Edizione di martedì 25 luglio 2017

DIRITTO DEL LAVORO

Il diritto di accesso del lavoratore al fascicolo disciplinare può essere negato dal datore di lavoro se la contestazione è dettagliata

OBBLIGAZIONI E CONTRATTI

Le varie forme di giustizia sportiva
di **Guido Martinelli**

DIRITTI REALI, CONDOMINIO E LOCAZIONI

La disciplina delle autorizzazioni a nuovi impianti
di **Redazione**

DIRITTO BANCARIO

Versamenti ripristinatori e rimesse solutorie:breve rassegna di giurisprudenza di legittimità
di **Fabio Fiorucci, Avvocato**

ESECUZIONE FORZATA

Opposizione a precetto e distribuzione dell'onere della prova
di **Pasqualina Farina**

PROCEDIMENTI DI COGNIZIONE E ADR

Ingiunzione di pagamento europea: una precisazione opportuna delle sezioni unite sui termini per la proposizione del riesame
di **Olga Desiato**

IMPUGNAZIONI

In memoria della pubblica udienza in Cassazione
di **Andrea Giordano**

PROCEDIMENTI DI COGNIZIONE E ADR

Per la Cassazione i vizi della notificazione telematica sono (quasi) sempre sanabili
di **Andrea Ricuperati**

PROCEDIMENTI DI COGNIZIONE E ADR

Class action privata e pubblica, un primo bilancio dell'applicazione
di **Alessandro Benvegnù**

DIRITTO DEL LAVORO

Il diritto di accesso del lavoratore al fascicolo disciplinare può essere negato dal datore di lavoro se la contestazione è dettagliata

Cass. civ. sez. lav., 27 giugno 2017, n. 15966

Licenziamento disciplinare – diritto di accesso fascicolo disciplinare – diniego – lesione del diritto di difesa del lavoratore – non sussiste se nella contestazione sono descritte in modo dettagliato le condotte ascritte

CASO

La Corte di Cassazione con sentenza del 27 giugno 2017, n. 15966, dopo aver escluso che esista in capo al datore di lavoro l'obbligo di mettere a disposizione del lavoratore, nei cui confronti sia stata elevata una contestazione disciplinare, la documentazione aziendale relativa ai fatti contestati, ha sancito che tale obbligo sussista invece laddove l'esame dei documenti sia necessario al fine di permettere un'adeguata difesa del lavoratore, e ciò in ossequio ai principi generali di correttezza e buona fede.

La vicenda che ha dato origine alla pronuncia aveva ad oggetto l'impugnazione del licenziamento intimato al lavoratore sulla base del fatto che questi, abusando della mansione specifica di piazzista, si fosse appropriato di merce mediante falsa indicazione dei "resi". L'appropriazione indebita della merce era emersa dalla documentazione aziendale, ossia dal confronto delle stampe dei resi, delle risultanze del palmare dato in dotazione al lavoratore, e delle fatture. La consultazione di tali documenti era stata negata dal datore di lavoro al lavoratore nell'ambito del procedimento disciplinare; mentre si era reso disponibile all'esibizione degli stessi sin dall'instaurazione del giudizio. Il ricorrente a fronte di ciò aveva lamentato la lesione del proprio diritto di difesa per aver dovuto subire un procedimento disciplinare "al buio".

Tra le questioni poste dal ricorrente alla base dei motivi di ricorso per Cassazione vi è, dunque, anche quella relativa alla asserita violazione del diritto di difesa del lavoratore per diniego di consultazione dei documenti.

La Corte di Cassazione ha respinto le doglianze del lavoratore sulla base del fatto che il datore di lavoro aveva descritto in modo dettagliato le condotte ascritte al lavoratore e aveva altresì fatto riferimento ad un prospetto analitico degli ammanchi riscontrati sino al momento della contestazione, con la conseguenza che nessuna lesione del diritto di difesa poteva ritenersi in

concreto realizzata. Peraltro la Corte ha anche sottolineato che il diritto di ottenere l'esibizione della documentazione in possesso del datore di lavoro doveva ritenersi subordinato, oltre che alla mancanza di una contestazione disciplinare sufficientemente specifica, anche alla mancata prospettazione, da parte del lavoratore, dell'esistenza di discordanze tra quanto rilevato nella contestazione e le risultanze documentali.

La Corte con tale pronuncia si è posta nel solco di un precedente orientamento per il quale il datore di lavoro è tenuto <<*ad offrire in consultazione all'incolpato i documenti aziendali solo in quanto e nei limiti in cui l'esame degli stessi sia necessario al fine di una contestazione dell'addebito idonea a permettere alla controparte un'adeguata difesa*>>, conseguentemente in tale ipotesi il lavoratore che lamenti la violazione di tale obbligo avrà l'onere di specificare i documenti la cui messa a disposizione sarebbe stata necessaria alla difesa (Cass. 13 marzo 2013, n. 6337; Cass. 28 novembre 2010, n. 23304).

Altra più recente sentenza aveva escluso l'esistenza di un diritto del lavoratore all'esibizione del fascicolo disciplinare detenuto dal datore di lavoro, poiché il rispetto del diritto di difesa del lavoratore doveva ritenersi garantito dalla conoscenza che il dipendente abbia dell'addebito attraverso la contestazione disciplinare (Cass. 11 luglio 2016, n. 14093).

Infatti, la contestazione dell'addebito ha proprio lo scopo di fornire al lavoratore la possibilità di difendersi e, pertanto, a fronte di una contestazione specifica, ossia quando sia possibile individuare nella sua materialità il fatto nel quale il datore di lavoro abbia ravvisato la sussistenza di infrazioni disciplinari, il diritto di difesa del lavoratore deve ritenersi pienamente soddisfatto, e dunque non dovuta l'esibizione della documentazione disciplinare datoriale.

Tale è, del resto, la funzione che il Legislatore ha voluto attribuire all'obbligo di preventiva contestazione dell'addebito.

Ovviamente la contestazione disciplinare – come detto – dovrà essere precisa e puntuale sì da mettere il dipendente nelle condizioni di poter esercitare validamente il proprio diritto di difesa nelle forme previste dall'art. 7, l. n. 300/1970, ossia che sia messo nella condizione di sapere, concretamente, di cosa è incolpato.

Preme ribadire che, fermo quanto detto in merito all'assenza di un obbligo espresso, e ferma la sufficienza di una contestazione specifica e dettagliata, la Corte di Cassazione ha ritenuto sussistente l'obbligo del datore di lavoro di esibire la documentazione aziendale posta a fondamento della contestazione disciplinare ogni qual volta il lavoratore evidenzi discordanze tra tale documentazione e quanto addebitato nella contestazione non sufficientemente dettagliata, sicché l'esibizione si renda necessaria al fine di garantire un'adeguata difesa del lavoratore, in ossequio ai principi di correttezza e buona fede.

OBBLIGAZIONI E CONTRATTI

Le varie forme di giustizia sportiva

di **Guido Martinelli**

L'analisi dei regolamenti delle varie Federazioni sportive nazionali consente di distinguere, tra le varie ipotesi di controversie la cui risoluzione è demandata agli organi di giustizia sportiva, quattro tipi di procedimenti: un procedimento tecnico, un procedimento disciplinare, un procedimento economico ed un procedimento amministrativo .

Procedimento tecnico

Il procedimento tecnico si riferisce a quel particolare tipo di controversie che controvertono sull'organizzazione delle gare e la regolarità delle stesse.

Il nucleo centrale del momento sportivo è la gara. E per questo motivo le norme che regolano le competizioni sono spesso raccolte in un codice separato, chiamato appunto "Regolamento tecnico", il quale contiene le regole sostanziali relative alle gare, e talvolta quelle processuali, relative al procedimento di giustizia, che ha per materia le gare stesse.

Caratteristica dei procedimenti tecnici federali sono i tempi ristrettissimi di svolgimento dovendo garantire comunque la regolarità del torneo in corso di svolgimento.

Il procedimento tecnico, per costante giurisprudenza , non può essere devoluto alla cognizione del giudice statale. Le statuizioni adottate dagli organi di giustizia sportiva, in relazione alle gare sportive, non determinano la lesione di situazioni giuridicamente rilevanti e, pertanto, non sarebbe possibile ammettere un intervento del giudice statale.

Procedimento disciplinare

Il procedimento disciplinare trova la propria ragione d'essere nel fatto che le Federazioni sportive sono figure associative, sicchè è necessaria, per così dire, una gestione della appartenenza degli associati all'associazione, nel senso di reprimere i comportamenti dei primi che siano contrari ai valori di base ed agli scopi per i quali la seconda si è costituita e vive. Più precisamente il procedimento disciplinare ha la funzione di colpire con sanzioni coloro che contravvengono alle regole che vigono nell'associazione, fino al limite estremo dell'esclusione dell'associato.

Le sanzioni disciplinari possono essere di ordine pecuniario o personale e possono giungere fino alla misura estrema dell'esclusione dell'associato dall'organizzazione sportiva di appartenenza . Le eventuali sanzioni irrogate dagli organi di giustizia sportiva che incidano

sugli status di soggetti dell'organizzazione si ritengono impugnabili dinanzi al giudice. Posto che la giurisprudenza ritiene trattarsi di uno status pubblicistico, la violazione del relativo interesse legittimo sarà di competenza del giudice amministrativo.

