

# IL CASO.it

## Svolgimento del processo

La S [REDACTED] s.p.a. conveniva, con atto notificato il 31.10.1986, davanti al tribunale di Verona la Banca Popolare [REDACTED] per sentirla condannare al pagamento di \$ 218.165,67 per alcune fatture relative a forniture di filo, che essa aveva eseguito nei confronti della società americana K [REDACTED]. Assumeva l'attrice che, per tale forniture, aveva emesso tratte consegnandole alla convenuta perché ne curasse l'incasso; che non aveva ottenuto il corrispettivo né la restituzione dei titoli; che aveva consegnato anche i documenti relativi ad una fattura per \$ 15589,56 sempre nei confronti della K [REDACTED], senza ottenerne il corrispettivo.

La Banca Popolare chiamava in garanzia la [REDACTED] Bank. Entrambi gli istituti declinavano ogni responsabilità: quello italiano a norma dell'art. 1717 c.c. e quello americano, perché la S [REDACTED] aveva definito ogni rapporto con la K [REDACTED] con la transazione del 20.12.1984.

Il tribunale con sentenza n. 2854/2001 rigettava la domanda.

La corte di appello di Venezia, adita dall'attore, affermava la giurisdizione del giudice italiano e rigettava l'appello.

Riteneva la corte territoriale che era passata in giudicato la statuizione del tribunale, secondo cui la Banca Popolare [REDACTED] non rispondeva neppure a titolo di colpa, a norma dell'art. 1717 c. 2, c.c., dell'operato della Banca americana, essendo stata indicata questa dalla stessa S [REDACTED]; che la convenuta non rispondeva neppure a norma degli artt. 1710-1713 c.c., poiché non

competeva alla Banca italiana provocare l'accettazione delle tratte negli USA né riscuotere le somme né rendere gli insoluti, né provvedere all'incasso della somma di \$ 15589,56, relativa ad una fattura, incombando tali attività sulla Banca americana.

In ogni caso, secondo la corte territoriale, per il rigetto della domanda era decisiva la transazione avvenuta il 20.12.1984, tra la K [REDACTED] americana e l'attrice, poiché essa (contrariamente a quanto sostenuto dall'appellante) investiva tutti i rapporti tra le parti, ivi compresi quelli per cui è causa, e poiché per effetto di tale transazione la S [REDACTED] accettava \$ 75.000,00. Riteneva la corte territoriale che la mancata riconsegna delle tratte insolute e dei documenti non aveva conseguentemente provocato alcun danno all'attrice, poiché non utilizzabili nei confronti della società americana, essendo stati tutti i rapporti definiti transattivamente; che la S [REDACTED], dopo aver estinto il credito nei confronti della K [REDACTED] con la transazione, non poteva pretendere che un terzo (la banca), si attivasse nei confronti del debitore originario per il pagamento di un'obbligazione, ormai estinta.

### **IL CASO.it**

Avverso questa sentenza ha proposto ricorso per cassazione la s.p.a. S [REDACTED].

Resistono con rispettivi controricorsi la Banca Popolare [REDACTED] e la [REDACTED] Bank [REDACTED].

Quest'ultima ha proposto ricorso incidentale.

Tutte le parti hanno presentato memorie.

Motivi della decisione



1. Preliminarmente vanno riuniti i ricorsi, a norma dell'art. 335 c.p.c..

## **IL CASO.it**

Con il primo motivo di ricorso la ricorrente principale lamenta la violazione e falsa applicazione degli artt. 1710 e 1856 c.c..

Assume la ricorrente che la Banca Popolare [REDACTED] avrebbe dovuto incassare dalla società americana le tratte accettate, che essa banca aveva provveduto a scontare all'attrice; che tale Banca italiana, invece, non aveva provveduto ad adempiere al proprio mandato; che essa rispondeva, in ogni caso dell'opera della sua sostituta americana (pag. 16 del ricorso); che essa convenuta, quale mandataria, aveva l'obbligo di fornire tempestive informazioni alla mandante, per evitare che fossero compromessi gli interessi di quest'ultima.

2.1. Il motivo è inammissibile sotto vari profili.

Esso è inammissibile nella parte in cui introduce in questa sede di legittimità la questione relativa allo sconto bancario e alla presunta violazione delle norme che regolano tale rapporto.

Trattasi, infatti, di questione nuova, non risultando dalla sentenza impugnata che essa fosse stata prospettata al giudice di merito.

