consistente nel reiterato, grave ed ingiustificato ritardo nel compimento di atti relativi all'esercizio delle funzio-

ni di cui all'art. 3, comma 1°, lett q), del citato d. lgs. n.109/2006, si segnala altresì Cass., sez. un., 12 aprile 2012, n. 5761, Pres. Vittoria, Rel. Amoroso, la quale, confermando un orientamento già esistente (v., ad esempio, Cass., sez. un., 23 agosto 2007, n. 17919, Pres. Criscuolo, Rel. Balletti), precisa che la rilevanza disciplinare del ritardo è subordinata alla simultanea ricorrenza di tutte e tre le condizioni richieste dalla citata disposizione (gravità, reiterazione e ingiustificatezza). La Corte mostra così di voler abbandonare l'indirizzo propugnato da Cass., sez. un., 27 febbraio 2012 n. 2927, che aveva ritenuto, in contraddizione, ci sembra, con il tenore letterale del citato articolo, che la reiterazione del ritardo deve considerarsi alternativa alla sua gravità.

4. – Tornando ad occuparsi di un tema controverso, già ampiamente segnalato nelle pagine di questo *Osservatorio* (Lovise, in questa *Rivista* 2012, § 4 e Cossignani, *ivi* 2012, 1419 s.), Cass. sez. II, 28 settembre 2012, Pres. Rovelli, Rel. Giusti, ha sottoposto al Primo Presidente, ai fini dell'eventuale rimessione alle sezioni unite, la questione della legittimazione degli *ex* soci di una società di persone a far valere, quali successori universali della società estinta per cancellazione, il diritto all'equa riparazione derivante dall'eccessiva durata del processo presupposto nel quale detta società sia stata parte, ai sensi della l. 24 marzo 2001, n. 89 («legge Pinto»). L'ordinanza interlocutoria si ricollega a Cass. 18 giugno 2012, n. 9943, Pres. Vitrone, Rel. Forte, precedentemente segnalata in questa *Osservatorio* (Cossignani, in questa *Rivista* 2012, 1418), con la quale è stata sottoposta all'attenzione delle sezioni unite la questione, di ordine più generale, degli effetti della cancellazione della società sui processi pendenti.

La pronuncia appare particolarmente interessante in quanto il controverso tema della successione universale dei soci nei beni e nei diritti della società estinta per cancellazione si arricchisce qui di un ulteriore aspetto dovendosi in tal caso preliminarmente stabilire, ad avviso della Corte, se la pretesa indennitaria di cui alla citata legge configuri un diritto già esistente nel patrimonio sociale al momento della cancellazione della società o se invece, presupponendo il suo riconoscimento un accertamento giudiziale della violazione dell'art. 6 CEDU, sotto il profilo della durata ragionevole del processo, debba considerarsi piuttosto una mera pretesa contenziosa per la quale assuma rilievo il mancato esercizio dell'azione da parte della società prima di cancellarsi dal registro delle imprese.

5. – Cass., sez. un., 10 agosto 2012, n. 14368, Pres. Vittoria, Rel. Di Palma, ha correttamente ritenuto congrua la sanzione disciplinare della censura irrogata dal Consiglio dell'Ordine di appartenenza a due avvocati che avevano avviato l'attività di uno studio legale associato in un locale posto sul piano strada, utilizzando strumenti di pubblicizzazione dell'attività tipicamente commerciali (applicazione alle vetrine di vetrofanie multilingue; indicazione sul sito internet degli orari di apertura e chiusura dello studio mediante la dicitura «negozio» e altri simili accorgimenti). La Corte, osservando che la pubblicità informativa finalizzata all'acquisizione della clientela costituisce illecito, ai sensi dell'art. 38 r.d.l. 27 novembre 1933, n. 1578 e degli artt. 17 e 17 *bis* del codice deontologico forense, ove venga

svolta con modalità lesive del decoro e della dignità della professione, ha ritenuto che fosse irrilevante il richiamo all'art. 2, comma 1°, lett. b), d.l. 4 luglio 2006 n. 223 (c.d. decreto Bersani) invocato dai ricorrenti, atteso che la richiamata disposizione, pur abrogando tutte le disposizioni legislative e regolamentari che vietavano ai professionisti di svolgere pubblicità informativa, non incide sul rilievo disciplinare delle modalità e del contenuto con cui la pubblicità informativa è realizzata, né sulla norma generale di cui al r.d.l. n. 1578/1933, sopra richiamato.