Utili indicazioni sull'argomento si traggono dall'ormai datata, ma sempre attuale, ordinanza 15 ottobre 1999, n. 938, Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, secondo cui "gli interessi sostanziali connessi all'iscrizione e alla legittima permanenza delle società sportive in un campionato ed in una lega assurgono alla consistenza di interessi tutelati dalla giurisdizione statale e più precisamente (atteso il non contestabile potere di supremazia speciale attribuito dall'ordinamento alle federazioni) di interessi legittimi, come tali rientranti nella giurisdizione del giudice amministrativo".

Non sembra potersi dubitare che, allorchè il regime delle esclusioni o dei dinieghi di iscrizione si estrinseca attraverso atti autoritativi in grado di recidere o alterare stabilmente il rapporto sottostante, instaurato a tutela dell'interesse primario all'esercizio dell'attività sportiva nell'ambito degli assetti ordinamentali, allora ci si trova di fronte a veri e propri provvedimenti amministrativi lesivi della sfera giuridica degli interessati e, perciò, sottoposti al sindacato del giudice amministrativo .

Il procedimento disciplinare viene dunque esperito in tutti quei casi in cui è necessario reprimere i comportamenti degli associati che siano contrari ai principi cui deve essere informato lo svolgimento dell'attività sportiva e, pertanto, in tutti quei casi in cui vi è una presunta violazione di disposizione statutarie o regolamentari.

Procedimento economico

La giustizia sui rapporti economici, al contrario di quella disciplinare, non si riscontra in tutte le Federazioni sportive e, anche quando vi sia, occorre distinguere le ipotesi in cui essa si realizza mediante un procedimento interno ad hoc , dalle ipotesi in cui mette capo ad una soluzione arbitrale. Nel primo caso competenti a decidere le controversie in parola sono gli organi interni precostituiti, in genere quegli stessi che sono competenti in materia disciplinare e tecnica; nel secondo, invece, tutte le controversie fra affiliati sono decise sempre e solo da collegi arbitrali, che si costituiscono volta per volta, in presenza della singola lite e si sciolgono una volta fornita la decisione di questa.

Procedimento amministrativo

Il procedimento amministrativo è l'ultima, e probabilmente meno rilevante, forma di giustizia sportiva riscontrabile nell'organizzazione facente capo al CONI.

Il procedimento in questione si riferisce alla possibilità prevista dagli statuti di alcune federazioni di impugnare atti di governo delle stesse. Si tratta, in pratica, di rimedi interni contro decisioni federali, funzionalmente assimilabili ai ricorsi gerarchici esperibili all'interno delle pubbliche amministrazioni, che possono condurre all'annullamento delle stesse.

DIRITTI REALI, CONDOMINIO E LOCAZIONI

La disciplina delle autorizzazioni a nuovi impianti

di **Redazione**

Come noto, a partire dal **1° gennaio** dell'**anno scorso**, è ammesso l'**impianto** o il **reimpianto** di **vigneti** da uva da **vino** esclusivamente nel caso in cui si sia in **possesso** di un'**autorizzazione** ai sensi dei **DD.MM 12272/2015** e **527/2017**.

Inoltre, dette autorizzazioni sono **gratuite** e **non** possono essere oggetto di **trasferimento** tra produttori, perseguendo in tal modo, da un lato l'obiettivo di rendere velocemente utilizzabili le suddette agevolazioni e dall'altro di evitare speculazioni da parte dei titolari.

In **deroga** a tale previsione è consentito il **trasferimento** delle autorizzazioni in ipotesi di **successione** sia ***mortis causa*** sia **anticipata**, fermo restando il rispetto dei criteri cui doveva soggiacere il *de cuius*, nonché in ipotesi di **fusioni** o **scissioni** a seguito delle quali l'originario titolare dei diritti non può mantenere la stessa personalità giuridica.

Sempre al fine di contrastare possibili utilizzi elusivi che porterebbero a un utilizzo distorto del sistema nonché al venir meno del principio di proporzionalità nell'assegnazione, è previsto, nel caso di **nuovi impianti**, l'**indicazione**, in sede di istanza specifica della **Regione** in cui vanno localizzate le superfici oggetto di richiesta della precisazione che, a partire dalla **campagna 2017**, **non** è più possibile procedere al **trasferimento** da una **regione** ad un'altra, in quanto ciò contrasta con il criterio di ammissibilità.

Inoltre, sempre in un'ottica antielusiva, è previsto che una volta **ottenuta** l'**autorizzazione** per un nuovo impianto, lo stesso deve essere **mantenuto** per almeno un **quinquennio** salvo casi eccezionali dovuti ad esempio a eventi fitosanitari. Il **venir meno** del requisito temporale con conseguente estirpazione anticipata **non** comporta l'automatica **autorizzazione** al **reimpianto**.

Ai fini del monitoraggio delle autorizzazioni è stato istituito il **Registro pubblico delle autorizzazioni** in cui sono contenuti i dati necessari per avere contezza delle zone nonché delle dimensioni degli appezzamenti per i quali è stata concessa la possibilità di procedere all'impianto di un nuovo vigneto o al reimpianto.

Agea, con la circolare del **1° marzo 2017**, **protocollo n. 18162**, si è occupata di analizzare gli aspetti operativi precisando come la concessione delle autorizzazioni può seguire 4 diversi canali burocratici.

La strada principale è quella relativa al rilascio di **autorizzazioni** per **nuovi impianti** per le quali il Mipaaf, con decreto direttoriale da emanarsi nel termine del **30 settembre** di ogni anno,

procede a rendere nota la **superficie nazionale** che può essere **oggetto** di **autorizzazione**, il cui ammontare è pari all'**1%** della **superficie vitata** nazionale **censita** al **31 luglio** dell'**anno precedente** a quello in cui sono presentate le domande di autorizzazione, **aumentata** di **eventuali esuberi** assegnati ma non utilizzati nell'anno precedente.

Nell'ipotesi di autorizzazioni per nuovi impianti, le relative **domande** devono essere **presentate** entro il **31 marzo** di ogni anno.

La circolare precisa come sia possibile utilizzare la superficie ottenuta tramite autorizzazione per procedere alla **conversione in produttivo** di un appezzamento già detenuto dal richiedente ma non utilizzabile per uva da vino.

Le **autorizzazioni** hanno **validità** di **3 anni** dalla data del rilascio e il **mancato utilizzo** comporta, in ottemperanza a quanto previsto dall'**articolo 69 TUV**, l'applicazione di un pesante **regime sanzionatorio**.

In particolare, le **sanzioni amministrative** previste consistono in:

- esclusione **triennale** dalle misure di sostegno dell'**OCM** vitivinicola e una **sanzione** pecuniaria pari a **1.500 euro per ettaro** nel caso in cui la superficie **impiantata** sia **inferiore** o eguale al **20%** del **totale** della superficie oggetto di **autorizzazione**;
- esclusione **biennale** dalle misure di sostegno previste dall'**OCM** vitivinicola e una **sanzione** pecuniaria pari a **1.000 euro per ettaro** nel caso in cui la superficie **impiantata** sia **superiore** al **20%** ma **inferiore** o eguale al **60%** del **totale** della superficie concessa;
- esclusione di un **anno** dall'**OCM** vitivinicola e **500 euro per ettaro** nel caso in cui la superficie impiantata sia **superiore** al **60%** di quella **autorizzata**.

Al contrario, **non** scatta alcuna **sanzione** nell'ipotesi di **mancato utilizzo** della concessione con uno **sfrido** inferiore al **5%** e che in **valore assoluto** non superi il **mezzo ettaro**.

Infine, è prevista l'inibizione **biennale** dalle misure dell'OCM vitivinicolo e la **sanzione** pecuniaria pari a **500euro** per ettaro autorizzato nell'ipotesi di **rinuncia** da parte dell'istante a causa dell'assegnazione di autorizzazioni per un valore complessivo inferiore a quanto richiesto **ma superiore al 50%.**

Articolo tratto da "Euroconferencenews"

DIRITTO BANCARIO

Versamenti ripristinatori e rimesse solutorie:breve rassegna di giurisprudenza di legittimità

di **Fabio Fiorucci, Avvocato**

Se, dopo la conclusione di un contratto di apertura di credito bancario regolato in conto corrente, il correntista agisca per far dichiarare la nullità della clausola che preveda la corresponsione di interessi anatocistici e per la ripetizione di quanto pagato indebitamente a questo titolo, il termine di prescrizione decennale cui tale azione di ripetizione è soggetta decorre, qualora i versamenti eseguiti dal correntista in pendenza del rapporto abbiano avuto solo funzione ripristinatoria della provvista, dalla data in cui sia stato estinto il saldo di chiusura del conto in cui gli interessi non dovuti siano stati registrati (Cass., Sez. Un., 24418/2010; conf. Cass. 6857/2014; Cass. 10713/2016; Cass. 3190/2017).

