

R.G. n. 9540/2011
Sentenza n. 905/16
Pronunziata il 06/04/2016
Pubblicata il 08/04/2016

N. R.G. 9540/2011

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

TRIBUNALE ORDINARIO DI BOLOGNA

SEZIONE II CIVILE

Il Tribunale, nella persona del giudice dott. Marco D'Orazi

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. **9540/2011** promossa da:

CONSORZIO ALFA (C.F. ***), con il patrocinio dell'avv. FOSCHINI PAOLO e dell'avv. GAMBERINI ALBERTO (GMBLRT53C02H199Y) VIA BACCARINI, 60 48100 RAVENNA; BOLOGNINI DIEGO (BLGDGI75S16E512V) VIA BACCARINI N. 60 48124 RAVENNA, elettivamente domiciliato in VIA SAN VIATLE N.40/3/A 40100 BOLOGNA presso il difensore avv. FOSCHINI PAOLO.

ATTORE/I

contro

C.M.B. SOCIETA' COOPERATIVA MURATORI E BRACCIANTI DI CARPI (C.F.), con il patrocinio dell'avv. SOMMARIVA GIUSEPPE e dell'avv. CALANDRA BUONAURA VINCENZO (CLNVCN46M21H223B) C/O AVV. G. SOMMARIVA- V.LE PANZACCHI 25 BOLOGNA, elettivamente domiciliato in VIA ALFONSO RUBBIANI 10 40124 BOLOGNA, presso il difensore avv. SOMMARIVA GIUSEPPE.

CONVENUTO/I

CONCLUSIONI

Le parti hanno concluso come alla udienza del giorno 10 dicembre 2015. Tali conclusioni sono richiamate e sono da ritenersi parte integrante e sostanziale di questa sentenza.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione, il Consorzio Alfa citava a comparire innanzi al Tribunale di Bologna la C.M.B. Società Cooperativa Muratori e Braccianti di Carpi (Alfa e C.M.B., in breve e nel seguito).

Ivi, svolgeva una lunga narrazione.

Con delibera n. 115 del 17 maggio 2004, l'Azienda Ospedaliera-Università di Ferrara approvava il progetto preliminare, relativo alla realizzazione del nuovo ospedale di Ferrara, ed indiceva una gara per licitazione privata ai fini dell'affidamento in concessione della progettazione definitiva ed esecutiva dei lavori di completamento di tale ospedale. Alla gara partecipava l'A.T.I. costituita da: Consorzio Cooperative Costruzioni, quale impresa mandataria, ed undici società (Consorzio Cooperative Costruzioni, Sinteco s.p.a., Busi Impianti s.p.a., Sintexcal s.p.a., Ing. Sarti Giuseppe & C. Impresa Costruzioni s.p.a., Tubi Costruzioni s.r.l., Dalva s.r.l., Impresa Bertoncelli s.r.l., Studio Altieri s.p.a., S.T.S. Servizi Tecnologie Sistemi s.p.a. e S.TE.P. s.n.c.), quali imprese mandanti.

In data 7 novembre 2006, veniva sottoscritto il contratto di concessione, unitamente alla società di progetto denominata PROG.ESTE. s.p.a., appositamente costituita dai soggetti riuniti nell'A.T.I..

Il contratto di concessione stabiliva a carico della società concessionaria i seguenti compiti: a) per la fase di progettazione: redazione del progetto definitivo ed esecutivo per il completamento della struttura ospedaliera nonché definizione delle modalità operative di svolgimento delle singole gestioni; b) per la fase di costruzione: completamento della struttura ospedaliera ed ampliamento nelle forme, tali da gestire nel tempo la qualità dei lavori eseguiti; c) per la fase di gestione: gestione coordinata dei servizi "nocore", di servizio e di supporto alle attività assistenziali, nonché gestione coordinata dei servizi e delle funzioni commerciali compatibili.

Il contratto di concessione prevedeva un termine di esecuzione-lavori pari ad 800 giorni, a decorrere dalla data del verbale di consegna degli stessi, ed un corrispettivo pari ad euro 137.235.617,50.

I singoli soci della PROG.ESTE. s.p.a. distinguevano, al loro interno, i soggetti deputati all'attività di progettazione ed esecuzione dei lavori e coloro a cui veniva, invece, affidata l'attività di gestione e coordinazione dei servizi.

I soci deputati alle attività di progettazione ed esecuzione dei lavori davano vita al Consorzio Beta, all'interno del quale altri soci decidevano, a loro volta, di costituire il Consorzio Alfa (una sorta di sub-consorzio, all'interno del Consorzio Beta).