6. – Consolidando il discutibile indirizzo di Cass., sez. un., 12 ottobre 2012, n. 17405 e n. 17406, Pres. Preden, Rel. Rodorf, segnalate in questo *Osservatorio* (Lovise, in questa *Rivista* 2012, § 7), due pronunce della sezione lavoro (Cass. 24 ottobre 2012, n. 18207, Pres. Roselli, Rel. Blasutto e Cass. 5 novembre 2012, n. 18920, Pres. Stile, Rel. Tria) intervengono a ribadire il principio secondo il quale, in seguito all'emanazione del Regolamento recante la determinazione dei parametri per la liquidazione dei compensi dei professionisti in luogo delle abrogate tariffe professionali (d.m. 20 luglio 2012, n. 140), i predetti compensi vanno liquidati secondo il sistema in vigore al momento in cui l'opera prestata viene valutata dal giudice ai fini della liquidazione, con la conseguenza che la nuova disciplina trova applicazione anche ai casi in cui le attività difensive si siano svolte o siano comunque iniziate nella vigenza dell'abrogato sistema tariffario forense. La prima sentenza sopra menzionata puntualizza, peraltro, che per tale soluzione interpretativa depone con certezza il tenore letterale dell'art. 41 del predetto regolamento, relativo alla disciplina transitoria, il quale ha stabilito «che le disposizioni di cui al presente decreto si applicano alle liquidazioni successive alla sua entrata in vigore».

Benché detta previsione, facendo esclusivo riferimento al parametro della liquidazione, sembrerebbe in effetti prescindere dal momento in cui si è svolta l'attività professionale, occorrerebbe tuttavia interrogarsi sulla stessa legittimità di una disciplina transitoria introdotta mediante una fonte sublegislativa, qual è il d.m. n. 141/2012 (e non invece nello stesso d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv., con modificazioni, in l. 24 marzo 2012, n. 27, che ha abrogato le tariffe), a parte ogni considerazione sulla manifesta irragionevolezza di tale previsione che, comportando l'applicazione dei nuovi parametri (più sfavorevoli) anche ad attività difensive svoltesi (e finanche esauritesi) nella vigenza delle abrogate tariffe, si risolverebbe in un'evidente lesione degli interessi del professionista che aveva fatto affidamento nell'applicazione del sistema tariffario vigente al momento dell'espletamento delle prestazioni.

7. – Pronunciandosi con riferimento ad una vicenda alquanto singolare, Cass., sez. III, 5 aprile 2012, n. 5542, Pres. Trifone, Rel. D'Amico, ha sancito che la correzione degli errori materiali contenuti nel verbale di causa, eseguita con una procedura difforme da quella prevista dall'art. 46 disp. att. c.p.c., non è causa di nullità e produce gli stessi effetti della correzione regolarmente eseguita, con la conseguenza che, avendo comunque il verbale fede privilegiata, occorre proporre querela di falso ove si intenda contestare la rispondenza al vero della parte corretta.

Sorge così un contrasto (non rilevato nella motivazione della menzionata pro-

nuncia) con Cass., sez. III, 17 marzo 2006, n. 5894, Pres. Fiduccia, Rel. Frasca, la quale, al contrario, aveva affermato che la correzione effettuata senza il rispetto delle prescrizioni dell'art. 46 disp. att. c.p.c. rende l'atto nullo, salvo che non sussistano elementi che consentano di ritenere *aliunde* che l'atto di cancellatura, di aggiunta o di modificazione sia stato idoneo al raggiungimento dello scopo presupposto da detto articolo, quanto alle modalità della correzione.

A prescindere da tale rilievo deve peraltro rilevarsi che il principio enunciato dalla Corte non appare esattamente pertinente alla peculiarità della fattispecie considerata. Nello specifico, in sede di udienza di convalida di sfratto, il giudice aveva dato atto che nessuno era comparso e (anziché dichiarare la cessazione degli effetti dell'intimazione, ai sensi dell'art. 662 c.p.c.) aveva disposto il rinvio dell'udienza, ai sensi dell'art. 309 c.p.c. All'udienza successiva, su sollecitazione del difensore dell'intimante il giudice aveva poi rettificato il predetto verbale, eliminando l'inciso «ai sensi del 309 c.p.c.», sì da far risultare che il predetto rinvio era stato accordato su richiesta dello stesso difensore, e aveva quindi convalidato lo sfratto. Il giudice d'appello, adito dall'intimato, aveva confermato detto provvedimento ritenendo che la «cancellazione del predetto inciso confermasse, in modo inequivoco, la presenza all'udienza del procuratore dell'intimante».

Alla luce della descritta (incredibile) vicenda ci sembra, dunque, che la Corte, piuttosto che convalidare la pronuncia del giudice di merito, in applicazione del richiamato principio, avrebbe dovuto interrogarsi sulla legittimità del ricorso al rimedio della cancellazione laddove si tratti non di correggere errori materiali contenuti nel verbale di causa, bensì di dare atto, successivamente alla sua redazione, di una circostanza diversa da quella ivi documentata e peraltro non espressamente riscontrata dallo stesso giudicante.