Nel contratto di apertura di credito regolata in conto corrente, le singole rimesse effettuate sul conto dell'imprenditore poi fallito, nel periodo di cui all'art. 67, comma 2, l. fall., quando il conto sia "scoperto" (per il superamento del fido), sono revocabili per la parte relativa alla differenza tra lo scoperto ed il limite del fido – senza che la revocabilità debba essere contenuta nel limite del divario tra il massimo scoperto extrafido ed il saldo a chiusura conto – atteso che lo scoperto di conto costituisce per la banca un credito esigibile e che la rimessa, non creando nuova disponibilità per il cliente, ha carattere solutorio (Cass. 10869/1994).

I versamenti eseguiti sul conto corrente (affidato) in costanza di rapporto hanno normalmente funzione ripristinatoria della provvista e non determinano uno spostamento patrimoniale dal solvens all'accipiens e, poiché tale funzione corrisponde allo schema causale tipico del contratto, una diversa finalizzazione dei singoli versamenti, o di alcuni di essi, deve essere in concreto provata da parte di chi intende far decorrere la prescrizione dalle singole annotazioni delle poste illegittimamente addebitate (Cass. 26.2.2014, n. 4518).

L'eccezione di prescrizione deve ritenersi ammissibile solo ove dedotta in modo specifico e tipizzato rispetto ad una specifica prestazione, non potendo il giudice ritenere prescritta una richiesta di prestazione se non specificatamente individuata. È onere della parte che eccepisce la prescrizione indicare la prestazione verso la quale la stessa è rivolta, individuare l'ubi consistant (Cass. 3465/2013; Cass. 16326/2009; Cass. 2305/2007; Cass. 21231/2005; Cass. 3578/2004; Cass. 4668/2004).

Chi eccepisce la prescrizione è tenuto a dimostrarne pienamente il relativo fatto costitutivo, nell'ambito del quale rientra anche il profilo riguardante la prova certa e giuridicamente idonea dell'individuazione del "dies a quo" relativo alla decorrenza effettiva per la maturazione

del relativo termine prescrizionale (cfr. Cass. n. 11843/2007 e Cass. n. 16326/2009, secondo la quale, in generale, «l'eccezione di prescrizione, in quanto eccezione in senso stretto, deve fondarsi su fatti allegati dalla parte, quand'anche suscettibili di diversa qualificazione da parte del giudice, con la conseguenza che il debitore banca, ove eccepisca la prescrizione del credito del correntista ha l'onere di allegare e provare il fatto che, permettendo l'esercizio del diritto, determina l'inizio della decorrenza del termine ai sensi dell'art. 2935 c.c., restando escluso che il giudice possa accogliere l'eccezione sulla base di un fatto diverso, conosciuto attraverso un documento prodotto ad altri fini"») (Cass. n. 3465/2013).

ESECUZIONE FORZATA

Opposizione a precetto e distribuzione dell'onere della prova

di **Pasqualina Farina**

Cass. civ., sez. III, 7 marzo 2017, n. 5635; Pres. Vivaldi; Est. Tatangelo; P.M. Soldi (conf.)

Espropriazione forzata – opposizione a precetto – onere della prova in capo all'opposto – esclusione (Cod. proc. civ., art. 360, 615, comma 1; Cod. civ., art. 2967).

Il giudizio di opposizione a precetto ha natura e struttura di azione di accertamento negativo del credito consacrato nel titolo esecutivo: in tale giudizio spetta alla parte opponente l'onere di dedurre e dimostrare gli eventuali fatti estintivi, impeditivi e/o modificativi del credito.

CASO

I debitori propongono opposizione all'esecuzione, ai sensi dell'art. 615, comma 1, c.p.c., avverso l'atto di precetto che intimava il pagamento di un importo pari a euro 22.092,00. L'opposizione viene in parte accolta dal Tribunale di Lecce che dichiara i debitori tenuti al pagamento della minor somma pari a 14.736,00 euro più accessori.

La Corte di appello di Lecce conferma la decisione del Tribunale e, avverso la sentenza di secondo grado, i debitori propongono ricorso in cassazione per dedurre la violazione dell'art. 2697 c.c. Stando alla tesi sostenuta dai ricorrenti il giudizio di opposizione a precetto presenterebbe struttura e natura analoghe a quelle tipiche del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, anche in riferimento alla suddivisione degli oneri probatori. Ciò in forza della profonda connessione tra il contratto di mutuo posto a base del precetto opposto ed il rapporto di conto corrente bancario (il cui saldo negativo avrebbe dovuto essere estinto dallo stesso mutuo). Di qui l'affermazione che il creditore opposto avrebbe dovuto procedere, in tale sede, a dimostrare l'esistenza dei fatti costitutivi posti a fondamento del proprio credito.

SOLUZIONE

La Suprema Corte ritiene infondato il motivo di ricorso ed esclude che nel giudizio di opposizione a precetto possa individuarsi una analogia strutturale e/o funzionale con il giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo. Quest'ultimo non costituisce, difatti, un autonomo processo di cognizione, trattandosi invece di una fase impugnatoria del decreto ingiuntivo. Da qui il rilievo che la ripartizione degli oneri probatori tra le parti va definita in base alla domanda proposta pel tramite del ricorso per ingiunzione.

In estrema sintesi, nell'interpretazione della Cassazione, i giudici del merito hanno

effettivamente tenuto in considerazione la circostanza che il mutuo era stato concesso per sanare il passivo di un precedente rapporto di conto corrente intercorrente tra i medesimi debitori e l'istituto di credito; tant'è che hanno ridotto l'importo del precetto nei limiti della somma effettivamente dovuta all'esito della compensazione invocata dai debitori.

In definitiva, il particolare scopo per il quale era stato contratto il mutuo non può determinare alcuna inversione degli oneri probatori stabiliti dall'art. 2697 c.c.

QUESTIONI

Il presupposto da cui muove la Suprema Corte è che a differenza dell'opposizione a decreto ingiuntivo, il rimedio di cui all'art. 615 c.p.c. costituisce una vero e proprio giudizio di cognizione, in particolare diretto all'accertamento negativo della pretesa vantata dal creditore procedente, e risultante dal titolo esecutivo (A.A. Romano, *L'azione di accertamento negativo*, Napoli 2006).

Riguardo alle azioni di accertamento negativo va, inoltre, segnalato il contrasto giurisprudenziale sulla suddivisione degli oneri probatori: se un orientamento addossa all'attore l'onere di dimostrare sia l'esistenza di fatti estintivi, impeditivi e modificativi del diritto dedotto in giudizio, sia l'inesistenza dei fatti costitutivi del medesimo (v., *ex multis*, Cass., sez. un., 15 giugno 2015, n. 12307, in materia di impugnazione di testamento olografo), secondo altra impostazione anche in tale tipo di azioni, l'onere di dimostrare l'esistenza dei fatti costitutivi del diritto grava in ogni caso sul soggetto che fa valere detto diritto in giudizio, a prescindere dalla circostanza che egli rivesta la posizione processuale di convenuto (Cass., sez. III, 12 dicembre 2014, n. 26158; Cass., sez. II, 31 ottobre 2013, n. 24568).

Confermando che in sede di giudizio di opposizione a precetto, l'onere di dimostrare l'esistenza dei fatti costitutivi del diritto di credito vantato e risultante dal precetto ricada in capo all'opponente, la decisione in commento si uniforma all'interpretazione fornita nel 2015 dalle Sezioni Unite.

PROCEDIMENTI DI COGNIZIONE E ADR

Ingiunzione di pagamento europea: una precisazione opportuna delle sezioni unite sui termini per la proposizione del riesame

di **Olga Desiato**

Cass., sez. un., 20 marzo 2017, n. 7075

Procedimento europeo di ingiunzione di pagamento – Riesame – Termini – Diritto nazionale – Rinvio (Reg. CE n. 1896/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006, che istituisce un procedimento europeo di ingiunzione di pagamento, artt. 20, 26; cod. proc. civ., art. 650).

[1] *La richiesta di riesame del provvedimento di ingiunzione europea deve ritenersi soggetta al termine di cui all'art. 650 c.p.c.*

CASO

[1] Disposta un'ingiunzione di pagamento europea quale corrispettivo di una prestazione d'opera professionale, il Tribunale di Udine aveva dichiarato l'inammissibilità per tardività della richiesta di riesame proposta ai sensi dell'art. 20 del Reg. CE n. 1896/2006: dovendosi nella fattispecie ritenere applicabile la disciplina dettata per l'opposizione tardiva al decreto ingiuntivo, l'istanza era pervenuta, infatti, oltre i termini di cui all'art. 650 c.p.c.

Spiegato appello, la Corte territoriale aveva confermato la linea interpretativa del giudice di prime cure. Adita la Corte di Cassazione avverso il provvedimento del giudice di appello, il ricorrente aveva addotto sei motivi, cinque dei quali dichiarati inammissibili in quanto attinenti a questioni sulle quali il giudice d'appello nulla aveva statuito ritenendo di condividere la tesi della tardività della proposizione della richiesta di riesame.

SOLUZIONE

[1] Con riferimento all'unico motivo ritenuto esaminabile, il Supremo consesso ribadisce la valutazione di inammissibilità del riesame per tardività e *apertis verbis* aderisce all'orientamento sposato dai giudici di merito in virtù del quale il termine per la proposizione del riesame deve ritenersi coincidente con quello ordinariamente previsto dall'ordinamento italiano per l'opposizione tempestiva al decreto ingiuntivo (decorrente dal momento in cui il soggetto abbia avuto conoscenza dell'ingiunzione o sia cessata la causa non imputabile che gli aveva impedito di contestare il credito) quando non sia iniziata l'esecuzione ed in quello di cui al terzo comma dell'art. 650 c.p.c., che costituisce il termine finale, quando l'esecuzione sia

iniziata.

