

Il Giudice, dr. Mario CODERONI, a scioglimento della riserva che precede, letti gli atti,

OSSERVA

Tra le varie questioni preliminari / pregiudiziali in rito sollevate dalle difese convenute, occorre partire dall'analisi di quella relativa alla richiesta di mutamento del rito, che viene logicamente prima di tutte le altre, dal momento che l'applicabilità o meno del rito sommario influenza anche altre questioni, prima fra tutte l'eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 702bis c.p.c., che diventerebbe irrilevante laddove tale norma non venga applicata (e che, infatti, è stata dalla difesa convenuta subordinata all'istanza di mutamento del rito).

1) Sul mutamento del rito.

Precisato, in primo luogo, che la questione proposta dalla convenuta non può certo portare ad una declaratoria di inammissibilità del ricorso (esito, quest'ultimo, che è previsto dalla legge soltanto per le ipotesi di introduzione con rito sommario di cause sottratte alla competenza del Tribunale monocratico), non può poi accogliersi la tesi propugnata da A. e dal Fallimento T., secondo cui si dovrebbe nella specie disporre il mutamento del rito a fronte della estrema complessità delle domande attrici.

La norma dell'art. 702ter, terzo comma, c.p.c. infatti, stabilisce il mutamento in rito ordinario qualora «*le difese svolte dalle parti richiedono un'istruzione non sommaria*»; sebbene si tratti di un criterio abbastanza vago e discrezionale, un punto innegabile e sul quale tutta la dottrina ed anche le prime pronunce giurisprudenziali edite sul punto sono concordi, è che l'elemento decisivo su cui valutare la percorribilità o meno del rito sommario è l'attività istruttoria che deve essere svolta e non invece l'oggetto della domanda o la tipologia della controversia (sul punto la giurisprudenza edita è pacifica: v. Trib. Mondovì 12.11.2009, in *Giur. It.*, 2010; Tribunale Lamezia Terme sez. II 12 marzo 2010, in *Giur. merito* 2010, 10, 2450; Tribunale Taranto 2 marzo 2010 e Tribunale Torino 11 febbraio 2010, *ibidem*; Trib. Varese Sent., 18 novembre 2009, in *Il caso.it*, 1903/2009 e in *Corriere del Merito*, 2010, 2, 136). Tale interpretazione, oltre ad essere fedele al testo di legge, che individua chiaramente l'attività istruttoria come criterio discriminante tra i due riti, risponde anche ad esigenze di migliore obbiettività ed uniformità nell'interpretazione della norma: infatti, è sin troppo evidente come il criterio della complessità o difficoltà della causa risulterebbe estremamente soggettivo, in quanto influenzato dalla competenza, specializzazione ed esperienza del singolo giudice.

Ciò detto, preme svolgere due ulteriori precisazioni sul principio qui sostenuto; ovvero, la valutazione delle prove da assumere andrà fatta, da un lato, verificando, tra le prove proposte o formulate dalle parti, quali siano in concreto quelle rilevanti ed ammissibili nella causa (altrimenti potrebbero aversi facili strumentalizzazioni da parte di chi ha interesse ad allungare i tempi, mediante l'artificiosa indicazione di numerosissimi mezzi di prova) e, per converso, il giudice sarà vincolato proprio alle richieste istruttorie formulate (o, quanto meno, indicate) dalle parti, non potendone disporre d'ufficio (se non nei limiti dei poteri officiosi a lui concessi dalla legge, cfr. artt. 257 e 281ter c.p.c.).

Con tale ultima precisazione si intende dire che, se anche in base alle allegazioni e contestazioni delle parti, emergesse che alcuni fatti richiedano un'istruttoria, non potendosi ritenere pacifici, documentali o altrimenti dimostrati, tale attività non potrà però essere svolta (né su di essa potrà fondarsi un'ordinanza di mutamento del rito) se le difese non hanno

espressamente avanzato richieste sul punto; la soluzione qui propugnata non è altro che l'applicazione della regola della disponibilità della prova (art. 115 c.p.c.), regola che, come è noto, costituisce un riflesso pratico (oltre che della natura prettamente privatistica degli interessi normalmente in gioco nel procedimento civile) del superiore principio dell'imparzialità e terzietà del giudice, che gli impone di non assumere iniziative officiose soprattutto in ambito probatorio, che rischiano di sbilanciare i rapporti di forza tra le parti ed avvantaggiarne una rispetto all'altra. Ed è per questo che ritengo tale regola pienamente operante anche nel rito sommario, alla luce della sua natura di giudizio a cognizione piena (su cui si dirà meglio nel prossimo paragrafo).