Per Cass., sez. III, 18 agosto 2011, n. 17379, Pres. Petti, Rel. Frasca, ove il giudice d'appello rilevi la nullità della decisione emessa in primo grado dal tribunale in composizione monocratica, per essere stata pronunciata da un magistrato diverso da quello che aveva assistito alla precisazione delle conclusioni, è tenuto a decidere la causa nel merito, senza rimetterla al giudice che l'ha pronunciata, non ricorrendo alcuna delle ipotesi di rimessione tassativamente previste dall'art. 354 c.p.c.

Il Collegio affronta la questione, da sempre controversa, circa la qualificazione di detta nullità come vizio riconducibile alla tipologia di cui all'art. 158 c.p.c. (con conseguente applicazione del regime tipico di tale fattispecie), ovvero a quella di cui all'art. 161, 2° comma, c.p.c. (implicante, invece, la necessaria rimessione della causa al primo giudice), recentemente sottoposta all'attenzione delle sezioni unite da Cass. sez. II, 24 aprile 2012, n. 6478, segnalata in questo *Osservatorio* (Fradeani, in questa *Rivista* 1042 s.) mostrando condivisibilmente di propendere per il primo corno dell'alternativa. Invero, l'opposta soluzione accolta in passato dalla giurisprudenza non appare convincente nella misura in cui sovrappone indebitamente, ai fini dell'operatività dell'art. 354 c.p.c., due fattispecie di nullità affatto diverse: l'una attenendo alla mancanza di sottoscrizione del giudice (art. 161, comma 2° c.p.c.), l'altra alla inosservanza del principio di immutabilità del giudicante nella fase di decisione, desumibile dagli artt. 174 e 276 c.p.c.

8. – In tema di notificazioni merita di essere segnalata Cass., sez. VI, 8 novembre 2012, n. 19387, Pres. Finocchiaro, Rel. Barreca, la quale ribadisce il noto principio per cui, in assenza di attività difensiva svolta dall'intimato, il ricorso in cassazione deve considerarsi inammissibile, ove non sia stato ad esso allegato, né prodotto successivamente, fino all'udienza *ex* 379 c.p.c. (ovvero fino all'adunanza in camera di consiglio *ex* art. 380 *bis* c.p.c.), l'avviso di ricevimento della copia del predetto ricorso spedita per la notificazione a mezzo del servizio postale e il difensore non abbia chiesto di essere rimesso in termini al fine di offrire la prova di aver tempestivamente richiesto all'amministrazione postale un duplicato dell'avviso stesso (v., fra le tante, Cass., sez. un., 14 gennaio 2008, n. 627, Pres. Carbone, Rel. Amatucci). La Corte, peraltro, coglie l'occasione per effettuare una precisazione di evidente ricaduta pratica, ossia che non può tener luogo del detto avviso il foglio stampato dal servizio *on line* di Poste italiane, atteso che solo il timbro postale è idoneo ad assicurare la consegna reale dell'atto e può valere come prova della notifica.

9. – Sulla spinosa questione concernente gli effetti, sul processo civile in corso, del trasferimento dell'azione civile in sede penale, già sottoposta all'attenzione delle sezioni unite da Cass., sez. II, 17 maggio 2012, n. 7820, Pres. Spagna Musso, Rel. Barreca, precedentemente segnalata in questo *Osservatorio* (Fradeani, in questa *Rivista* 2012, 1144 s.) si registra un'ulteriore importante ordinanza interlocutoria: Cass., sez. III, 8 ottobre 2012, n. 17137, Pres. Chiarini, Rel. Scarano.

Come ricordato dalla stessa ordinanza attraverso una pregevole ricostruzione del complessivo fenomeno del trasferimento dell'azione civile nel processo penale, l'alternativa sembra essere tra la tesi dell'estinzione immediata per rinuncia agli atti, senza che peraltro sia necessaria l'accettazione di controparte (v., ad esempio, Cass., sez. III, 30 giugno 2005, n. 13946, Pres. Duva, Rel. Travaglino) e la tesi dell'improcedibilità dovuta a preclusione per ragioni di litispendenza, peraltro in deroga al criterio della prevenzione *ex* art. 39 c.p.c., atteso che è il processo civile precedentemente instaurato a doversi chiudere, lasciando che sull'azione civile provveda il giudice penale (v., ad esempio, Cass. 3 novembre 2004, n. 21057, Pres. Vittoria, Rel. Di Nanni).

Giova peraltro osservare come la Corte, alla luce della peculiarità della concreta vicenda esaminata, si interroghi altresì sulla sorte del processo civile quando lo stesso, malgrado il trasferimento dell'azione civile in sede penale, in difetto del rilievo dell'estinzione o dell'improcedibilità, sia giunto comunque a sentenza di merito successivamente impugnata, ed il processo penale sia stato poi dichiarato estinto per rimessione della querela. Tra le due ipotesi prospettate, ossia riproposizione *ex novo* dell'azione civile previo annullamento della sentenza impugnata ovvero prosecuzione del processo civile, in considerazione della conclusione del giudizio penale senza una pronuncia sull'azione civile ivi trasferita, la Corte mostra di preferire tale ultima soluzione ritenendola maggiormente coerente al principio di ragionevole durata del processo.