QUESTIONI

[1] In virtù dell'art. 20 del Reg. CE n. 1896/2006, scaduti i termini per spiegare opposizione, è concesso al convenuto il diritto di richiedere, dinanzi al giudice competente dello Stato membro di origine, il riesame dell'ordinanza di pagamento europea. La disposizione individua le ipotesi eccezionali che legittimano la richiesta di riesame, sancendo poi l'onere del convenuto di agire «tempestivamente». La formula della norma, non proprio felice, lascia dunque all'interprete il compito di individuare il termine finale entro cui proporre il riesame in parola.

Con la pronuncia (già annotata da A.M. Marzocco, *Sul termine per chiedere il riesame dell'ingiunzione di pagamento europea (IPE)*, in www.judicium.it), le sezioni Unite intervengono per la prima volta nel dibattito sorto già all'indomani dell'entrata in vigore del Regolamento e risolvono la questione argomentando dalla metanorma di cui all'art. 26 del medesimo Reg., in virtù della quale tutte le questioni procedurali non espressamente contemplate dalla fonte europea sono disciplinate dal diritto nazionale, e dell'art. 29, che affida agli Stati membri la regolazione del procedimento di riesame.

In dottrina, a favore di tale linea interpretativa, v. M. Marinelli, *Note sul regolamento Ce n. 1896/2006 in tema di procedimento ingiuntivo europeo*, in *Giusto processo civile*, 2009, 67 s., e in V. Colesanti, C. Consolo e G. Gaja (a cura di), *Il diritto processuale civile nell'avvicinamento giuridico internazionale – Omaggio a A. Attardi*, Padova, 2009, 603 s. *Contra*, per l'orientamento secondo cui, muovendo dalla disposizione di cui all'art. 16, dovrebbe potersi ritenere che la domanda di riesame sia proponibile entro trenta giorni dall'effettiva conoscenza dell'ingiunzione, v. M.A. Lupoi, *Un commentario al Regolamento UE n. 1896 del 2006,* in *Nuove leggi civ. comm*., 2010, 454 ss.; A.A. Romano, *Il procedimento europeo di ingiunzione*, Milano, 2009, 175 s.; G. Porcelli, *I regolamenti Ce n. 805 del 2004 sul titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati e n. 1896 del 2006 sul procedimento di ingiunzione europeo*, in P. Biavati e M.A. Lupoi, *Regole europee e giustizia civile*, Bologna, 2008, 94 s. Nel senso che la richiesta è tempestiva allorché siano cessate le situazioni di forza maggiore o le circostanze eccezionali contemplate dal legislatore comunitario e da tale situazione sia decorso il termine di trenta giorni, ovvero quando sia trascorso un tempo sufficiente per preparare le proprie difese, v. G.L. Barreca, *Il decreto ingiuntivo europeo*, in *Riv. esecuzione forzata*, 2010, 211 ss, la quale non manca, peraltro, di sottolineare che le lacune della disposizione concernono non soltanto il limite temporale per la presentazione dell'istanza, ma anche le modalità di presentazione della stessa, le conseguenze della richiesta sull'ingiunzione già emessa, oltre che la portata (rescindente o rescissoria) della decisione del giudice in sede di revisione.

Sulla disciplina di cui all'art. 20 Reg. cit., oltre agli Aa. già citati, v. S. Scarafoni, *Il processo civile e la normativa comunitaria*, Torino, 2012, 588 s.; C. Graziosi, *Alcuni tratti pratici dell'ingiunzione di pagamento europea*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ*., 2011, 243 ss.; D. David, *Il procedimento europeo di ingiunzione di pagamento. L'esecuzione del titolo*, in *Giur. merito*, 2009, 406 ss.; A

Carratta, *Il procedimento ingiuntivo europeo*, Milano, 2008, 29 ss.; Id., *Il procedimento ingiuntivo europeo e la «comunitarizzazione» del diritto processuale civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1520 ss.; F. Seatzu, *Il procedimento europeo di ingiunzione di pagamento nel regolamento comunitario n. 1896/2006*, in *Studi in onore di Starace*, Napoli, 2008, 1601 ss.; M.R. Cultrera, *Il procedimento d'ingiunzione europeo, Le ragioni della scelta regolamentare*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2009, 40 ss.

Per una drastica limitazione dell'ambito applicativo dell'istituto in parola, nel senso che i rimedi dell'opposizione e del riesame (*ex* art. 16-20) non sono esperibili quando risulti che un'ingiunzione di pagamento europea non è stata notificata in conformità delle norme minime stabilite agli art. da 13 a 15 del citato regolamento, v. Corte Giust., 4 settembre, 2014, n. cause riunite C-119/13 e C-120/13, *Riv. dir. proc.*, 2015, 801 ss., con nota di A. A. Romano, *Una deludente sentenza della Corte di giustizia in materia di ingiunzione di pagamento europea,* e *Foro it.*, 2015, IV, 226 ss., con nota di A. Mondini, *In tema di rimedi esperibili contro il provvedimento di ingiunzione europea dichiarato esecutivo malgrado l'assenza di notifica*, cui si rinvia per riferimenti. Sulla opportunità di un chiarimento, ad opera del legislatore comunitario, dei presupposti e delle condizioni che consentono l'invocabilità del rimedio disciplinato dall'art. 20 cit., v. la Relazione sull'applicazione del Regolamento 1896/2006 presentata il 16 ottobre 2015 dalla Commissione europea al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato Economico e Sociale Europeo, reperibile sul sito ec.europa.eu.

IMPUGNAZIONI

In memoria della pubblica udienza in Cassazione

di **Andrea Giordano**

Cass. civ, sez. VI, 2 marzo 2017, n. 5374

Giudizio di Cassazione – novella sul rito camerale – violazione dei principi eurounitari in materia di "giusto processo" – esclusione.

(C.p.c. art. 380- *bis*)

La novella sul rito camerale in Cassazione è compatibile con i principi eurounitari in materia di "giusto processo".

CASO

Con avviso di accertamento, l'Agenzia delle entrate recuperava a tassazione gli importi corrispondenti ad IRES, IRAP e ad altri tributi dovuti in relazione all'anno di imposta 2007.

All'esito di ricorso del contribuente, si pronunciava, con sentenza di rigetto, l'adita Commissione tributaria provinciale; avendo il soccombente interposto gravame, la competente Commissione tributaria regionale confermava la decisione delle prime cure, operando – a proprio avviso – presunzioni gravi, precise e concordanti tali da indurre a ritenere il contribuente amministratore di fatto della società cui era stato rettificato il reddito di impresa.

Ricorreva per cassazione il contribuente; depositava, quindi, memoria con la quale formulava istanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione Europea, in ragione della ritenuta incompatibilità della novella sul rito camerale in Cassazione con i principi eurounitari in tema di "giusto" o "equo" processo.

SOLUZIONE

Nel confermare la sentenza della Commissione tributaria regionale, per avere quest'ultima fatto buon governo dei principi in tema di valutazione del materiale indiziario, la sezione sesta della Corte di cassazione ha pregiudizialmente ritenuto infondata l'istanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

QUESTIONI

La l. 25 ottobre 2016, n. 197, che ha eretto a regola il procedimento camerale in Cassazione,

sottenderebbe – secondo la Corte – le «*pressanti esigenze di semplificazione, snellimento e deflazione del contenzioso*» imposte dai principi di «*ragionevole durata del processo*» e di «*effettività della tutela giurisdizionale*» di cui agli artt. 111 Cost. e 6 Cedu.

Nell'ottica del bilanciamento tra l'imperativo della speditezza ed il diritto alla difesa, la pubblicità delle udienze potrebbe essere – ad avviso del Giudice di legittimità – surrogata dalla facoltà delle parti di presentare memorie per illustrare le rispettive ragioni sia in relazione alle difese dei contraddittori sia alla proposta del relatore sulla sussistenza di una delle ipotesi di trattazione camerale (nello stesso senso, v. Cass. civ., sez. VI, ord. 10 gennaio 2017, n. 395 e Id., ord. 22 febbraio 2017, n. 4541, entrambe in *www.dejure.it*; in termini sostanzialmente coincidenti: G. Amoroso, *La cameralizzazione non partecipata del giudizio civile di cassazione: compatibilità costituzionale e conformità alla Cedu*, in D. Dalfino (a cura di), *Il nuovo procedimento di Cassazione*, Torino, 2017, 55 e ss.; *contra*, ad es., A. Carratta, *Le più recenti riforme del processo civile*, Torino, 2017, spec. 13 e ss., D. Dalfino, *Il nuovo volto del procedimento in Cassazione, nell'ultimo intervento normativo e nei protocolli d'intesa*, *ivi*, 1 e ss., G. Costantino, *Note sulle misure urgenti per la definizione del contenzioso presso la Corte di cassazione*, *ivi*, 9 e ss., G. Scarselli, *In difesa della pubblica udienza in Cassazione*, *ivi*, 45 e ss., F. Cossignani, *La sommarizzazione del giudizio dinanzi alla Corte di cassazione*, in *Eclegal*, 13.12.2016).