Attraverso i patti parasociali, perfezionatisi all'interno del Consorzio Beta, veniva stabilito che i servizi occorrenti al funzionamento ed alla gestione del Consorzio stesso sarebbero

stati svolti da C.M.B.. Per lo svolgimento di tali servizi il Consorzio Beta avrebbe corrisposto alla C.M.B. un compenso forfettario pari all'1,15% dei corrispettivi corrisposti, a qualsiasi titolo, al Consorzio dal committente.

Il Consorzio Beta affidava al Consorzio Alfa l'esecuzione dei lavori di completamento della progettazione costruttiva e la costruzione di una parte del complesso, ovvero dei blocchi 42-43-44. Il corrispettivo veniva inizialmente determinato a corpo, nella misura di euro 6.504.000,00.

In data 12 luglio 2007 il Consorzio Alfa affidava alla società CIR Costruzioni s.r.l. i lavori precedentemente commissionati dal Consorzio Beta, alle medesime condizioni e per lo stesso corrispettivo. Inoltre, il Consorzio Beta affidava al Consorzio Alfa l'esecuzione dei lavori di scavo e movimento terra nel cantiere, con un corrispettivo a misura pari ad euro 400.000,00.

Nel corso della fase di progettazione e di esecuzione dei lavori emergevano numerose difficoltà e problematiche derivanti da continue modifiche ed integrazioni del progetto posto dall'A.O.U. di Ferrara a base della gara; conseguentemente maggiori oneri derivavano per la società concessionaria, la quale faceva ritualmente valere le proprie richieste.

In data 28 gennaio 2008, l'A.O.U. di Ferrara e la PROG.ESTE. s.p.a. formalizzavano un accordo transattivo che prevedeva il riconoscimento, in favore della concessionaria, dei maggiori oneri subiti, pari ad euro 2.500.000,00, ed oneri dovuti per l'ampliamento del cunicolo servizi e per la sostituzione dei pali di fondazione.

In data 16 giugno 2008 il Consorzio Beta ed il Consorzio Alfa sottoscrivevano scrittura privata, con cui attuavano una novazione contrattuale, modificando la natura del corrispettivo del precedente contratto da *forfait* a misura.

Successivamente, l'amministrazione concedente adottava ulteriori perizie di variante. Nel corso dell'esecuzione dei lavori, il Consorzio Alfa evidenziava, al Consorzio Beta, le numerose difficoltà e problematiche riscontrate, che si traducevano nella formulazione di 22 riserve, pari ad euro 968.591,47, oltre i.v.a..

Il Consorzio Alfa, dando atto dell'intervenuta transazione in ordine ad alcune delle riserve, chiedeva, al Consorzio Beta, il pagamento delle riserve correttamente formulate, per l'importo complessivo di euro 946.101,61, oltre i.v.a..

Nel frattempo, la società PROG.ESTE s.p.a. avviava un contenzioso civile, innanzi al Tribunale di Ferrara, nei confronti dell'A.O.U. di Ferrara, affinché quest'ultima venisse condannata al risarcimento dei danni e ai maggior oneri, dovuti all'anomalo andamento dei lavori.

Il Consorzio Alfa, nella causa *de quo*, rilevava che il vero e reale gestore della commessa non fosse il Consorzio Beta, ma il singolo consorziato C.M.B. al quale era stata espressamente affidata la direzione ed il coordinamento generale della commessa stessa, oltre alla gestione del contratto. La C.M.B., dunque, non avrebbe adempiuto al ruolo

affidatogli, procurando per il Consorzio Beta un danno ingente, pari ad euro 24.368.411,48. Il Consorzio Alfa, partecipando al Consorzio Beta, nella misura del 23,75%, aveva quindi subito una perdita, proporzionale alla propria partecipazione, pari ad euro 5.787.497,73.

A causa di tale inadempimento, parte attrice sosteneva di dover essere altresì indennizzata anche per il mancato utile conseguito, in virtù dell'art. 1223 c.c.; norma che riconosce al danneggiato sia il danno emergente che il lucro cessante, purché siano conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento.

Per tali ragioni, il Consorzio Alfa chiedeva che venisse dichiarato l'inadempimento della C.M.B. rispetto agli obblighi e compiti di cui all'art. 15 dei patti parasociali del Consorzio Beta e, per l'effetto, chiedeva la condanna di C.M.B. al risarcimento dei danni cagionati, pari ad euro 5.787.497,73.

Con comparsa di costituzione e risposta si costituiva in giudizio la C.M.B. Società Cooperativa Muratori e Braccianti di Carpi.

Preliminarmente, parte convenuta eccepiva la nullità della citazione per assoluto difetto di *causa petendi*, essendo del tutto assente il riferimento alle ragioni di fatto e di diritto su cui si fondava la domanda attorea.

La C.M.B. eccepiva altresì la inammissibilità della domanda avanzata da controparte per difetto di legittimazione attiva, in quanto l'inadempimento lamentato dal Consorzio Alfa si sarebbe, eventualmente, prodotto nei confronti del Consorzio Beta e, per tale ragione, unico soggetto legittimato ad adire l'autorità giudiziaria sarebbe stato quest'ultimo.