Tale conclusione lascia tuttavia perplessi ove si rifletta che la prevalenza accordata al suddetto principio finirebbe per ledere vistosamente l'affidamento ripro-

sto dal convenuto nel processo civile nell'effetto di rinuncia agli atti del giudizio di cui all'art. 75 c.p.p. (in conseguenza al trasferimento dell'azione nel processo penale) favorendo in tal modo comportamenti sleali dell'attore il quale, dopo aver trasferito l'azione civile in sede penale, decida, mutato intendimento, di coltivare il processo civile.

10. – Si segnala l'interessante Cass., sez. III, 28 settembre 2012 n. 16526, Pres. Petti, Rel. Frasca, la quale, nell'ambito di un'opposizione all'esecuzione per impignorabilità di beni conferiti in fondo patrimoniale, ex art. 170 c.c., ha avuto modo di precisare che l'opponente ha l'onere di allegare il fatto dell'annotazione della costituzione di detto fondo nell'atto matrimoniale, trattandosi di fatto costitutivo della domanda di accertamento dell'impignorabilità. Sulla base di tale premessa – che scaturisce dall'opinione, largamente condivisa nella giurisprudenza della stessa Corte, secondo cui solo l'annotazione (e non anche la trascrizione) ha funzione dichiarativa e pertanto costituisce condizione di opponibilità a terzi della costituzione del fondo – ha escluso che possa ritenersi viziata, per violazione dell'art. 183, comma 4°, c.p.c., la pronuncia del giudice il quale abbia rilevato solo in sede decisoria la mancata allegazione di tale fatto, senza previamente provocare il contraddittorio sul punto.

11. – Secondo Cass., sez. III, 9 ottobre 2012, n. 17161 è censurabile, per vizio di motivazione, la sentenza con la quale il giudice di merito, pur a fronte di osservazioni critiche della parte precise e circostanziate, si sia limitato a far proprie le sole conclusioni della consulenza tecnica d'ufficio, senza motivare sulle ragioni di tale scelta.

La pronuncia, che sul punto non innova il panorama giurisprudenziale, riscontrandosi precedenti conformi (v., ad esempio, Cass., sez. III, 1 marzo 2007, Pres. Fiduccia, Rel. Amatucci), merita tuttavia di essere segnalata in quanto la Corte, nell'accogliere i motivi posti a base del ricorso, afferma, *obiter*, che non «sussiste alcun termine di decadenza per impugnare e contestare le conclusioni della c.t.u.». Benché la perentorietà di tale affermazione possa trovare una giustificazione nel fatto che alla fattispecie considerata si applicava, *ratione temporis*, il testo del previgente articolo 195 c.p.c. – che, com'è noto, non contemplava alcun termine al riguardo – va comunque segnalato che tale conclusione non è pacifica nella giurisprudenza della Suprema Corte. Si riscontrano, infatti, precedenti contrari che hanno escluso che le osservazioni critiche alla consulenza tecnica possano essere formulate, per la prima volta, nella comparsa conclusionale e conseguentemente che possano essere esaminate e valutate dal giudice ai fini della decisione (v., ad esempio, Cass., sez. II, 26 novembre 1998, n. 11999, Pres. Volpe, Rel. Calfapietra). Si attende dunque l'intervento chiarificatore delle sezioni unite, sollecitato da Cass., sez. I, 4 settembre 2012, n. 14769, Pres. Carnevale, Rel. Di Palma, di cui si è dato conto in questo *Osservatorio* (Lovise, in questa *Rivista* 2012, § 13).

La suddetta questione, peraltro, non sembra potersi ritenere superata dal fatto che il vigente art. 195 comma 3°, c.p.c., a seguito delle modifiche introdotte dalla l. 18 giugno 2009, n. 69, prevede ora la concessione di un termine alle parti per ef-

fettuare le proprie deduzioni in ordine alla relazione trasmessa dal consulente. Infatti, posto che la previsione di tale termine (endoprocedimentale) appare funzionale all'ordinato svolgimento del contraddittorio nell'ambito delle operazioni peritali, il mancato rispetto dello stesso esimerebbe il consulente tecnico dal dovere di tener conto, nella propria relazione, delle osservazioni tardivamente formulate dalla parte, ma non impedirebbe alla stessa di poter comunque censurare la relazione in sede di scritti conclusionali o di impugnare successivamente la sentenza che abbia accolto acriticamente le conclusioni del consulente tecnico.