Neppure verrebbe inciso il diritto alla difesa dall'avvenuta sostituzione della relazione del consigliere relatore, comprensiva della concisa esposizione delle ragioni, con la mera proposta contemplata dalla novella.

Ora, se è senz'altro vero che non esiste un astratto paradigma di processo conforme ai principi costituzionali ed eurounitari e che la pubblica udienza non è un dogma neanche secondo la giurisprudenza della Corte Edu (della quale il Supremo Collegio richiama, tuttavia, una sentenza – Corte Edu, 21 giugno 2016, *Tato Marinho c. Portogallo* – che non tratta invero la questione in discorso), è necessario chiedersi se le deroghe introdotte dalla l. n. 197 siano, effettivamente, suffragate dalle "particolari ragioni giustificative" "obiettive e razionali" che la stessa sesta sezione ricorda.

Ed il beneficio del dubbio è d'uopo averlo ove si riscontri, come, per espressa previsione dell'art. 375, u.c., c.p.c. la Corte si pronunci sempre, a sezione semplice, in camera di consiglio, ad eccezione delle circoscritte ipotesi in cui la trattazione in pubblica udienza sia resa opportuna dalla "particolare rilevanza" della questione in diritto oppure in quelle in cui l'apposita sezione muti, all'esito dell'adunanza, avviso rispetto alla valutazione iniziale della sezione sesta, ritenendo che non sussistano i presupposti per la decisione ai sensi dei nn. 1 e 5 dell'art. 375 c.p.c. (*adde*, come dovrebbe ritenersi, i casi in cui il collegio riconosca, all'esito dell'adunanza, la particolare rilevanza della questione in diritto – *contra*, tuttavia, Cass. civ., sez. I, 4 aprile 2017, n. 8869, in *Eclegal*, 20.6.2017, con nota di G. Chiappiniello –, oltre all'ipotesi in cui sia stato proposto ricorso per revocazione e lo stesso abbia superato il preliminare vaglio di ammissibilità).

Analoghe riserve dovrebbero sussistere ove alla "derubricazione" della pubblica udienza si

combini la neointrodotta surroga della relazione del consigliere relatore con la mera proposta.

Il *discrimen* tra pubblica udienza e trattazione camerale dipende dalle discrezionali valutazioni dello stesso Giudice avanti al quale si celebra il processo; la concisa esposizione delle ragioni alla base delle riscontrate inammissibilità o manifesta fondatezza/infondatezza non ha più cittadinanza; le parti subiscono la proposta del relatore, dovendo difendersi per iscritto e 'al buio', senza sapere il perché dell'inammissibilità o della manifesta fondatezza/infondatezza (l'art. 5 del "Protocollo d'intesa tra la Corte di cassazione, il Consiglio nazionale forense e l'Avvocatura generale dello Stato sull'applicazione del nuovo rito civile – d.l. 168/16, convertito in l. 197/16 – Roma, 15 dicembre 2016", che richiederebbe comunque la pur generica indicazione delle causali, non trova, infatti, sempre puntuale applicazione nella prima prassi: non sono infrequenti le proposte senza lo 'sbarramento' della casella inerente alla specifica ipotesi di trattazione camerale e/o l'indicazione dei precedenti rilevanti).

Ebbene, se gli artt. 6 Cedu e 111 Cost. concorrono a formare – anche in relazione al contenzioso tributario (così, ad es., A. Poddighe, *Giusto processo e processo tributario*, Milano, 2010, 162; *contra*: Corte Edu, 12 luglio 2001, *Ferrazzini c. Italia*) – un unico modello di giudizio 'dovuto' (la Cedu è, del resto, 'fonte interposta' – C. Cost., 12 ottobre 2012, n. 230, in *Giur. cost.*, 2012, 3440), è difficile ritenere che sia, con lo stesso, compatibile la novellata fisionomia del giudizio di legittimità.

Come la riserva di legge osta a discrezionali valutazioni del giudicante (A. Proto Pisani, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro it.*, 2000, 241; L. Lanfranchi, voce *Giusto processo*, *1) processo civile*, in *Enc. giur. Treccani*, 2001, 9), così l'indipendenza implica la soggezione alla legge, e alla legge soltanto (F. G. Scoca, *I principi del giusto processo*, in Id. (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2009, 158); la 'ragionevole durata' *ex* art. 111 Cost. o il 'termine ragionevole' *ex* art. 6 Cedu non è sinonimo di astratta brevità dei tempi, ma di brevità compatibile con le esigenze difensive (quella «*effettività della tutela giurisdizionale*» che la stessa pronuncia che si annota, nelle premesse, richiama); alla pubblica udienza si può derogare solo per eccezionali, oggettive, ragioni (Corte Edu, 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlandia*; analogamente: Cass. civ., 16 marzo 2012, n. 4268, in *Foro it.*, Rep. 2012, voce *Cassazione civile*, n. 169), e non per soggettive valutazioni erette a generale regola di giudizio.

E se è, poi, vero che la civiltà di un ordinamento dipende dalla larghezza con cui fa luogo alle opposte ragioni (G. Calogero, *Principio del dialogo e diritti dell'individuo*, in *Raccolta di scritti in onore di A. C. Jemolo*, IV, Milano, 1963), concreto è il rischio che, con un tratto di pena, sia stato leso non solo il diritto alla difesa delle parti, ma la stessa funzione nomofilattica che avrebbe, da quelle "opposte ragioni", tratto linfa.

PROCEDIMENTI DI COGNIZIONE E ADR

Per la Cassazione i vizi della notificazione telematica sono (quasi) sempre sanabili

di **Andrea Ricuperati**

Cass. civ., Sez. VI – 1, ord., 14.3.2017, n. 6518 – *Pres.* Di Virgilio – *Rel.* Genovese

[1] **Notificazioni in materia civile – a mezzo posta elettronica certificata – mancanza della firma digitale sulla relazione di notifica – inesistenza della notificazione – esclusione** (C.p.c. artt. 156, 160 – L. 21.1.1994, n. 53, artt. 3-*bis* e 11)

[2] **Notificazioni in materia civile – a mezzo posta elettronica certificata – conoscenza dell'atto da parte del destinatario – raggiungimento dello scopo – sanatoria** (C.p.c. artt. 156, 160 – L. 21.1.1994, n. 53, artt. 3-*bis* e 11)

LE MASSIME

[1] L'assenza della firma digitale sulla relazione di notifica dell'atto processuale di parte notificato con modalità telematica non rende l'atto giuridicamente inesistente, giacché l'appartenenza dell'indirizzo PEC all'avvocato menzionato in relata e munito di procura è idonea a ricondurre con certezza a quest'ultimo la paternità della notifica .

[2] La nullità della notificazione telematica di un atto processuale non può mai essere dichiarata se la notificazione ha raggiunto lo scopo di portare l'atto a conoscenza del destinatario, senza ledere il diritto di difesa di quest'ultimo.

CASO

[1-2] Tizio proponeva ricorso per cassazione avverso la sentenza del Tribunale Ordinario di Padova che aveva respinto l'appello spiegato contro la decisione del Giudice di Pace di quella stessa città di rigetto dell'opposizione a decreto ingiuntivo.

La notifica del gravame avveniva a cura dell'avvocato con invio, mediante posta elettronica certificata, dell'atto e della procura speciale nonché della relazione di notifica, ai sensi dell'art. 3-*bis* della L. 21.1.1994, n. 53.

La resistente società Alfa eccepiva l'inammissibilità del ricorso, avendo ravvisato come la relazione di notifica fosse – a differenza dell'atto e della procura – priva della firma digitale del difensore.

SOLUZIONE

[1-2] La Corte di Cassazione ha respinto l'eccezione (ed accolto l'impugnativa con rinvio al Tribunale padovano in diversa composizione), argomentando che:

- l'atto era stato "*inequivocabilmente*" trasmesso dalla casella di posta elettronica certificata dell'avvocato notificante a quella del difensore destinatario;
- nessuna lesione al diritto di difesa del ricevente aveva arrecato la mancanza della firma digitale sulla relata di notifica;
- il difetto di sottoscrizione era comunque surrogabile sulla base di altri elementi – quale l'appartenenza dell'indirizzo PEC di invio al difensore menzionato in relata e munito di regolare procura speciale – capaci di individuare senza margini di incertezza l'esecutore dell'atto;
- la notificazione telematica ha comunque raggiunto lo scopo di portare il destinatario a conoscenza dell'atto.

QUESTIONI

[1-2] L'ordinanza in commento si colloca nell'ormai consolidato – almeno nella giurisprudenza di legittimità – solco "antiformalista" tracciato dalle Sezioni Unite con la pronuncia n. 7665 del 18 aprile 2016 (in questa *Rivista*, edizione del 4 luglio 2016) e ribadito ancora di recente dalla sentenza dello stesso Supremo Collegio (Cass. civ., Sez. III, 19.12.2016, n. 26102, *ibidem*, ed. 24.1.2017) in tema di notificazioni telematiche, secondo il quale la stragrande maggioranza delle deviazioni del procedimento notificatorio dallo schema formale previsto dalla legge, rientrando nell'alveo della semplice nullità (e non inesistenza), viene sanata dal raggiungimento dello scopo *ex* art. 156, ultimo comma, c.p.c. e dalla concreta assenza di lesioni del diritto di difesa spettante al destinatario della notifica viziata, il quale del resto nella vicenda in esame aveva resistito al ricorso notificando il controricorso e difendendosi nel merito.