Nella fattispecie in esame, ad esempio, nonostante vi siano molteplici circostanze fattuali oggetto di causa che non possono ritenersi pacifiche e, quindi, sono passibili di prova (si pensi alla dazione di denaro da parte dei ricorrenti al T., che è in parte contestata dalla convenuta A., alle condotte del promotore nei confronti degli investitori, alla destinazione del denaro che questi intendevano fare, all'utilizzo ed all'appropriazione del denaro da parte del promotore, nonché, da ultimo, all'asserita intesa che, secondo la difesa convenuta, sarebbe intercorsa tra gli attori ed il promotore finanziario), le difese delle parti (sia ricorrente, sia convenute) hanno ritenuto tali fatti già ricavabili dalla documentazione in atti, senza svolgere su di essi alcuna ulteriore richiesta istruttoria, sicché il giudice, ove ritenga alcune di dette circostanze non dimostrate, non potrà assumere prove sul punto o mutare il rito onde consentire alle parti di formulare le proprie istanze istruttorie, ma dovrà decidere la causa nel merito, sulla base del materiale istruttorio a lui sottoposto (sul punto, assolutamente lucide e condivisibili le argomentazioni di Trib. Busto Arsizio 8.02.2010, est. Radici, in *JurisData*).

Concludendo sulla questione, può ben affermarsi che la distinzione tra cause assoggettabili o meno al rito sommario è non già quella tra cause facili e cause difficili in base all'oggetto della domanda ed alle questioni da trattare e decidere, bensì tra cause che richiedono un'attività istruttoria articolata e complessa e cause che richiedono un'istruzione breve e semplice (o, addirittura, non richiedono affatto attività istruttoria), da individuarsi esclusivamente in base al *thema probandum* proposto dalle parti.

Consegue da quanto sin qui argomentato che nella specie non vi siano i presupposti per disporre il mutamento del rito sommario in quello ordinario, dal momento che la causa non richiede sostanzialmente il compimento di atti istruttori e, in particolare, l'assunzione di prove costituende (non richieste, come visto, da nessuna delle parti), se non (come si vedrà meglio più avanti) una richiesta di chiarimenti ad un consulente tecnico ed un'eventuale supplemento di CTU.

Sul punto, occorre un'ultima precisazione, ritenendosi, contrariamente ad alcune soluzioni adottate nella prassi giudiziaria, che la consulenza tecnica d'ufficio (ed a maggior ragione ciò vale per un'eventuale mera integrazione peritale) di per sé, non sia affatto incompatibile con il rito sommario (cfr. Trib. Brescia, 10 febbraio 2010 *Il Caso.it*, 2010).

2) Sulla questione di illegittimità costituzionale sollevata dalla convenuta A..

La questione di illegittimità costituzionale non può essere accolta.

In primo luogo deve evidenziarsi che la questione – così come prospettata dalla convenuta – non riguarda in realtà il contenuto della norma o la sua interpretazione, bensì il suo concreto utilizzo da parte degli odierni ricorrenti, oltre al fatto che non è diretta su una sola norma, ma sul combinato disposto di due articoli del codice di procedura civile (696bis e 702bis).

Il che, da un lato, rende la questione irrilevante (laddove l'eccezione si indirizza sull'art. 696bis c.p.c. che è norma non destinata a trovare giuridica applicazione nel caso in esame e ad incidere sulla decisione della causa) e, dall'altro lato, la fa apparire persino inammissibile, dal momento che l'illegittimità costituzionale di una norma può derivare soltanto dalla intrinseca contrarietà del suo contenuto precettivo rispetto alle norme o ai principi costituzionali, o, al più, dalla sua interpretazione (laddove sia cristallizzata nella giurisprudenza in modo tale da costituire "diritto vivente"), ma non già dall'utilizzo concreto (in ipotesi distorto) che una parte ne faccia, poiché questo è un elemento estrinseco alla regola legislativa che non può certo inficiarne la legittimità sostanziale.

La stessa nozione di abuso implica infatti il concetto di un uso "deviato" di strumenti di per sé leciti ed una simile situazione non può perciò trovare rimedio invalidando o

espungendo dall'ordinamento la norma che è stata strumentalizzata a fini illeciti, ma deve essere risolta sanzionando il comportamento scorretto.