12. – Degna di menzione è Cass, sez. II, 19 ottobre 2012, n.18048, Pres. est. Triola, Rel. D'Ascola, secondo la quale l'art. 59 disp. att. c.p.c. – ove dispone che la dichiarazione di contumacia della parte a norma dell'art. 171 c.p.c. davanti al giudice di pace non può avvenire prima che sia decorsa un'ora dall'apertura dell'udienza – non esprime un principio di carattere generale, come tale valido per tutte le udienze di trattazione ed istruzione della causa davanti a qualunque giudice, né attribuisce alla parte il diritto di comparire ad un orario diverso da quello stabilito, purché entro un'ora dall'apertura dell'udienza. Ad avviso della Corte, infatti, l'operatività di tale previsione deve intendersi circoscritta all'ambito ivi considerato, atteso che se il legislatore avesse inteso attribuirle portata generale l'avrebbe inserita nell'art. 83 disp. att. c.p.c., che disciplina la trattazione delle cause. Viene in tal modo abbandonato il precedente contrario orientamento (fra cui Cass. 1 ottobre 1999, n. 10870, Pres. Sgroi, Rel. Ferro) secondo il quale detto articolo esprimerebbe un principio di portata generale, nel senso che la durata di ogni udienza, anche diversa da quella di prima comparizione e trattazione, non può essere inferiore ad un ora.

A prescindere dalla divisibilità o meno degli argomenti utilizzati dalla Corte per giustificare il nuovo indirizzo, va osservato come lo stesso, eliminando la possibilità di far riferimento ad un parametro temporale certo (nella specie la Corte ha ritenuto congrua la chiusura del verbale da parte del consigliere istruttore dopo venticinque minuti dall'inizio dell'udienza senza che fosse nel frattempo sopraggiunto il difensore dell'appellante) possa aprire la via alla creazione di prassi disomogenee, sicché comprensibili ragioni di prudenza dovrebbero indurre le parti ad adottare comportamenti ispirati alla massima puntualità.

13. – Dando seguito al noto principio della c.d. circolarità tra onere di allegazione specifica e onere di contestazione, propugnato da Cass. sez. un., 17 giugno 2004, n. 11353, Pres. Corona, Rel. Vidiri (e più di recente accolto da Cass. 15 aprile 2009, n. 8933, Pres. Sciarelli, Rel. Meliadò), Cass., sez. lav., 9 febbraio 2012, n. 1878, Pres. Roselli, Rel. Mammone, ribadisce che l'onere di contestazione del resistente deve ritenersi circoscritto ai soli fatti esplicitati in modo espresso nel ricorso introduttivo, non potendosi considerare esteso ad ulteriori circostanze solo implicitamente desumibili dalla domanda proposta. Ove così non fosse – avverte meritoriamente la Corte – si porrebbe a carico del convenuto un onere processuale che esorbita dalla previsione di cui all'art. 416 c.p.c., il quale fa espresso riferimento ai «fatti affermati dall'attore a fondamento della domanda».

14. – Cass., sez. VI, 5 ottobre 2012, n. 17040, Pres. Goldoni, Rel. Giusti, ha chiarito che l'art. 715 c.c., nel disciplinare il rapporto tra contemporanea pendenza del procedimento di divisione e del giudizio sulla filiazione naturale di colui che, in caso di esito favorevole sarebbe chiamato a succedere, non implica la necessità che il primo giudizio sia sospeso, in attesa che nel secondo sia accertata l'effettiva estensione della cerchia dei coeredi, ma, nel prevedere che il tribunale possa comunque autorizzare la divisione previa fissazione delle opportune cautele, prefigura la possibilità di privilegiare strumenti alternativi. Al riguardo la Corte osserva correttamente che l'articolo 715 c.p.c., nel qualificare la pendenza del giudizio di accertamento della paternità come un caso di impedimento alla divisione, non configura una fattispecie di pregiudizialità-dipendenza, in ragione della quale possa ritenersi che detto giudizio costituisca il necessario antecedente logico-giuridico per la decisione della causa di scioglimento della comunione ereditaria. Il sistema che ne risulta è che il giudice del merito, a fronte della simultanea pendenza dei due processi non potrebbe automaticamente sospendere il giudizio sulla divisione, ma dovrebbe preliminarmente vagliare la possibilità di prosecuzione di tale giudizio, previa adozione di cautele (individuabili in semplici cauzioni o anche in prudenziali accantonamenti) idonee ad assicurare integrazioni successive, nel caso di esito negativo della domanda di accertamento della filiazione naturale.

La suddetta pronuncia merita di essere condivisa in quanto, oltre a trovare sicura conferma nella lettera dell'art. 715 c.p.c., appare coerente con il principio della ragionevole durata del processo.