Si tratta di una posizione senz'altro apprezzabile in un quadro normativo caratterizzato da un coacervo di minuziose e molteplici regole, la cui osservanza si rivela spesso ardua; del resto, che la violazione di detti precetti dia luogo a mera nullità (come tale sanabile in base ai princìpi generali), emerge pure dal tenore letterale dell'art. 11 della L. 21.1.1994, n. 53 (pur non citato dal provvedimento in parola), che sanziona come espressamente "*nulle*" – e non inesistenti – le notificazioni carenti dei requisiti soggettivi ed oggettivi previsti, al pari di quelle non rispettose delle disposizioni dettate al riguardo o foriere di incertezze circa la persona destinataria o la data della notifica.

PROCEDIMENTI DI COGNIZIONE E ADR

Class action privata e pubblica, un primo bilancio dell'applicazione

di **Alessandro Benvegnù**

Il presente contributo si pone come obiettivo di riepilogare l'introduzione e la sorte dell'istituto della c.d. *Class action*, di origine anglosassone, nell'ordinamento italiano (per uno sguardo ad altre esperienze europee si veda il saggio di marcianò, *Azione Collettiva, diverse esperienze a confronto*, in *Lav. Nella Giur.*, 2011, 269), dalle sue prime applicazioni alle ultime pronunce, tanto nell'ambito dei diritti soggettivi, tutelati di fronte al Giudice civile ordinario (art. 140 bis D.lgs 206/2005), tanto nella differente ipotesi che vengano in rilievo «interessi giuridicamente rilevanti» lesi dalla mancata o non esatta erogazione di un servizio pubblico per inerzia o inefficacia dell'attività posta in essere da parte di una Pubblica Amministrazione o un affidatario di un pubblico servizio, tutelati di fronte al Giudice Amministrativo (Art. 1 D.lgs 198/2009).

Il quadro normativo

L'art. 140 bis del Codice del Consumo viene introdotto per la prima volta con la legge finanziaria del 2008 (D'ALFONSO, *L'art. 140 bis Codice del consumo tra disciplina attuale e proposte di riforma. Quali prospettive per un'effettiva tutela collettiva risarcitoria?* In *Resp. civ.*, 2009, 678) e se nella sua prima versione prevede una legittimazione esclusiva alle sole associazioni ed enti rappresentativi dei consumatori per la tutela di interessi collettivi, è già presente la struttura bi-fasica del giudizio con un filtro preventivo di ammissibilità, reclamabile alla Corte di Appello, e un successivo esame nel merito della domanda.

La successiva modifica di luglio 2009 (l. 99/2009 su cui cfr. FANTETTI, *La nuova class Action*, in *Resp. civ.*, 2009, 995 e PACE, *Interrogativi sulla legittimità costituzionale della nuova class action*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2011, 15) fa sostanziali cambiamenti:

- Viene estesa la legittimazione ad agire a ogni componente della classe, mentre le associazioni e i comitati di categoria possono promuovere il giudizio come mandatarie
- Si fa riferimento espresso a domande di tipo risarcitorio e restitutorio
- Si identificano gli appartenenti a una classe come i titolari di diritti "identici" e si indicano le tre fattispecie cui sorge la possibilità di accesso alla tutela in forma collettiva
- Il pubblico ministero è litisconsorte necessario cui va notificato l'atto di citazione con cui si promuove il giudizio
- Si disciplinano le modalità di estensione del giudicato secondo il sistema dell'*opting in*,

per cui chi appartiene alla cosiddetta *class* deve espressamente dichiarare di aderire all'iniziativa di tutela giudiziaria in forma collettiva; in caso contrario resta libero di proporre in proprio domanda giudiziale senza alcun vincolo nei suoi confronti in base a quello che sarà l'*eventum litis* della tutela collettiva
- Questa forma di tutela è esperibile solo per illeciti compiuti dalla impresa convenuta in danno dei consumatori in data successiva alla sua entrata in vigore, ovvero il 16 agosto 2009.

L'ultima modifica arriva nel gennaio 2012 (d.l. 1/2012) e ci porta al testo attuale, che, dopo prime perplessità di applicazione del testo originario da parte della giurisprudenza, smorza il tenore letterale della formulazione originaria per cui si specifica che la tutela in forma collettiva vale per diritti non più soggetti al vincolo dell'identità, ma anche solo "omogenei" (cfr. App. Torino, Ordinanza, 23 settembre 2011, in *Foro It.*, 2011, 12, 1, 3422 che aveva avuto modo di precisare che «*Nell'azione di classe, l'identità dei diritti individuali del proponente, rispetto a quelli dei potenziali aderenti, deve essere intesa come omogeneità e si riferisce solamente alla natura degli elementi oggettivi di identificazione dell'azione, non potendo la diversa entità del danno eventualmente subìto dai singoli consumatori condizionare l'ammissibilità della domanda*»; nello stesso solco Trib. Napoli, Ordinanza, 09 dicembre 2011, in *Foro It.*, 2012, 6, 1, 1909) e si precisa che il diritto al risarcimento e alle restituzioni in caso di esito positivo dell'esperimento di questa tutela giudiziale viene accertato in favore dei singoli consumatori. La competenza a decidere queste liti viene inoltre assegnata al neonato Tribunale delle Imprese.

Più stabile è il testo della ***class action* esperibile contro la Pubblica Amministrazione**: il testo del d.lgs. 198/2009 (GALLO, *La class action nei confronti della Pubblica Amministrazione*, in *Urb. e Appalti*, 2010, 501 e segg. FANTETTI, *L'azione collettiva contro la pubblica amministrazione*, in *Resp. Civ.*, 2011, 59) è sostanzialmente invariato dalla sua emanazione e prevede, per quel che qui ci interessa, i seguenti caratteri identificativi:

- La «lesione diretta, concreta ed attuale» di «interessi giuridicamente rilevanti e omogenei per una pluralità di utenti o consumatori»
- La riserva di giurisdizione su questa forma di tutela al Giudice Amministrativo, finalizzata poi all'adozione del provvedimento omesso o all'adeguamento del pubblico servizio al livello qualitativo ed economico che è legittimo attendersi
- L'onere di una preventiva diffida e concessione di un termine ad adempiere fissato in 90 giorni a carico del ricorrente prima di promuovere il giudizio
- L'esclusione della tutela risarcitoria, per la quale rimane ferma la tutela nelle forme ordinarie
- L'improponibilità della domanda se sugli stessi fatti sia già stata promossa e penda azione ex art. 140 bis Codice del consumo.

Giudizio preventivo di ammissibilità della class action nel codice del consumo

Da un punto di vista processuale le maggiori problematiche applicative sono nate con riguardo alla fase preventiva di "filtro" o giudizio di ammissibilità della *class action* davanti al giudice ordinario.

Un primo aspetto riguarda l'entrata in vigore della normativa, ovvero il 16 agosto 2009, pertanto "*deve dichiararsi inammissibile la domanda fondata su un illecito c.d. istantaneo, consistente nella modifica unilaterale di clausole di un contratto bancario, avvenuta prima del 16 agosto 2009*" (così Trib. Roma, Ordinanza, 25 marzo 2011, in *Foro It*., 2011, 6, 1, 1889), ma rimanendo sempre in ambito bancario con riferimento all'applicazione di costi indebiti che devono essere oggetto di restituzione perché non collegati a un servizio secondo, App. Torino, Ordinanza, 27 ottobre 2010, in *Nuova Giur. Civ*., 2011, 6, 1, 502 nota di LIBERTINI, MAUGERI "*l'art. 140-bis del codice del consumo – D.Lgs. n. 206/2005* – ha stabilito che "*è applicabile ai rapporti di durata in corso, ancorché instaurati con atti di data anteriore a quella di entrata in vigore della nuova disciplina*", orientamento questo che viene seguito in materia di danno da fumo proposto contro le compagnie del tabacco secondo il Trib. Roma, Ordinanza, 11 aprile 2011, in *Foro It.,* 2011, 12, 1, 3424 ove la condotta del convenuto abbia i caratteri dell'illecito permanente e, se pur iniziata prima del 16 agosto 2009, è proseguita anche sotto la vigenza della legge che introduce la nuova tutela giudiziaria.

Le parti

Partendo dall'ipotesi tipica, l'attore deve essere un consumatore per poter promuovere l'azione di cui all'art. 140 bis D.lgs 206/2005. Tale non è invece l'investitore che assuma la qualifica di azionista, seppure di minoranza, in occasione della sottoscrizione di un aumento di capitale (così App. Firenze,Ordinanza 15 luglio 2014, in *Giur. It*., 2015, 1, 89 nota di IACUMIN, *Tutela dei consumatori- Azione di classe e tutela degli azionisti,* la quale precisa anche che il prospetto informativo di cui all'art. 94 T.U.F., dalla cui lettura gli attori soccombenti si erano determinati a diventare azionisti, non è una comunicazione commerciale diretta alla vendita presso il pubblico di consumatori di determinati prodotti e non può quindi integrare, ove inficiato da falsità, una pratica commerciale scorretta ai sensi della lett. c) dell'art. 140-bis Cod. del Cons.