Inoltre, sempre in via preliminare, parte convenuta rilevava la pregiudizialità di altra causa avviata dal Consorzio Alfa nei confronti di due membri del Consiglio direttivo del Consorzio Beta, per un risarcimento danni pari a quello che veniva richiesto nell'atto di citazione del giudizio *de quo*.

Nel merito, la C.M.B. affermava che, per la prestazione dei servizi, di cui all'art. 15 degli accordi parasociali, il Consorzio riconosceva un compenso forfettario pari all'1,15% dei corrispettivi corrisposti, a qualsiasi titolo, al Consorzio Beta; inoltre, la stessa avrebbe dovuto sottostare alle decisioni ed agli indirizzi assunti dagli Organi del Consorzio. Dunque, sulla C.M.B. incombevano esclusivamente prestazioni di coordinamento e assistenza volte a fornire le strutture ed il personale, al fine di consentire al Consorzio di svolgere in concreto la propria attività ordinaria, quindi la C.M.B. non aveva alcuna funzione decisoria.

La parte convenuta, inoltre, negava di aver avuto un ruolo di coordinamento sia per quanto riguardava il progetto, il quale era stato, infatti, affidato allo Studio Altieri s.p.a., anche con riferimento alla eliminazione, dal cantiere, del terreno di risulta dovuto ai lavori di scavo.

Circa il danno lamentato dalla parte attrice, la C.M.B. riteneva non solo che tale richiesta risarcitoria fosse priva di alcun fondamento, ma che vi fosse anche un difetto originario nell'*editio actionis*.

Per tali ragioni, la C.M.B. chiedeva, in via preliminare, che venisse dichiarata la nullità dell'atto di citazione; nel merito, chiedeva il rigetto di tutte le domande avanzate dalla parte attrice.

Alla udienza del 24 novembre 2011 il giudice, su richiesta di entrare le parti, concedeva i termini di cui all'art. 183 c.p.c..

Seguiva la udienza del 30 maggio 2012 in cui le parti chiedevano rinvio per pendenza di trattative tra le stesse, che il giudice concedeva.

Alla udienza del 19 febbraio 2013 le parti insistevano nelle loro rispettive istanze istruttorie; il giudice si riservava.

A scioglimento della riserva, il giudice rigettava le istanze istruttorie e rinviava per la precisazione delle conclusioni.

Alla udienza del 23 luglio 2015 le parti insistevano nuovamente per l'ammissione dei rispettivi mezzi di prova; il giudice si riservava.

Il giudice, a scioglimento della riserva, rinviava per la precisazione delle conclusioni.

Seguiva la udienza del 10 dicembre 2015 in cui le parti precisavano le conclusioni come da rispettivi fogli allegati al verbale di udienza.

Il giudice tratteneva la causa in decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Della nullità della domanda introduttiva

La domanda introduttiva è nulla, per indeterminatezza della *causa petendi*.

Trattasi della ipotesi di nullità di cui all'articolo 164, comma 4, c.p.c., per essere indeterminata la narrazione dei fatti di cui all'articolo 163, numero 4), c.p.c. (c.d. *causa petendi*).

La esigenza di una *editio actionis*, adeguatamente precisa in punto di fatto, è prevista da sempre come dato normativo. Indirizzi ermeneutici via via più restrittivi e rigorosi si sono affermati, in periodi più recenti; in altri termini, recentemente si è valorizzato maggiormente tale dato normativo. *Un processo moderno deve essere ispirato a chiarezza dei fatti costitutivi della domanda e delle eccezioni.*

Questa sensibilità maggiore verso la completa narrazione dei fatti costitutivi (o estintivi o modificativi) deriva anche dalla consapevolezza dei valori sottostanti alla sanzione di nullità della domanda, di cui sopra.

In primo luogo, la esigenza di una piena narrazione dei fatti è legata alla generale chiarezza del discorso processuale; dunque, giova a tutte le parti ed al giudice. Il processo, senza una

narrazione completa dei fatti, si smarrisce in mille rivoli. Il giudice non sa su cosa deve decidere; la istruzione diviene non gestibile, proprio perché anche la rilevanza delle prove si smarrisce, in assenza di fatti narrati compiutamente.

Una prima ratio va dunque individuata in una sorta di profilassi processuale; fattispecie chiare rendono il processo chiaro. Tale esigenza ha ovviamente ricadute positive in punto a qualità delle decisioni e tempi processuali (ragionevole durata). La attenzione a tali due ultimi profili - la ragionevole durata essendo principio di rango costituzionale - ha dunque indotto a valorizzare il principio.