15. – Cass., sez. II, 5 novembre 2012, n. 18900, Pres. Oddo, Rel. San Giorgio, ha sottoposto al Primo Presidente, ai fini dell'eventuale rimessione alle sezioni unite, la questione, ritenuta di particolare importanza, circa la forma dell'atto di impugnazione della sentenza che rigetta il reclamo avverso l'ordinanza del giudice istruttore dichiarativa dell'estinzione del processo, a norma dell'art. 308 c.p.c. e in particolare se detta sentenza debba essere impugnata con citazione o con ricorso e conseguentemente se, in quest'ultimo caso, per la tempestività dell'impugnazione debba farsi riferimento alla data notifica del ricorso ovvero a quella del deposito.

La Corte, pur mostrando di ritenere preferibile la seconda soluzione (con applicazione del procedimento camerale di cui all'art. 130 disp. att. all'intero giudizio e conseguente proposizione dell'appello nelle forme del ricorso), giudica comunque opportuna una rimeditazione della questione, soprattutto alla luce di alcuni indirizzi giurisprudenziali, sia pure in tema di esecuzione forzata, secondo i quali la sentenza del collegio che decide il reclamo avverso l'ordinanza emessa dal giudice dell'esecuzione, ai sensi dell'art. 630 c.p.c. (richiamato dallo stesso art. 130 disp. att.) è impugnabile con l'appello da proporsi secondo le regole ordinarie (v., ad esempio, Cass., sez., III, 14 luglio 2005, Pres. Vittoria, Rel. Di Nanni).

L'ordinanza interlocutoria menzionata si ricollega in tal modo ad una serie di pronunce di cui si è dato conto in questo *Osservatorio* (v., ad es., Cass. 30 marzo 2012, n. 5149, Pres. Felicetti, Rel. Scalisi, su cui Fradeani, in questa *Rivista* 2012, 1141, in materia di onorari di avvocato e Cass., sez. un., 14 aprile 2011, n. 8491, Pres. Vittoria, Rel. Bucciante, su cui Sotgiu, in questa *Rivista* 2012, 1060, in tema

di delibere assembleari) che, sia pure con riferimento a riti diversi, hanno affrontato la medesima questione.

16. – Due importanti pronunce, quasi sovrapponibili in punto di diritto, si occupano del delicato tema concernente i limiti di ammissibilità delle impugnazioni incidentali tardive, nell'ambito dei processi con pluralità di parti (Cass., sez. I, 19 ottobre 2011, n. 21641, Pres. Rovelli, Rel. Campanile e Cass., sez. I, 11 febbraio 2011, n. 3394, Pres. Vitrone, Rel. Di Virgilio).

Entrambe le sentenze menzionate richiamano adesivamente il principio espresso da Cass., sez. un., 27 novembre 2007, n. 24627, Pres. Carbone. Rel. Vitrone, la quale, superando il precedente orientamento, aveva ritenuto ammissibile, sulla base del principio dell'interesse ad impugnare, l'impugnazione incidentale tardiva del coobbligato solidale laddove l'impugnazione principale proposta da altro coobbligato metta in discussione l'assetto di interessi derivante dalla sentenza, alla quale il primo aveva prestato acquiescenza, e ciò sia nel caso in cui tale impugnazione sia diretta verso la parte che abbia proposto impugnazione principale, sia quando rivesta la forma dell'impugnazione adesiva rivolta contro la parte già investita dell'impugnazione principale e anche se basata sugli stessi motivi fatti valere dall'impugnante principale.

Il Supremo Collegio sembra fondare tale conclusione sulla condivisibile constatazione che nella fattispecie considerata (in cui l'impugnazione in via principale era stata proposta da uno dei due condebitori condannati in solido in primo grado, al fine di rimettere in discussione la situazione di corresponsabilità affermata nella sentenza impugnata) si configura, in realtà, una controversia tra i coobbligati, circa l'individuazione del soggetto responsabile in via esclusiva o prevalente dell'illecito, che deve ritenersi dipendente da quella concernente i rapporti che legano tutti i condebitori solidali al creditore comune e come tale assoggettata al regime di cui all'art. 331 c.p.c. (con conseguente conservazione necessaria del litisconsorzio instaurato nelle precedenti fasi del giudizio).

In tal modo la Suprema Corte, superando l'orientamento tradizionale che ricostruisce in ogni caso il fenomeno delle obbligazioni solidali (ad interesse comune) come un fascio di rapporti distinti, come tali assoggettati, in fase di gravame, al regime delle cause scindibili di cui all'art. 332 c.p.c., si discosta peraltro considerevolmente dalla pronuncia delle sezioni unite sopra richiamata che, proprio sulla scorta di tale premessa, era stata costretta a riconoscere l'ammissibilità dell'impugnazione incidentale tardiva al condebitore solidale non impugnante in via principale, attraverso un'interpretazione necessariamente estensiva dell'art. 334 c.p.c.