È quindi evidente che, limitando l'analisi al contenuto della norma ed alle sue possibili interpretazioni, non è assolutamente condivisibile la soluzione paventata dalla difesa convenuta, secondo cui l'art. 702bis c.p.c. sarebbe in contrasto con l'art. 111 Cost. poiché consentirebbe al ricorrente di sottrarsi all'assolvimento dell'onere probatorio delle sue pretese, né può ravvisarsi alcun abuso dello strumento processuale, anche in combinato disposto con la consulenza tecnica preventiva.

Tale interpretazione non risulta avere alcun riscontro normativo negli artt. 702bis e seguenti c.p.c., né più in generale nella struttura e *ratio* del procedimento sommario, che non autorizzano in alcun modo a ritenere che il ricorrente sia esentato dal dimostrare i fatti costitutivi della propria domanda o che comunque possa darvi una prova meno rigorosa rispetto a quella richiesta in un normale processo di cognizione.

Chi scrive, infatti, ritiene di accedere alla tesi secondo cui tale procedimento è – come efficacemente detto da autorevole dottrina – a cognizione piena, ma ad istruttoria semplificata; la soluzione, sostenuta dalla migliore dottrina e già affermata dalla giurisprudenza (Trib. Varese, est. Buffone, 18.11.2009, cit. in *Corriere del Merito* e *Il Caso.it*; Tribunale Viterbo 12 luglio 2010, in *JurisData*), è desumibile da una serie di dati ed elementi

normativi, quali, in primo luogo, la idoneità del provvedimento finale ad acquistare efficacia di giudicato ex art. 2909 c.c. (v. art. 702*quater* c.p.c.). Tale caratteristica distingue nettamente il procedimento sommario *de quo* da altri riti apparentemente simili, come il procedimento cautelare ex artt. 669*bis* e ss. c.p.c. o il rito possessorio ex art. 703 c.p.c. nei quali il giudice può decidere in base ad una cognizione effettivamente sommaria, anche allo stato degli atti o in base ad un'istruttoria parziale, non necessitando nemmeno la prova piena dell'esistenza del diritto, ma potendo accogliere la domanda semplicemente ravvisando una sua probabile fondatezza (il c.d. *fumus boni iuris*); tale soluzione, nei due procedimenti speciali indicati, è però giustificata dall'urgenza di provvedere e dal fatto che il provvedimento adottato non assume carattere definitivo, ma è suscettibile di revoca o modifica (sia pur a determinate condizioni), ed è soprattutto passibile di subire un vaglio più meditato nell'ambito di un successivo procedimento di cognizione ordinaria. Poiché, invece, il rito sommario è destinato a chiudersi con un provvedimento idoneo al giudicato e si pone come strumento processuale alternativo al rito ordinario è evidente che al suo interno non possano trovare accesso scorciatoie o semplificazioni decisionali, che non troverebbero giustificazione in situazioni di urgenza (intese in senso tecnico-cautelare di *periculum in mora*) e non potrebbero essere

emendate da successivi riesami a cognizione piena (salvo il gravame in appello, che però ha finalità, struttura e limiti ben diversi dal giudizio di merito susseguente ad un cautelare).

E ci sembra che l'interpretazione qui sostenuta trovi una significativa conferma testuale nella formulazione dell'art. 702^{ter}, 5° comma, c.p.c., la cui portata può meglio essere colta ove confrontata con la pressoché identica formula dell'art. 669^{sexies} c.p.c., dettata appunto in materia di processo cautelare uniforme: mentre quest'ultima, infatti, stabilisce che il giudice compia gli «atti di istruzione **indispensabili** in relazione ai presupposti e ai fini del provvedimento richiesto», la prima parla, invece di «atti di istruzione **rilevanti** in relazione all'oggetto del provvedimento richiesto»; in questa formulazione, a mio avviso, si coglie molto bene il *proprium* del procedimento sommario di cognizione, la sua distinzione dai procedimenti cautelari o possessori (in cui la sommarietà investe anche la cognizione) e, in particolare, la sua natura di procedimento a cognizione piena, dal momento che la rilevanza è

esattamente lo stesso parametro utilizzato per l'ammissione delle prove nel rito ordinario (v. art. 183, 7° comma e vecchio art. 184 c.p.c.); in pratica, nel rito di cui agli artt. 702^{bis} e ss. c.p.c. la sommarietà non va intesa come superficialità o riduzione al minimo delle prove, bensì come omissione di formalità e di formule sacramentali e, quindi, di semplificazione e snellimento delle procedure.