Una seconda ratio, che ispira la disposizione, sta nel diritto di difesa, che è parimenti di rango costituzionale. Solo una precisa narrazione dei fatti, in citazione, consente alla controparte di difendersi; mancando i quali, non sa da cosa difendersi. Una domanda con fatti non adeguatamente precisi è come un colpo lanciato contro un avversario bendato; quest'ultimo non sa infatti da cosa difendersi. La attenzione per il profilo del diritto di difesa e la consapevolezza che la nullità di cui all'articolo 164 c.p.c. tutela anche tale diritto, ha reso la comunità dei giuristi maggiormente consapevole del rilievo che deve avere la nullità in questione.

Rimane naturalmente fermo che si è in presenza di un processo non ispirato a formalismo. Rimane altresì inteso che debbono essere narrati i fatti e non necessariamente gli elementi di diritto (*da mihi factum dabo tibi ius*); anche se, in casi particolari, la individuazione delle norme serve a chiarire la fattispecie: T. Napoli, 26 giugno 2004, Giur mer., 2004, I, 821. Rimane, infine, correttamente ispirata al non formalismo di cui al terzo comma dell'articolo 156 c.p.c., la massima ricorrente, per cui la nullità può essere dichiarata solo qualora non possa, nemmeno dal complesso della domanda, desumersi la *causa petendi*; il giudice può dunque individuare i fatti dal complesso dell'atto introduttivo (da ultimo: Cass. 11751 del 2013), anche tenendo conto dei documenti (Cass. 4828 del 2006) e limitando la nullità alle sole domande non decidibili (Cass. ss.uu.. 8077 del 2012).

SEGUE della nullità della domanda introduttiva: il caso specifico.

Trattasi di domanda risarcitoria contrattuale - tale profilo è evincibile dalla domanda - per un asserito inadempimento della società convenuta. La domanda, come tale, non è autodeterminata. Occorre indicarne i profili essenziali, *che non sono indicati*.

La parte convenuta, nella comparsa di costituzione e risposta, ha anche censurato la struttura della citazione, che nelle prime pagine descrive le premesse (pp. 1-42) e che nelle ultime pagine si limita a riassumere i principi di diritto in punto a risarcimento, senza riferimenti al caso specifico.

La parte attrice, per suo conto, afferma di avere invocato la responsabilità ai sensi dell'articolo 1218 c.c., essendosi la convenuta obbligata ad attività di coordinamento, direzione e gestorie del contratto, non ben adempiute, con conseguente danno della parte attrice.

La domanda è nulla.

E' determinata la prospettazione, in punto ad *obbligazione* della convenuta.

La attrice afferma che la convenuta ha assunto tale obbligazione. E' altresì chiara la fonte, prospettata, di tale obbligazione, costituita dall'articolo 15 dei patti parasociali del consorzio Beta (così a pagina 43 della citazione). La fonte della obbligazione e la obbligazione della convenuta sono dunque ben individuate. Non rileva se si tratti di pretese fondate - la convenuta contesta che l'articolo 15 cit. abbia tale portata - poiché se ne deve valutare la validità o la nullità, come domande, dunque nella prospettazione. In tale primo segmento di fattispecie, la parte attrice è sufficientemente chiara e delinea in modo valido la obbligazione (asserita) e la fonte (parimenti, asserita) della obbligazione.

Individua poi il danno subito.

L'affare è andato in perdita e la parte attrice pretende, con una ricostruzione precisa, sia il danno emergente sia il lucro cessante.

Il punto che non è sufficientemente delineato è quello *del legame corrente fra la obbligazione (asserita) ed il danno (asseriti)*. La parte convenuta ha affermato come la nullità si deriverebbe "dal fatto che nella citazione non si trova traccia della sua premessa fondante: infatti, controparte non riesce ad indicare una sola ipotesi concreta in cui il comportamento di CMB si sarebbe asseritamente dimostrato negligente o comunque contrario agli obblighi assunti da CMB ai sensi dell'Accordo Parasociale"; "Nelle 80 pagine dell'atto di citazione non si riesce a trovare la descrizione di un solo comportamento (tanto meno di un comportamento "negligente") direttamente riferibile a CMB" (pagina 6 della comparsa di costituzione e risposta).

In via sintetica, manca, nella ricostruzione della parte attrice, la indicazione di fatti specifici di inadempimento, nonché del nesso causale fra questi ed il danno. L'attore ha indicato con sufficiente precisione le due rive che intende collegare (la obbligazione della controparte ed il danno proprio); rive che sono ben descritte, ai fini della validità della domanda (e salva la successiva prova delle stesse, secondo il riparto di onere della prova). Non ha invece descritto in alcun modo il ponte che unisce le due rive; cioè, fuor di metafora, l'inadempimento ed il nesso causale che, da una obbligazione, conduce ad un danno.