## **IL CASO.it**

Infatti è giurisprudenza pacifica di questa Corte che i motivi del ricorso per Cassazione devono investire, a pena di inammissibilità, questioni che siano già comprese nel tema del decidere del giudizio di appello, non essendo prospettabili per la prima volta in Cassazione questioni nuove o nuovi temi di contestazione non

*g* 6

trattati nella fase del merito e non rilevabili di ufficio (Cass. n. 6989/2004; Cass. n. 5561/2004; Cass. n. 1915/2004). **IL CASO.it**

2.2. Ove la questione attinente al rapporto di sconto fosse stata, invece, effettivamente prospettata nella fase di merito, non risultando ciò dalla sentenza impugnata, la ricorrente avrebbe dovuto indicare in quali termini ed in quale fase ed atto processuale la questione stessa era stata avanzata, al fine di soddisfare il requisito della specificità del motivo di censura, sotto il profilo dell'autosufficienza.

Poiché tanto non risulta, in ogni caso il motivo di censura sotto questo profilo è inammissibile.

2.3. Egualmente è inammissibile la censura avverso la ritenuta responsabilità della Banca popolare ██████████ per l'attività della sua sostituta americana.

La corte di appello ha infatti rilevato che il tribunale aveva escluso detta responsabilità, in quanto la submandataria Banca americana era stata scelta direttamente dalla società mandante; che il tribunale aveva ritenuto che non sussistesse violazione dell'art. 1717 c.c. e che non sussistesse alcuna ipotesi di responsabilità della Banca italiana per l'operato della Banca americana.

Riteneva la corte di appello che tale punto non fosse stato oggetto di censura e che, per l'effetto, si era su di esso formato il giudicato. **IL CASO.it**

La ricorrente non censura la sentenza impugnata per aver ritenuto formato il giudicato nei termini predetti.



Ne consegue che questa parte del motivo è inammissibile, perché inconferente con il *decisum*. Infatti ~~la~~ ~~censura~~ ~~prive~~ di specifiche attinenze al "*decisum*" della sentenza impugnata è assimilabile alla mancata enunciazione dei motivi richiesti dall'art. 366 numero 4 cod. proc. civ., con conseguente inammissibilità del ricorso, rilevabile anche d'ufficio ( *ex multis*, Cass. 07/11/2005, n.21490 ;Cass. 24/02/2004, n.3612; Cass. 23/05/2001, n.7046).

### **IL CASO.it**

2.4. Inammissibile è anche il motivo nella parte in cui lamenta la violazione dell'art. 1710 c.c., ~~limitandosi ad~~ assumere che il mandatario deve adempiere al mandato con diligenza e tenere informato il mandante delle circostanze sopravvenute.

La ricorrente si ~~limita ad~~ enunciazioni di principio ed a riportare massime di questa Corte, ma non indica quale sia l'errata *regula iuris* applicata dalla corte di merito, in contrasto con quella proposta.

### **IL CASO.it**

Infatti è inammissibile il motivo di ricorso per cassazione con il quale la parte, pur denunciando «in relazione all'articolo 360, n. 3, del c.p.c.», «violazione e falsa applicazione» di norme di legge, puntualmente indicate, ometta sia di indicare quale sia stata la interpretazione data dal giudice a quo alle dette disposizioni e i motivi per cui la stessa non possa essere accettata, sia quale è la «corretta» interpretazione di tali norme, limitandosi a dolersi che l'esito della lite sia stato sfavorevole alle proprie aspettative, per essere state le risultanze di causa valutate in modo difforme dalla sua,



soggettiva, interpretazione di quelle stesse risultanze, atteso che una siffatta denuncia esula totalmente dalla previsione di cui all'articolo 360, n. 3, del codice di procedura civile (Cass. 25/02/2004, n.3803).

### **IL CASO.it**

3. Con il secondo motivo di ricorso la ricorrente lamenta la violazione e falsa applicazione degli artt. 1965 e segg. c.c., ai sensi dell'art. 360 n. 3 c.p.c..

Assume la ricorrente che è errata la sentenza impugnata nella parte in cui ritiene che la transazione intervenuta tra essa attrice e la K [REDACTED] investisse tutti i rapporti (anche quelli in causa) e non solo la vendita in esclusiva delle macchine S [REDACTED].

4.1. Il motivo è inammissibile.

La parte che denunzi in cassazione l'erronea determinazione della volontà negoziale effettuata dal giudice di merito è tenuta ad indicare e dimostrare quali canoni o criteri interpretativi siano stati violati, non potendo limitarsi a richiamare genericamente le norme che ritiene siano state disapplicate o erroneamente applicate.