17. – Con tre pronunce emesse a poca distanza di tempo la Suprema Corte è intervenuta ad ampliare, in via interpretativa, il novero dei casi di decisione camerale, ai sensi dell'art. 380 *bis* c.p.c.

Cass., sez. VI, 18 gennaio 2011, n. 21563, Pres. Finocchiaro, Rel. Frasca, ritiene applicabile il procedimento camerale anche all'ipotesi di improcedibilità del ricorso, benché l'art. 375, comma 1°, n. 1 c.p.c., anche nel testo modificato dalla l. 18 giugno 2009, n. 69, si riferisca alla sola inammissibilità. La conclusione si fon-

da su ampi e condivisibili argomenti esegetici, tra cui quello che l'inammissibilità e l'improcedibilità configurano due ipotesi di vizio in rito dell'impugnazione, soggette al medesimo regime caratterizzato dalla insanabilità, nonché sulla necessità di un'interpretazione dell'art. 375 c.p.c. coerente con il canone della ragionevole durata del processo.

Sulla scorta di similari argomenti, la medesima sesta sezione, con due pronunce gemelle, (Cass., sez. VI, 30 gennaio 2012, n. 1315 e n. 1316, Pres. Preden, Rel. De Stefano), ha successivamente esteso l'applicazione del richiamato art. 375 c.p.c. rispettivamente all'ipotesi di improseguibilità del processo (art. 382 comma 3 c.p.c.), ad avviso della Corte sovrapponibile, quanto a struttura del vizio, a quella della improcedibilità e a quella della cassazione con rinvio per pretermissione originaria di un litisconsorte necessario (art. 383 comma 3° c.p.c.), ritenuta invece assimilabile all'ipotesi di cui all'art. 375 comma 2° c.p.c.

18. – Oltre che di Cass., sez. III, 5 aprile 2012, n. 5542, sopra menzionata nel paragrafo 7, occorre dar conto, non rivenendosi precedenti in termini, di Cass., sez. III, 20 settembre 2012, n. 15933, Pres. Battista, Rel. Cirillo, la quale ha statuito che il provvedimento con il quale il giudice, dichiarata l'estinzione del processo ai sensi dell'art. 662 c.p.c., pone le spese a carico dell'intimante è impugnabile con l'appello e non con il ricorso straordinario in cassazione, mancando in tal caso – a differenza di quanto previsto dall'art. 306 comma 4° c.p.c. – una espressa previsione di non impugnabilità.

La conclusione si basa su condivisibili ragioni di carattere sistematico, fra cui quella per cui la decisione sulle spese, configurandosi come decisione sul merito, in assenza di una previsione espressa di legge, rimane assoggettata al medesimo regime impugnatorio cui sarebbe stato soggetto il provvedimento conclusivo del primo grado di giudizio, ove questo fosse giunto alla sua fisiologica conclusione. Né d'altronde, al fine di approdare all'opposta soluzione, potrebbe invocarsi il paragone tra il provvedimento in questione e la suddetta ordinanza di cui all'art. 306 comma 4° c.p.c., atteso che l'estinzione pronunciata ai sensi dell'art. 662 c.p.c. sembra assimilabile più ad una estinzione per inattività della parte (l'intimante), che non ad una estinzione per rinuncia agli atti.

19. – Con riferimento al giudizio di divisione va in primo luogo segnalata Cass., sez. III, 18 luglio 2012, n. 12419, Pres. Amatucci, Rel. Barreca, che sottopone al Primo Presidente, ai fini dell'eventuale rimessione alle sezioni unite due rilevanti questioni.

In particolare, il duplice interrogativo che pone la terza sezione è se il regime di impugnazione degli atti del giudice istruttore (e del delegato alle operazioni) relativi al procedimento di vendita sia quello degli artt. 591 *ter* e 617 c.p.c., o quello ricavabile dal sistema delle impugnazioni nel giudizio di divisione e se l'art. 2929 c.c. sia applicabile alla vendita di beni comuni nel giudizio di divisione e con quali conseguenze applicative.

Nell'investire della questione le sezioni unite, l'ordinanza compie un'accurata

ricostruzione dell'evoluzione normativa ed applicativa dell'art. 788 c.p.c., dando atto di indirizzi giurisprudenziali non uniformi.

Sulla diversa questione interpretativa concernente l'individuazione dell'effettivo regime di impugnabilità dell'ordinanza emessa ai sensi dell'art. 789, comma 3°, c.p.c., malgrado la presenza di contestazioni o altri impedimenti, sottoposta all'esame delle sezioni unite da Cass. 22 giugno 2011, n. 1370, Pres. Bucciante, Rel. Carrato, di cui si è dato atto in questo *Osservatorio* (De Santis, in questa *Rivista* 2012, 1335), interviene finalmente Cass., sez. un., 2 ottobre 2012, n. 16727, Pres. Vittoria, Rel. Petitti. Disattendendo l'orientamento giurisprudenziale più risalente, che propugnava in tal caso l'esperibilità del rimedio di cui all'art. 111, comma 7°, Cost. (fra le tante, Cass., sez. II, 28 settembre 2006, n. 21064, Pres. Pontorieri, Rel. Mazzacane), il Collegio ritiene che tale provvedimento sia invece impugnabile con l'appello, in quanto avente natura di sentenza.