Il che rende, appunto, la domanda nulla, poiché la descrizione dei fatti di causa conduce ad una valutazione di nullità, per mancanza di adeguata descrizione delle fattispecie di inadempimento e del nesso causale.

In altri termini, la domanda, in estrema sintesi, è così rappresentata: vi era una obbligazione della convenuta, nascente da un patto parasociale, relativa all'organizzazione dei lavori (obbligazione); l'esito della commessa è stato in perdita (danno). Dunque, la convenuta deve risarcire tutte le perdite. La ricostruzione non è completa ed impedisce alla convenuta di difendersi: la attrice non chiarisce quali i profili di inadempimento (le condotte), né il nesso causale che, da tali inadempimenti, ha portato al danno.

La parte attrice ha insistito sul profilo di inversione della prova, rappresentato dall'articolo 1218 c.c..

La applicazione dell'articolo 1218 c.c. è sicuramente corretta e fondata la ricostruzione giuridica. Il profilo della validità della domanda è tuttavia affatto diverso e, sul piano logico, *anteriore all'operare dei meccanismi di riparto probatorio*. Occorre infatti, prima di far operare l'onere della prova, quanto meno indicare: a) la obbligazione; b) l'inadempimento; c) il nesso causale; d) il danno. Solo i punti a) e d) sono descritti. Naturalmente, l'onere della prova è tutto in capo alla C.M.B. ma solo *dopo che tali profili siano stati allegati correttamente dalla attrice*. Ché, altrimenti, la C.M.B., pur in presenza dell'onere gravoso del 1218 c.c., sarebbe impossibilitata persino a tentare la prova liberatoria.

Anche in questo caso, risulta che la indicazione dei fatti è a tutela del diritto di difesa: la convenuta non è infatti in grado di comprendere *rispetto a cosa* debba dare la prova liberatoria di cui all'articolo 1218 c.c.. La mancata indicazione dei fatti rende impossibile la difesa e pone la convenuta in una posizione di "responsabilità di posizione", rispetto alla quale la prova liberatoria di cui all'articolo 1218 è impossibile. La attrice afferma: c'è una obbligazione C.M.B.; ho subito una perdita; dunque, C.M.B. deve coprire questa perdita.

La invocazione dell'articolo 1218 c.c. - pur giuridicamente ineccepibile - non è dunque in grado di superare il dato, *logicamente anteriore*, della indicazione della *causa petendi*.

Va poi rilevato, infine, come l'articolo 1218 c.c., secondo la più recente giurisprudenza - anche nel caso in cui tutti i fatti fossero ben descritti - non copra alcune parti dell'illecito contrattuale; ad esempio, il nesso causale rimane onere probatorio di chi affermi il danno (del creditore: Cass. 21140 del 2007).

In relazione *ad un profilo*, invero, la parte attrice è maggiormente precisa, senza tuttavia riuscire a superare il livello di completezza, richiesto una valida *editio actionis*.

Si tratta del danno derivante dallo smaltimento del terreno di risulta (pp. 53 ss. della citazione).

Anche in tale punto della citazione, tuttavia, non si riesce a cogliere il profilo di negligenza della parte convenuta; né il nesso causale. Invero, in relazione a tale doglianza, nemmeno il *petitum* è chiaro. Infatti, si afferma come il terreno di risulta non fu smaltito un po' per volta ma, piuttosto, in unica soluzione, con acquisto di due fondi rustici. Non è chiarito l'inadempimento della convenuta; non si comprende cosa la convenuta avrebbe dovuto fare; in secondo luogo, non vi è indicazione del legame eziologico fra tale (non descritto) inadempimento ed il danno asserito. Infine, nel caso di specie sembra mancare persino la individuazione del danno differenziale, dunque la determinazione del *petitum*. Infatti, *in via generale, come si è detto, il danno viene determinato in termini numerici, basandosi sul risultato negativo della operazione economica*. Non sono tuttavia indicate le singole voci di danno. Anche in relazione allo spostamento della terra, non è indicata la *specifica voce di danno*. In particolare, non si comprende - già su un piano della allegazione, prescindendo dalla prova - come calcolare un danno costituito dallo smaltimento in unica soluzione, piuttosto che progressivo; nel senso che non sono indicate voci, che concretizzino il danno; né date precise. In effetti, occorrerebbe ipotizzare un costo maggiore dello smaltimento unitario, rispetto a quello progressivo "giorno per giorno", senza che ne sia chiara la ragione (ad esempio, aumento dei costi; necessità di ricorrere al

mercato, per trasportare la terra, in condizioni svantaggiose). Anche l'acquisto dei terreni è sì un costo (peraltro non specificato); costo che tuttavia può poi vedere una elisione (o addirittura una plusvalenza) con la vendita del terreno stesso: dunque, si sarebbe dovuto indicare un abbassamento del valore dei fondi agricoli acquistati.