Conseguenza di questa concezione è che, nel rito sommario opera con pienezza e senza alcuna limitazione il principio dell'onere probatorio ex art. 2697 c.c. e quindi, l'unico vantaggio che può ottenere l'attore rispetto al procedimento ordinario è quello di una maggiore speditezza della trattazione, ma non già un suo esonero dall'assolvimento di tale onere (oltre che di quello preventivo di allegazione).

Né può incidere su tali considerazioni il fatto che il presente giudizio sia stato preceduto da un procedimento ex art. 696^{bis} c.p.c. dei cui atti i ricorrenti chiedono l'acquisizione, poiché ciò non soltanto non determina alcuna modifica del contenuto normativo degli artt. 702^{bis} e ss. c.p.c. come sopra interpretati, ma non viola in alcun modo il principio del contraddittorio, né il diritto di difesa e non comporta l'esenzione dei ricorrenti dall'onere probatorio su di loro gravante. Si tratta, infatti, di un procedimento svolto secondo forme normativamente predeterminate, nel rispetto del contraddittorio e sotto il controllo del Presidente del Tribunale, da un soggetto nominato da quest'ultimo, con tutte le garanzie di terzietà ed imparzialità che ciò comporta.

Che poi i risultati della consulenza tecnica preventiva possano essere acquisiti nel successivo giudizio di merito, discende da esigenze di economia processuale (onde evitare che, in assenza di conciliazione, l'attività del CTU vada del tutto perduta, con inutile

dispendio di energie processuali) che, lungi dall'essere contrarie al dettato costituzionale, ne costituiscono invece piena attuazione, con riferimento al principio (pure sancito dall'art. 111 Cost.) di ragionevole durata del processo. Ed anzi, proprio l'utilizzabilità dei risultati della consulenza preventiva in un successivo giudizio di merito, confermano che si tratta di un mezzo con il quale i ricorrenti si sono voluti precostituire (in maniera del tutto lecita) una prova delle loro pretese, dimostrando perciò di voler assolvere e non già sottrarsi, all'onere probatorio su di essi gravante.

3) Sull'istanza di separazione delle domande.

Anche l'istanza di separazione non può essere accolta.

È evidente come le domande proposte dai cinque ricorrenti abbiano molti elementi in comune, che ne consentono il cumulo soggettivo ex art. 33 c.p.c. ed il litisconsorzio

(ovviamente facoltativo) ex art. 103 c.p.c.

Invero le domande degli attori hanno alla base i medesimi fatti storici (asserita dazione di denaro da parte loro ad uno stesso soggetto, che operava in qualità di promotore finanziario per conto della convenuta R., ora A.; distrazione ed appropriazione di dette somme da parte del promotore, senza utilizzarle per gli investimenti concordati) e la medesima *causa petendi* giuridica (responsabilità del promotore finanziario e responsabilità solidale della società di intermediazione) così come assolutamente omogenee sono le contestazioni in diritto svolte dalla convenuta (prescrizione, mancata prova delle dazioni di denaro e del danno, esclusione della responsabilità solidale della SIM per asserita intesa tra le parti, concorso di colpa dei danneggiati ex art. 1227 c.c.), salva qualche distinzione delle singole posizioni, in ordine soprattutto alla quantificazione delle somme asseritamente versate al T..

Pure omogenee sono le posizioni per quanto riguarda l'attività istruttoria da espletare e già espletata, posto che, come già visto, non sono state dedotte prove costituenti e che la consulenza preventiva è stata svolta unitariamente per tutte le posizioni.

Pertanto, posto che l'art. 103 c.p.c. consente la separazione dei giudizi solo su istanza concorde di tutte le parti (evidentemente assente nella specie) o nel caso in cui la riunione ritarderebbe o renderebbe più gravoso il processo, tale ipotesi non si verifica in questa sede, soprattutto alla luce del fatto, già rilevato, che la causa non richiede istruttoria e che l'unica attività probatoria può ben essere svolta unitariamente per tutte le posizioni degli attori; anzi, si ritiene che la separazione stessa comporterebbe un aggravio ed una ingiustificata quanto diseconomica moltiplicazione di attività processuale (si pensi alla necessità di dover convocare il CTU più volte sulle medesime questioni).

4) Sulla istanza di riunione del presente giudizio (limitatamente alla domanda del sig. T.) avanzata dal convenuto Fallimento T..