Il fatto che l'attore, qualificatosi come consumatore svolga poi personalmente attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale(Trib. Milano, ord., 13 marzo 2012 in *Corriere del Merito*, 2012, 6, 558 e Trib. Milano, ord., 20 dicembre 2010) è onere del convenuto eccepirlo, ponendo così non una questione di legittimazione ad agire, ma una vera e propria eccezione dell'inesistenza del diritto fatto valere secondo questa forma particolare di tutela (App. Milano, Ordinanza, 03 maggio 2011 in *Foro It*., 2011, 12, 1, 3423).

Il consumatore deve però essere stato leso e dimostrare di aver subito un danno giuridicamente apprezzabile in qualche modo riconducibile ad una pratica commerciale scorretta fra quelle elencate al secondo comma dell'art. 140 bis,D.lgs 206/2005, altrimenti la sua domanda va respinta non per difetto di interesse ad agire (così in prima battuta Trib. Torino Ordinanza, 04 giugno 2010 in *Riv. Dir. Proc*., 2010, 6, 1487, con nota di RUGGERI e in

Giur. It., 2010, 12 con note di ZUFFI, *La duplice débacle subita dalla prima azione di classe: la declaratoria di inammissibilità emessa dal Tribunale di Torino (confermata in sede di reclamo) e il rigetto del ricorso proposto avanti al T.A.R. Lazio per il diniego dell'accesso agli atti della Banca d'Italia* e di RONCO, *L'azione di classe alla ribalta: l'egoismo necessario dell'attore*) ma per infondatezza nel merito : così App. Torino, ord., 27 ottobre 2010, in *Nuova Giur. Civ*., 2011, 6, 1, 502 nota di LIBERTINI, MAUGER).

Dopo la riforma del 2009, un'associazione di consumatori, invece, non è più legittimata a proporre, in nome proprio, un'azione risarcitoria di classe (Trib. Milan, Ordinanza, 8 novembre 2013, in *Foro It*., 2014, 1, 1, 274), poiché ove si ostini in tal senso viola il disposto dell'art. 81 c.p.c. e fa valere in nome proprio un diritto altrui, con conseguente chiusura in rito della fase di ammissibilità per difetto di legittimazione ad agire (Trib. Roma, Ordinanza, 11 aprile 2011, in *Foro It.,* 2011, 12, 1, 3424). Può invece stare in giudizio come rappresentante processuale di uno o più consumatori (Trib. Napoli, ord., 9 dicembre 2011 in *Foro It*., 2012, 6, 1, 1909) e addirittura affiancarsi ad altri soggetti privati che promuovano congiuntamente con la stessa l'azione di risarcimento o restitutoria in via collettiva (App. Torino, ord., 23 settembre 2011, in *Resp. Civ*., 2012, con nota di FANTETTI)

L'associazione dei consumatori diviene però soggetto utile a dimostrare il superamento del giudizio prognostico sulla rappresentatività e adeguatezza del soggetto promotore del giudizio ex art. 140 bis, comma 6, d.lgs. 206/2005 a rappresentare la classe e a dare idonea pubblicità all'iniziativa giudiziaria e così sollecitare l'*opting in* di tutti i soggetti titolare di diritti omogenei, in quanto ha le risorse necessarie per farsi carico dei costi che tale attività comporta e che invece mancano a un semplice privato: cfr. Trib. Torino, ord., 28 aprile 2011 in *Foro It*., 2011, 6, 1, 1888, nel senso che l'iniziativa congiunta dell'associazione dei consumatori è addirittura indispensabile; ma v. pure Trib. Firenze, ord., 15 luglio 2011, che ritiene adeguata a tal fine la partecipazione di una persona fisica che rivesta anche la carica di consigliere comunale.

Passando al lato passivo, Trib. Milano, ord., 20 dicembre 2010, in *Foro It*., 2011, 2, 1, 617 specifica che in caso di risarcimento dei danni per più posizioni omogenee convenuto può essere solo il produttore, con conseguente necessaria esclusione, i.e. inammissibilità, dell'azione promossa contro un distributore che come tale ha solo contribuito a porre in circolazione quella tipologia di bene dal cui difetto sorge il diritto al risarcimento.

L'oggetto della tutela la natura omogena dei diritti fatti valere

Se si supera lo scoglio della legittimazione ad agire, l'esame del filtro di ammissibilità si appunta quindi sulla natura del diritto fatto valere e sul requisito dell'omogeneità.

Così, la prevalenza di questioni personali relative all'accertamento del risarcimento del danno in capo ai potenziali consumatori aderenti esclude l'omogeneità dei diritti individuali e determina l'inammissibilità della domanda (Trib. Milano, Ordinanza, 9 dicembre 2013 in Foro It., 2014, 2, 1, 590); né sussiste l'omogeneità degli interessi da tutelare anche in un recente

caso di cronaca, relativo a una presunta pratica commerciale scorretta posta in essere da una nota casa automobilistica, attraverso la quale sarebbero stati omologati e diffusi dati errati e scorretti circa le emissioni inquinanti e i consumi di carburante di numerose autovetture, perché non si riesce a rinvenire una pluralità di posizioni di diritto soggettivo dai tratti comuni (Trib. Venezia, ord., 12 gennaio 2016).

L'omogeneità va quindi intesa come un'identità di *an debeatur*, ovvero degli elementi oggettivi dell'azione, mentre differisce il *quantum* dovuto a ogni singolo consumatore, ma la liquidazione del danno deve poter avvenire con rigidi e predeterminati criteri di calcolo, oppure, in via residuale, in maniera equitativa: così App. Roma, ord., 27 gennaio 2012 in *Corr. Giur.*, 2013, 1, 103 nota di DONZELLI; App. Torino, ord., 23 settembre 2011 in *Foro It.*, 2011, 12, 1, 3422 e in *Giur. It.*, 2012, 7 nota di A.D. DE SANTIS.

Lo svolgimento del giudizio di ammissibilità

La forma processuale del giudizio di ammissibilità pare, invece, non dar luogo a contrasti.

La fase preventiva di esame dell'ammissibilità dell'azione di classe è di tipo camerale e come tale, destrutturata e informata al solo rispetto del principio del contraddittorio per cui il collegio, se lo ritiene opportuno, può, ma non deve, autorizzare lo scambio di memorie scritte tra le parti con cui si possono ancora svolgere eventuali *emendatio libelli* al fine di circoscrivere l'oggetto del giudizio in vista della apertura la fase del merito (secondo quello che pare un nuovo rito "Ambrosiano" così Trib. Milano, ord., 20 dicembre 2010 in *Giur. It.*, 2011, 8-9, 1860 nota di MACCARIO, seguita poi anche da App. Milano, ord., 3 maggio 2011, in *Foro It.*, 2011, 12, 1, 3423 e Trib. Milano, ord., 9 dicembre 2013, in *Foro It.*, 2014, 2, 1, 590.

Il reclamo alla Corte di Appello presuppone comunque un esame nel merito dell'intera vicenda e di ogni presupposto di ammissibilità dell'azione, con emissione di un provvedimento sostitutivo "in toto" di quello di primo grado. (App. Napoli, ord., 29 giugno 2012 e id. 11 maggio 2012) e ove esperito con esito positivo, cioè tale da dare accesso alla tutela collettiva negata dal giudice di prime cure, comporta la remissione in primo grado per l'istruzione nel merito della causa (App. Milano, ord., 3 marzo 2014 *Foro It.*, 2014, 5, 1, 1619).

La ricorribilità per cassazione del provvedimento che chiude il reclamo sul giudizio di ammissibilità

Sull'esito del reclamo sul giudizio di ammissibilità e la possibilità di rimettere la questione alla S.C., Cass., 14 giugno 2012, n. 9772, in *Riv. Dir. Proc.*, 2013, 1, 191, con nota di BOCCAGNA, aveva dapprima affermato l'inammissibilità del ricorso per cassazione ex art. 111 Cost. avverso l'ordinanza che dichiara l'inammissibilità dell'azione di classe prevista dall'art. 140 bis D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, salvo per quel che attiene al capo riguardante la pronuncia sulle spese e sulla pubblicità.

Sollecitate su punto dalla Cass., Ordinanza, 24 aprile 2015, n. 8433 le Sez. Unite con sentenza

1 Febbraio 2017, n. 2610 in *Corr. Giur.*, 2017, 4, 573 ribadiscono l'inammissibilità del ricorso straordinario avverso la pronuncia sul reclamo da parte della Corte di Appello e precisano che la dichiarazione di inammissibilità preclude la riproposizione dell'azione da parte dei medesimi soggetti, ma non agli altri appartenenti alla classe che non abbiano aderito all'azione oggetto di quella declaratoria.