Anche in relazione a questo segmento di citazione, dunque, permane la nullità, per incertezza del modo in cui si perviene al risultato di danno.

Del modo di far constare la nullità

Va ora affrontato il tema, squisitamente di meccanica processuale, di come far constare la nullità e dei provvedimenti da adottare.

In via ordinaria e, per così dire fisiologica, la nullità va fatta constare in sede di prima udienza. La nullità di cui al *quarto* comma dell'articolo 164 c.p.c., infatti, comporta i provvedimenti di cui al *quinto* comma dell'articolo 164 c.p.c.; cioè: "Il giudice, rilevata la nullità ai sensi del comma precedente, fissa all'attore un termine perentorio per rinnovare la citazione o, se il convenuto si è costituito, per integrare la domanda. (...)". Tali provvedimenti, di cui al *quinto* comma dell'articolo 164 c.p.c., vanno adottati in prima udienza, come chiaramente risulta dall'articolo 183 c.p.c.

Va dunque osservato come il meccanismo fisiologico sia il seguente: il giudice, se si avvede della nullità di cui al *quarto* e *quinto* comma dell'articolo 164 c.p.c. così provvede: in caso di mancata costituzione fa rinnovare la citazione; in caso di costituzione fa integrare la domanda. Questi due atti - *rinnovare* la citazione, ipotesi che ricorre anche nel secondo comma; *integrare* la domanda - se effettivamente poi posti in essere dalla parte attrice, hanno dunque una funzione di *sanatoria* della domanda nulla.

Tale l'assetto *fisiologico* della vicenda.

Se la parte attrice, nel termine indicato dal giudice, non rinnova la citazione o non integra la domanda, la sanatoria ovviamente non si verifica: la mancata *rinnovazione* è sicuramente ascrivibile alla ipotesi dell'articolo 307, comma 3, c.p.c.; la (duplice) fattispecie della nullità della citazione e della *mancata integrazione* dovrà invece essere fatta constare con una sentenza in rito.

Occorre tuttavia chiedersi cosa avvenga se, come nel caso che qui si decide, la nullità non sia sanata in prima udienza; poco importa se la mancata sanatoria sia dovuta ad una scelta consapevole del giudice di rinviare la questione alla sentenza; alla mancata percezione della nullità da parte del giudice; al mutamento di valutazione, da parte del giudice, nel tempo fra la prima udienza e la sentenza (di primo o di secondo grado). In termini pratici, *cosa succede se il giudice non dà in prima udienza il termine per rinnovare o integrare*.

Sul punto, vi è un vuoto normativo; né soccorrono, in modo decisivo, le posizioni della giurisprudenza o della dottrina.

In via astratta, possono ipotizzarsi *due soluzioni*: o che il giudice, in ogni stato e grado, ovvero comunque fino ad un certo momento, comunque successivo alla prima udienza,

possa adottare i provvedimenti di cui all'articolo 164 c.p.c.; ovvero ritenere che la sanatoria, consentita dalla complessa fattispecie (provvedimento di concessione di un termine da parte del giudice; successiva integrazione/rinnovazione) sia consentita *solo* fino alla prima udienza.

La questione è stata affrontata in riferimento alla *deducibilità della nullità in appello dalla giurisprudenza*; ovviamente, momento successivo alla prima udienza di primo grado.

Trattasi tuttavia di sentenze non facilmente estendibili al tema che qui si pone.

Infatti, in primo luogo, si tratta di sentenze che attengono a nullità relative alla *vocatio in ius* e non alla *editio actionis*; in secondo luogo, si tratta di sentenze nelle quali il tema viene commisto con il problema della regressione al primo grado ex 354 c.p.c., problema diverso e che in tutte tali sentenze campeggia come assorbente; in terzo luogo, vi sono spesso profili specifici: in particolare, a volte la nullità deriva da leggi speciali (Cass. 22914 del 2010, relativamente a termini sospesi per eventi sismici) o da situazioni non generalizzabili (Cass. 12102 del 1995); in quarto luogo, spesso sono individuate fattispecie sananti diverse (Cass. 11317 del 2009) da quella della concessione del termine da parte del giudice.

In ogni caso, in relazione alla rilevata nullità della citazione in appello, per questioni sulla *vocatio in ius*, è ferma la esclusione della applicabilità dell'articolo 354 c.p.c.. Fermo ciò, per un indirizzo il giudice d'appello può rinnovare e compiere le attività consentite in primo grado (Cass. 22914 del 2010; 11317 del 2009; 2251 del 1997); per altro indirizzo deve invece pronunciarsi in rito (Cass. 5981 del 1991; 4997 del 1991).

SEGUE Del modo di far constare la nullità

Le pronunce giurisprudenziali indicate sopra non rappresentano dunque un indirizzo risolutivo.