Nella fattispecie la ricorrente non indica quali canoni ermeneutici siano stati violati dal giudice di merito nell'individuazione del contenuto della transazione.

### **IL CASO.it**

4.2. In mancanza della censura di violazione dei canoni ermeneutici, l'individuazione della volontà negoziale - che avendo ad oggetto una realtà fenomenica ed oggettiva, si risolve in un accertamento di fatto, istituzionalmente riservato al giudice di merito - è

9

censurabile non già quando le ragioni addotte a sostegno sono diverse da quelle della parte, bensì allorchè esse sono insufficienti o inficiate da contraddittorietà logica o giuridica (Cass. 28.8.2001, n. 11289; Cass. 25.2.1998, n. 3142). **IL CASO.it**

Senonchè nella fattispecie la ricorrente non censura l'impugnata sentenza per vizio motivazionale relativamente all'interpretazione della transazione.

4.3. In ogni caso la ricorrente in violazione del principio di autosufficienza non riporta nel ricorso il contenuto dell'atto transattivo, che sarebbe stato erroneamente interpretato dalla sentenza di appello, al fine di consentire alla Corte di effettuare il richiesto controllo, che deve essere consentito sulla base delle deduzioni contenute nel medesimo ricorso, alle cui lacune non è possibile sopperire con indagini integrative, non avendo la S.C. accesso agli atti del giudizio di merito (Cass. 31/05/2006, n.12984; Cass. 19/05/2005, n.10598).

5. Con il terzo motivo di ricorso la ricorrente lamenta la violazione e falsa applicazione degli artt. 91 e segg. c.p.c., ai sensi dell'art. 360 n. 3 c.p.c.. Assume la ricorrente che illegittimamente è stata condannata al pagamento delle spese della Banca americana, chiamata in causa dalla convenuta e non da lei.

**IL CASO.it**

6. Il motivo è infondato.

Attesa la lata accezione con cui il termine "soccombenza" è assunto nell'art. 91 cod. proc. civ., il rimborso delle spese processuali sostenute dal terzo chiamato in garanzia dal convenuto deve essere posto a carico dell'attore, ove la chiamata in causa si sia resa

 10

necessaria in relazione alle tesi sostenute dall'attore stesso e queste siano risultate infondate, a nulla rilevando che l'attore non abbia proposto nei confronti del terzo alcuna domanda, mentre il rimborso rimane a carico della parte che abbia chiamato o abbia fatto chiamare in causa il terzo qualora l'iniziativa del chiamante si riveli palesemente arbitraria (Cass. 10/06/2005, n.12301; Cass. 12/10/2006, n.21933).

### **IL CASO.it**

Nella fattispecie non è stato rilevato dai giudici di merito (né è stato dedotto dalle parti) che la chiamata in causa della Banca americana da parte della convenuta sia stata iniziativa arbitraria o infondata.

7. Con l'unico motivo del ricorso incidentale la ricorrente [REDACTED] Bank [REDACTED] lamenta la violazione e falsa applicazione dell'art. 4 c.p.c., nel testo previgente, ai sensi dell'art. 360 n. 3 c.p.c..

### **IL CASO.it**

Assume la ricorrente incidentale che erroneamente la sentenza impugnata ha affermato la giurisdizione del giudice italiano, mentre andava affermata la giurisdizione del giudice statunitense.

8.1. Le S.U. di questa Corte, nel comporre un contrasto, hanno statuito che qualora la parte, interamente vittoriosa nel merito, abbia proposto ricorso incidentale avverso una statuizione a lei sfavorevole, relativa ad una questione pregiudiziale di rito o preliminare di merito, rilevabile d'ufficio, la Corte di cassazione deve esaminare e decidere con priorità tale ricorso, senza tenere conto della sua subordinazione all'accoglimento del ricorso principale, dal momento che l'interesse al ricorso sorge per il

 11

fatto stesso che la vittoria conseguita sul merito è resa incerta dalla proposizione del ricorso principale e non dalla sua eventuale fondatezza e che le regole processuali sull'ordine logico delle questioni da definire - applicabili anche al giudizio di legittimità (art. 141, comma 1, disp. att. c.p.c.) - non subiscono deroghe su sollecitazione delle parti (Cass. Sez. Unite, 23/05/2001, n.212; 213, 214; S.U. 10.7.2006, n. 15612).