Per ulteriori approfondimenti e per i dubbi che questa pronuncia solleva, si veda in questo *Settimanale* la nota di DONZELLI, *Le Sezioni Unite sul ricorso straordinario in cassazione nei confronti dell'ordinanza d'inammissibilità dell'azione di classe* e nota dello scrivente *Ordinanza di inammissibilità della c.d. Class Action. Questioni preliminari e natura del provvedimento che definisce il giudizio.*

Casistica degli interessi collettivi promossi tramite azione ex art. 140 bis cod. del consumo

Se ora andiamo a vedere in concreto l'esito delle varie iniziative giudiziarie promosse ai sensi dell'art. 140 bis d.lgs. 206/2005 il panorama non è dei più confortanti.

App. Firenze, Ordinanza, 27 dicembre 2011 Foro It., 2012, 6, 1, 1908 ha negato l'accesso alla tutela in due ipotesi: contestazione degli importi dovuti come pagamento imposte sui rifiuti al concessionario privato incaricato dal comune, con conseguente domanda di restituzione delle somme assunte come indebite; e richiesta danni correlati al cattivo svolgimento del servizio di spargimento del materiale antighiaccio e di sgombero della neve dalle strade pubbliche da parte di un privato affidatario del servizio per conto del comune.In entrambi casi, i diritti fatti valere non sono state qualificate come diritti soggettivi spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto o servizio e si deve pertanto escludere la loro tutelabilità mediante l'azione di classe.

Sono invece in corso e non definite le richieste di risarcimento dei danni da disservizio di trasporto pubblico ferroviario (Trib. Milano Sez. X Ordinanza, 8 novembre 2013, in *Foro It.*, 2014, 1, 1, 274), per le quali è stata recentemente ribadita la giurisdizione del giudice ordinario con esclusione della tutela di cui all'art. 1 d.lgs 198/2009, poiché non si tratta di ripristinare un servizio pubblico mancante o di riportarlo al livello qualitativo che sarebbe legittimo attendersi dagli appartenenti a una comunità, ma di compensare economicamente i soggetti danneggiati dalla cattiva esecuzione del contratto di trasporto (Cass., Sez. Unite, Ordinanza, 30 settembre 2015, n. 19454).

In data 26 agosto 2013 la Corte di Appello di Milano (in *Foro It.* 2013, I, 3324), in riforma della sentenza di merito primo grado del Tribunale di Milano13 marzo 2012 (che aveva seguito il giudizio positivo di ammissibilità del 20 dicembre 2010 in *Giur. It.*, 2011, 8-9, 1860 nota di MACCARIO) ha riconosciuto il diritto al risarcimento dei consumatori per erronee informazioni su un farmaco idoneo a operare come test influenzale; ma l'esito positivo della vicenda è smorzato dal fatto che la posizione ha visto l'adesione di un solo soggetto.

Quanto al *leading case*, promosso in materia bancaria, l'esito positivo della vicenda che accerta l'applicazione di costi indebiti in relazione al contratto di conto corrente concluso da una banca con vari consumatori è anche qui diminuito dal fatto che sono state respinte varie richieste di adesione perché ritenute non conformi ai requisiti formali stabiliti dal Giudice adito: così Trib. Torino, 10 aprile 2014, in *Giur. It.*, 2015, 2, 331, nota di FERRANTE *Class action Bancaria: verso regole punitive per i consumatori?* poi confermato da App. Torino, 30 giugno 2016 *Giur. It.*, 2017, 1, 64 nota sempre di FERRANTE *Azione di Classe – La via italiana alla class action fra interesse di classe e regole ostruzionistiche per le adesioni*).

Class action pubbliche: casi di devoluzione al giudice ordinario...

Passando ora alla fattispecie di cui all'art. 1 d.lgs. 198/2009 sono stati rimessi al Giudice civile, perché finalizzate a ottenere il risarcimento dei danni patiti in conseguenza di un inefficiente o mancante servizio pubblico, le controversie relative al trasporto pubblico ferroviario per inadempimento del soggetto privato affidatario del servizio (Cass., Sez. Unite, Ordinanza, 30 settembre 2015, n. 19453) o quelle relative alla mancata erogazione del servizio di acqua potabile da parte dell'ente comunale (Trib. Roma, ord., 02 maggio 2013 in *Foro It.*, 2014, 1, 1, 274), poiché in questi casi non si vuole ripristinare la normalità della funzione pubblica ma si mira a un indennizzo pecuniario (Cfr. ZUFFI, *La giurisdizione in materia di servizi pubblici tra azione di classe e ricorso per l'efficienza della P.A.* in *Giur. It.*, 2016, 4, 866).

... e casi promossi davanti al giudice amministrativo e da questo decisi In via preliminare, è sicuramente inammissibile una class action pubblica che abbia tra i propri convenuti una pluralità di amministrazioni che si trovano in posizioni conflittuali e non di collaborazione e collegamento tra di loro (T.A.R. Parma, 11 febbraio 2014, n. 37).

Non supera il vaglio di ammissibilità della class action pubblica nemmeno la contestazione della riorganizzazione di una pluralità di servizi pubblici da parte di un comune (Torino), poiché si tratta di scelte fondamentali della Pubblica Amministrazione in questione, espressione di amplissima discrezionalità politica ed amministrativa, per cui né l'art. 140 bis D.lgs 206/2005 né l'art. 1 d.lgs 198/2009 sono applicabili (Cons. Stato, 2 aprile 2014, n. 1572).

Del pari è inammissibile la class action pubblica nei confronti del Ministero della Giustizia per mancata attivazione di un efficiente e adeguato funzionamento dei servizi organizzativi di giustizia presso tutti i Tribunali, onde garantire la piena applicazione della L. n. 54/2006 e, quindi secondo i ricorrenti, la piena tutela del diritto dei minori alla bigenitorialità in sede di separazione, divorzio e verifica della potestà dei propri genitori (T.A.R. Lazio Roma, 28 novembre 2012, n. 9879 *Corriere del Merito*, 2013, 2, 210)

Sempre contro il ministero della Giustizia e con l'aggiunta tra i soggetti convenuti del C.S.M. è stata invece giudicata infondata nel merito la denunzia della mancata adozione di tutti gli atti necessari al fine di ripristinare un efficiente e adeguato funzionamento dei servizi organizzativi di giustizia presso il Tribunale di Reggio Emilia per il principio che, esaminate le risorse strumentali, finanziarie ed umane concretamente a disposizione delle parti intimate,

emerge con chiarezza il principio per cui... *ad impossibilia nemo tenetur!* (così T.A.R. Lazio Roma, 13 febbraio 2012, n. 1416 in *Corriere del Merito*, 2012, 4, 413 e con nota di Zingales, *La class action pubblica e i suoi limiti nelle ipotesi di disfunzioni organizzative: una sentenza monito* in *Giorn. Dir. Amm.,* 2012, 1096)

La pubblica amministrazione è stata invece condannata nel caso di mancata riqualificazione dell'edilizia scolastica per il sovraffollamento delle aule da parte di troppi studenti con una serie di pronunce che hanno visto come soggetto attore un'associazione di consumatori, la cui legittimazione ad agire in questo settore permane a fianco dei privati purché abbiano tra i propri associati almeno un soggetto che potrebbe proporre l'azione di cui all'art. 1 d.lgs. 198/2009 (T.A.R. Lazio Roma, 20 gennaio 2011, n. 552 in *Urbanistica e appalti*, 2011, 7, 825 nota di ZANDA, in *Giornale Dir. Amm*., 2011, 8, 862 nota di TUBERTINI e Cons. Stato, 9 giugno 2011, n. 3512, *Foro It*., 2011, 9, 3, 429)

È stata riconosciuta ammissibile la tutela dell'art. 1 d.lgs 198/2009 anche nel caso di mancata adozione del provvedimento di rilascio della cittadinanza ma anche qui il G. A. adito deve tener conto delle risorse strumentali, finanziarie e umane concretamente a disposizione dell'amministrazione convenuta (T.A.R. Lazio Roma, 26 febbraio 2014, n. 2257 in *Giornale Dir. Amm*., 2014, 7, 733 nota di GNES).Sussiste infine un'ipotesi di applicazione dell'art. 1 d.lgs 198/2009 nel caso di chiusura di un intero ufficio postale, poiché l'atto in questione non incide su singoli rapporti di utenza del servizio postale, ma tocca un'intera popolazione locale, "*violando in tesi quegli obblighi di servizio universale che, per il diritto comunitario, gravano innanzi tutto sugli Stati, cui spetta adottare e far rispettare le misure occorrenti affinché le correlate prestazioni siano assicurate nel rispettivo territorio*"(così Cons. Stato, 06 giugno 2014, n. 2873)

Conclusioni

Nel panorama attuale, quindi, ben poche sono le iniziative giudiziarie di tutela collettiva andate a buon fine, ma se l'*eventum litis* attiene al merito della causa, si può rilevare statisticamente che la maggior parte delle pronunce esaminate attiene a questioni processuali, chiuse con un giudizio negativo circa la proponibilità o ammissibilità della domanda. Si ha allora la spiacevole sensazione che all'intenzione commendevole di frenare un accesso spropositato alla giustizia o di permettere a soggetti non idonei di rappresentare la *class*, si sia sostituita la parabola Kafkiana sul processo per cui si resta fermi in piedi davanti al portone, senza entrare ad avere giustizia.