Ciò per le quattro ragioni indicate sopra. Soprattutto, campeggia il problema dell'articolo 354 c.p.c., correttamente risolto da tutte tali sentenze nel senso della non regressione. La non regressione dal grado, sicuramente esclusa, non risolve tuttavia la alternativa posta; se, cioè, dopo la prima udienza sia ancora possibile fare operare la sanatoria di cui all'articolo 164 c.p.c. (il che farà il giudice di appello, senza regressione; ma, anche, il giudice di primo grado); ovvero, non sia possibile, con la conseguenza che il giudice dichiarerà la nullità, ormai non sanabile dopo la prima udienza.

Tale la alternativa.

Deve ritenersi preferibile la seconda alternativa. *E' cioè corretto affermare che: una volta trascorsa la prima udienza, non sia più possibile adottare i provvedimenti di cui al quinto comma dell'articolo 164 c.p.c.; conseguentemente, la nullità della citazione ai sensi del quarto comma (vizi relativi alla c.d. «editio actionis») non è più sanabile.*

Vari argomenti suggeriscono questa soluzione: sia di tipo *letterale*; sia di tipo *sistematico*; sia di tipo *assiologico*.

Sotto il primo profilo, la lettera della legge riserva alla udienza di cui all'articolo 183 c.p.c. la adozione dei provvedimenti in questione. In un processo, quale quello ordinario, scandito per udienze - sul modello del rito di cui all'art. 155, commi 3, 4 e 5, c.p.c. 1865, poi esteso con la riforma del 1901 e diventato rito ordinario nel codice vigente - *ogni udienza ha un proprio contenuto tipico*. E' nella prima udienza che si fanno constare le nullità e le si sanano.

Dunque, vi è un primo argomento letterale, costituito dallo stesso articolo 183 c.p.c.

E' pur vero che si assiste, negli interventi riformatori più recenti, ad una deformalizzazione della scansione per udienze a contenuto tipico, riferendosi solo al contraddittorio come principio ispiratore (702 *bis*, comma 4, e 669 *sexies*, comma 1, c.p.c.). Tuttavia, il paradigma del processo per udienze rimane il processo ordinario; dunque, quanto meno con riferimento all'attuale processo ordinario, la scansione per udienze suggerisce che sia la prima udienza e solo la prima udienza quella dedicata a sanare tale nullità.

Secondo argomento è di tipo *sistematico*.

La nullità è una nullità rilevabile di ufficio (157, comma 1, c.p.c.); rispetto alla quale la mera costituzione non è fattispecie sanante: non si applica infatti il terzo comma dell'articolo 164 alle ipotesi previste dai commi successivi del medesimo articolo 164 c.p.c.. Né è possibile, attesa la natura della nullità, la sanatoria di cui al terzo comma dell'articolo 156 c.p.c., se non appunto con un *atto successivo della parte*. La citazione da sola non può, nel caso di specie, raggiungere da sola lo scopo.

E' dunque solo un atto di parte successivo, correttivo della citazione nulla, che conchiude la fattispecie di sanatoria. Ora, sembra che tutte le volte nelle quali il sistema consente tale meccanismo, ovvero una rimessione in termini, lo consenta immediatamente dopo la fattispecie viziata o comunque non produttiva di effetti (157, comma 2, c.p.c.; anche art. 153 c.p.c., pur in mancanza di specifica menzione). Non lascia, cioè, incerta la posizione giuridica della parte, *sine die*. E' pur vero che il caso si presenta con specificità, poiché il vizio dell'atto introduttivo viene sanato *post iussum iudicis*, sul modello, ad esempio, dell'articolo 102 c.p.c.; tuttavia, questa indubbia specificità non sembra faccia venir meno la esigenza di una sanatoria immediata, con un atto successivo ma prossimo a quello viziato.

E' soprattutto sul piano degli *interessi*, che va preferita la soluzione più rigorosa.

Si fa riferimento agli *interessi ed alle posizioni processuali delle parti*, nonché all'assetto degli *interessi del sistema nel suo complesso*.

Se si riguarda la posizione dell'attore, lo stesso non riceverebbe alcun beneficio dalla sanatoria, in una fase più avanzata del processo (rispetto alla prima udienza); infatti, la sanatoria in questione è espressamente qualificata come non retroattiva (164, comma 5, secondo periodo, c.p.c.). Pertanto, la soluzione meno rigorosa non presenta vantaggi processuali per l'attore. Al più, può comportare per lo stesso un risparmio di costi, non dovendo re-iniziare altro processo; tuttavia, tale dato è evidentemente estrinseco, né può la

parte attrice, che pure ha dato corso alla nullità, dolersi dei costi per dover iniziare un nuovo processo.