La pronuncia rappresenta dunque un'importante applicazione, *in subiecta materia*, del noto principio della c.d. prevalenza della sostanza sulla forma che – ai fini del regime impugnatorio praticabile – induce a considerare il provvedimento adottato non rispondente al modello legislativo per il suo effettivo contenuto e non per la sua forma.

Sembra peraltro interessante evidenziare come il Collegio escluda che alla soluzione del contrasto nel senso sopra indicato osti il principio di recente affermato da Cass., sez. un. 11 gennaio 2011, n. 390, Pres. De Luca, Rel. Piccialli, già segnalata in questo *Osservatorio* (Sotgiu, in questa *Rivista* 2011, 1068), secondo la quale, in tema di opposizione a decreto ingiuntivo per onorari ed altre spettanze dovuti dal cliente al proprio difensore, al fine dell'individuazione del regime impugnatorio del provvedimento che ha deciso la controversia assume rilevanza la forma adottata dal giudice, ove la stessa sia frutto di una consapevole scelta del giudicante, ancorché implicita e desumibile dalle modalità con le quali si è in concreto svolto il processo. Al riguardo la Corte ritiene che tale principio non sembra estensibile al procedimento di scioglimento di comunioni, attesa la sua peculiare struttura che – a differenza del procedimento sopra menzionato – contempla una duplice possibilità di definizione del giudizio (ordinanza o sentenza) a seconda della presenza o meno di contestazioni e nella quale non si pone un problema di tutela dell'affidamento della parte in relazione al rimedio impugnatorio esperibile. Ad avviso della Corte, infatti, la natura decisoria dell'ordinanza che, ai sensi dell'art. 789 comma 2° c.p.c. decide sulle contestazioni, in luogo della sentenza, è agevolmente riconoscibile dalla parte che ha avanzato la contestazione o che l'ha vista rigettata (o non esaminata), la quale sarebbe dunque in grado di riscontrare la presenza di un provvedimento sostitutivo della sentenza, come tale sottoposto al rimedio impugnatorio esperibile avverso quest'ultimo provvedimento. L'argomento, tuttavia, non appare convincente in quanto attribuisce rilievo – ai fini della concreta individuazione del rimedio impugnatorio esperibile – a circostanze (consapevolezza della parte della natura decisoria del provvedimento e del tipo di statuizione che avrebbe dovuto essere adottata) che, diversamente da quanto ritenuto dalla Corte, di regola non possono ritenersi così scontate.

20. – Occorre infine dar conto di Cass., sez. un., 2 ottobre 2012, n. 16783, Pres. Vittoria, Rel. Salmè, la quale interviene a risolvere un contrasto giurisprudenziale rilevato da Cass., sez. I, 17 ottobre 2011, n. 21380, Pres. Rovelli, Rel. Forte, già segnalata in questo *Osservatorio* (Bertoldi, in questa *Rivista* 2012, 273), in ordine ai rapporti tra prescrizione e decadenza, con riferimento all'azione per l'equa riparazione per il danno da irragionevole durata del processo, di cui alla l. n. 89/2001 (legge Pinto).

La Suprema Corte ritiene di dover privilegiare l'orientamento tradizionale e largamente prevalente nella propria giurisprudenza, secondo il quale la facoltà di agire per l'indennizzo in pendenza del processo presupposto, concessa dall'art. 4 della citata legge, non consente di ritenere che il relativo termine di prescrizione possa decorrere prima del termine decadenziale (di sei mesi) previsto dallo stesso art. 4 per la proposizione della domanda, a ciò ostando sia ragioni di carattere sistematico, concernenti l'incompatibilità tra decorrenza del termine di prescrizione e pendenza del termine di decadenza, ove riferite al medesimo atto da compiere, sia ragioni di ordine pratico, individuabili nella difficoltà di accertare con precisione il momento di maturazione del diritto.

Nel condividere tali argomenti, la Corte rileva che all'accoglimento della soluzione indicata sarebbe di per sé sufficiente il richiamo al dato letterale del citato art. 4, il quale, mentre ha previsto un termine di decadenza per proporre la domanda di equa riparazione quando è divenuta definitiva la sentenza che conclude il processo c.d. presupposto, non ha previsto alcun termine per proporre la domanda nel corso di tale processo, mostrando in tal modo di ritenere irrilevante l'inerzia del soggetto fino a che non sia decorso il citato termine decadenziale.

ADRIANA NERI
Dottore di ricerca