Anche quest'istanza non può trovare accoglimento, non solo per il diverso stato in cui si trovano i due procedimenti (l'azione revocatoria fallimentare è in fase di decisione, essendo già stata chiusa l'istruttoria), ma anche perché, da un punto di vista prettamente giuridico non si ravvisa alcuna connessione tra le due domande (tanto è vero che lo stesso fallimento, che in questa sede chiede la riunione dei giudizi, nell'altra azione si è opposto all'istanza di riunione e di sospensione per pregiudizialità ex art. 295 c.p.c. proprio sostenendo l'assenza di una connessione).

L'azione revocatoria, infatti, ha ad oggetto la dichiarazione di inefficacia di pagamenti eseguiti dal T. Luigi nei confronti di T. Francesco, tra giugno e luglio del 2002, per complessivi € 85.050,00, asseritamente senza titolo; costituendosi in quel giudizio, il T. si è limitato a contestare genericamente l'avversa pretesa, senza nulla addurre a giustificazione dei versamenti *de quibus* e senza nemmeno mai menzionare le vicende oggetto della presente causa. Pertanto non vi è alcuna connessione tra le *causae petendi* dei due giudizi, oltre ad essere del tutto diversi i *petita* (sia nel *quantum*, sia perché, mentre nella revocatoria fallimentare l'attrice ha chiesto ovviamente la condanna del convenuto alla restituzione delle somme, in questa sede il ricorrente, nei confronti del Fallimento Trufelli, ha svolto domanda di mero accertamento, così non rendendo ipotizzabile nemmeno una compensazione tra i due eventuali crediti); l'unico rapporto tra le due controversie è la (peraltro parziale) identità soggettiva delle parti che però, nella completa diversità oggettiva, non può di per sé sola giustificare un *simultaneus processus*.

5) Sull'attività istruttoria del presente procedimento.

Passando, quindi, alla verifica dell'attività istruttoria da espletare nel presente procedimento sommario, deve innanzi tutto – come già accennato – accogliere l'istanza dei ricorrenti di acquisire gli atti della CT preventiva, ipotesi espressamente prevista dal legislatore (art. 696*bis* quinto comma, c.p.c.) e rispondente, come già detto sopra, ad esigenze di economia processuale.

Si ritiene, poi, a fronte delle varie contestazioni mosse dalla convenuta A. alla relazione peritale (contestazioni che sono del tutto ammissibili in questa sede, non avendo avuto la convenuta altro spazio per proporle nell'ambito della procedura preventiva e dovendosi consentire di svolgere controdeduzioni ed eccezioni su un elemento istruttorio posto a

fondamento delle richieste dei ricorrenti), di dover convocare il CTU dr. Veneziani a rispondere a chiarimento sulle predette contestazioni ed osservazioni, al fine anche di verificare se si tratta di questioni esplicabili con una mera trattazione orale o se necessitano di un'integrazione di indagini e valutazioni peritali, ci riferiamo, in particolare, alle osservazioni contenute a pag. 32 della comparsa di costituzione e risposta A., nonché alle pagg. 26, 27, 29 e 30 (in relazione alle somme versate dai ricorrenti T. e Parenti). Onde consentire al consulente tecnico di partecipare all'udienza conoscendo le critiche a lui mosse, si dispone l'onere a carico della convenuta, di comunicare le proprie osservazioni al dr. Veneziani, entro un termine congruo anteriore alla prossima udienza.

P.Q.M.

non accoglie l'istanza di mutamento del rito ex art. 702ter c.p.c. e dispone procedersi

nelle forme del rito sommario;

rigetta l'eccezione di illegittimità costituzionale proposta dalla convenuta A. BANK s.p.a.;

non accoglie l'istanza di separazione delle domande attrici, né l'istanza di riunione del presente giudizio con quello pendente tra il FALLIMENTO T. LUIGI E T. Francesco (RG 1830/06);

dispone l'acquisizione del fascicolo del procedimento per consulenza tecnica preventiva ex art. 696bis c.p.c. iscritto al N.R.G. 3567/09 del Tribunale di Piacenza (giudice dr. TUCCI);

convoca il consulente tecnico dr. P.V. a rendere i chiarimenti di cui in motivazione, riservando all'esito la valutazione sulla necessità di un'eventuale supplemento o integrazione di CTU; invitando parte convenuta a trasmettere le proprie osservazioni, anche a mezzo fax al consulente entro il termine del 30 giugno 2011;

fissa per gli incumbenti indicati, l'udienza del **13 ottobre 2011, ore 9:30**.

Si comunichi alle parti ed al consulente convocato.

Così deciso in Piacenza, in data 26 maggio 2011.

Il Giudice

Dr. Mario Coderoni