La parte *convenuta*, invece, ha un evidente interesse alla soluzione più rigorosa. Infatti, il consentire anche in una fase avanzata (successiva alla prima udienza) la sanatoria, lo rimette in tutte le facoltà ma impone un allungamento del processo (che a quel punto dovrà essere rinnovato anche in relazione ai profili istruttori; ecc.), pregiudizievole per il convenuto. Questi, infatti, che non ha dato corso alla nullità, si trova costretto ad un prolungamento della propria soggezione al processo, con aumento di costi.

In sintesi, la soluzione meno rigorosa non giova alla parte attrice, stante la non retroattività della sanatoria; nuoce alla parte convenuta.

Viceversa, la soluzione più rigorosa e preferibile - la sanatoria non è più possibile dopo la prima udienza - da un canto non crea inconvenienti di rilievo all'attore e, sul versante opposto, libera il convenuto da una prolungata soggezione al processo.

E' poi sul piano degli interessi *generali ed estranei alle parti* che sembra preferibile la soluzione più rigorosa. Essa infatti favorisce, evidentemente, la ragionevole durata di *quel* processo; senza pregiudicare una nuova iniziativa processuale dell'attore.

SEGUE Del modo di far constare la nullità:

la sentenza ed i suoi effetti

Adottata la soluzione più rigorosa, i corollari sono chiari.

Il giudice, accertata la nullità, non più sanabile dopo la prima udienza, deve limitarsi a pronunciare una sentenza con dispositivo assolutorio in rito, contestuale alla declaratoria della nullità (*absolutio ab intantia*).

E' appena il caso di rilevare come tale sentenza non può avere gli effetti dell'articolo 2909 c.c. Su un piano *tecnico*, essa non può che essere una sentenza in puro rito. Sul piano *logico*, se non vi è determinatezza della domanda, nessuna fattispecie è sottoposta alla attenzione del giudice; dunque, nessuna fattispecie è dedotta, proprio perché la domanda non è stata in grado di sagomare una fattispecie giuridicamente rilevante. Conseguentemente, nessuna fattispecie è decisa, facendo stato fra le parti. Nessuna è dedotta e, a maggior ragione, nessuna è deducibile.

Del dispositivo della presente sentenza

Alla luce di quanto sopra detto in diritto, accertata la nullità della citazione (per quanto sopra motivato), *a questo punto del processo, può solo pronunciarsi sentenza, che faccia constare la nullità, non sanata.*

La sentenza che qui si pronuncia non produce gli effetti di cui all'articolo 2909 c.c. Ciò deriva dal sistema, per quanto si è detto. E' tuttavia opportuno statuire tale profilo al punto 2 del dispositivo; per dirimere ogni dubbio o contestazione.

Assorbite e non decise le questioni di legittimazione e merito.

Delle spese di lite

Meritano integrale compensazione.

Questo Tribunale ben è consapevole del restringimento progressivo della discrezionalità del giudice, in punto a compensazione delle spese legali. Le ripetute novellazioni dell'articolo 92 c.p.c. hanno infatti fortemente ristretto la facoltà per il giudice di compensare le spese di lite.

Va tuttavia rilevato come il caso di specie si presenti caratterizzato da assoluta novità delle questioni trattate. E' noto, infatti, come la individuazione della nullità della domanda sia un istituto non molto praticato in passato. Indirizzi più moderni della scienza processuale hanno progressivamente reso *più rigorosa* la individuazione dei requisiti di validità della domanda. Si intende dire come visioni più moderne del processo impongano assoluta chiarezza del discorso processuale; nella inevitabile discrezionalità giudiziale, in punto a determinatezza della domanda, la sensibilità dei giuristi solo in epoca più recente si è orientata nel senso rigoroso di cui si è detto. Sia pure in senso lato, può dunque dirsi questione caratterizzata da "assoluta novità".

Ciò sul piano della individuazione della nullità; dunque, dell'*an*.

E' soprattutto sul piano delle *modalità* con cui far constare la nullità, in una fase più avanzata della prima udienza, che si apprezza la novità della questione.

In particolare, come sopra si è detto, la questione è controversa; vi è anzi chi sostiene come persino in appello sia possibile far integrare domanda giudiziale. La soluzione adottata in questa sentenza, pur se non inedita in giurisprudenza, appare assolutamente nuova; si intende, è questione controvertibile.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando sulla causa che reca numero 9540/2011;

ogni diversa istanza ed eccezione disattesa o assorbita, così dispone:

1. **DICHIARA** la nullità della domanda introduttiva.
2. **DICHIARA** che la presente sentenza non costituisce vincolo di giudicato e non fa stato fra le parti, in relazione a nessuno dei possibili diritti, nascenti dalla vicenda narrata.
3. **DICHIARA** le spese di lite integralmente compensate.

Si deciso in **Bologna** nella residenza del Tribunale alla via Farini numero 1, **il giorno 06 aprile 2016**

Il giudice

dott. Marco D'Orazi

Pubblicazione il 08/04/2016