Il ragionamento seguito dalla Cassazione può essere così schematizzato:

### **IL CASO.it**

1) l'impugnazione di una questione pregiudiziale di rito o preliminare di merito rilevabile d'ufficio, su cui vi è stata statuizione, restituisce al giudice di gravame il potere di decidere sulla questione stessa;

2) poiché il giudizio di cassazione non verte su domande o su eccezioni ma solo su questioni, la sussistenza dei requisiti di legittimazione all'impugnazione va valutata tenendo conto della peculiarità di questo giudizio e, pertanto, tenendo in considerazione l'esito specifico delle questioni in esso dibattute: se tali questioni sono state rigettate, pertanto, è già integrato il requisito dell'interesse ad impugnare;

3) l'interesse ad impugnare non nasce quindi dalla probabile fondatezza del ricorso principale ma dalla semplice soluzione sfavorevole di tali questioni;

### **IL CASO.it**

4) una volta che il giudice sia stato investito della soluzione di tali questioni deve rispettarne l'ordine logico nella decisione.

 12

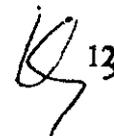
Questo orientamento è stata oggetto di critiche dottrinali e la giurisprudenza successiva delle Sezioni semplici è rimasta oscillante.

**IL CASO.it**

A fronte di sentenze che hanno seguito tale orientamento (tra le altre: Cass. 23/04/2007, n. 9598 ; Cass. 03/04/2007, n. 8293 ; Cass. 19/05/2003, n. 7762 ; Cass. 01/03/2007, n. 4795 ; Cass. 10/9/2007, n. 18989), ve ne sono state numerose altre che hanno seguito il diverso orientamento per cui l'esame del ricorso incidentale condizionato proposto dalla parte interamente vittoriosa su questioni pregiudiziali decise in senso ad essa sfavorevole nella precedente fase di merito deve essere effettuato solamente se il ricorso principale sia stato giudicato fondato dalla Corte di Cassazione; in caso contrario, infatti, il ricorrente incidentale manca di interesse alla pronuncia sulla propria impugnazione, il cui eventuale accoglimento non potrebbe procurargli un risultato più favorevole di quello derivante dal rigetto del ricorso principale (tra le altre: Cass. 21/01/2008, n.1161; Cass. 26/01/2006, n. 1690; Cass. 06/08/2004, n. 15161 ; Cass. 16/05/2003, n. 7637).

**IL CASO.it**

8.2. Queste S.U. con sentenza del 31/10/2007 n. 23019 hanno ritenuto che il ricorso incidentale proposto dalla parte totalmente vittoriosa nel giudizio di merito che investa questioni pregiudiziali di rito (nella fattispecie sulla giurisdizione) o preliminari di merito ha natura di ricorso condizionato, indipendentemente da ogni espressa indicazione di parte, ma dev'essere esaminato con priorità solo se le questioni

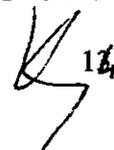
 13

pregiudiziali di rito o preliminari di merito rilevabili d'ufficio non siano state esaminate nel giudizio di merito, poiché quando - come nella specie - le questioni siano state affrontate e decise dal giudice di merito esse cessano di essere rilevabili d'ufficio.

Lo stesso principio è stato affermato da S.U. con sentenza n. 26018 del 30.10.2008, con riguardo ad ogni ipotesi di questione pregiudiziale di rito( e quindi anche attinente alla giurisdizione) sollevata con ricorso incidentale condizionato. **IL CASO.it**

Con successiva sentenza n. 29349 del 16.12.2008, queste S.U. hanno in buona sostanza preso atto dell'abbandono dell'orientamento fissato da Cass. S.U. n. 212/2001 e della prevalenza dell'orientamento secondo cui l'esame del ricorso incidentale condizionato, proposto dalla parte totalmente vittoriosa nel merito su questioni pregiudiziali decise in senso ad essa sfavorevole, deve essere effettuato solamente se il ricorso principale sia stato giudicato fondato dalla corte di cassazione, in caso contrario non sussistendo l'interesse del ricorrente incidentale alla pronunzia sulla propria impugnazione. **IL CASO.it**

Tale sentenza, però, ha altresì condiviso l'orientamento maggioritario, già antecedente alla pronunzia n. 212/2001, secondo cui allorchè era prospettata una questione sulla giurisdizione con ricorso incidentale condizionato, essa doveva essere esaminata in via prioritaria dalle Sezioni Unite, poiché la contestazione del potere decisorio del giudice, in quanto carente di giurisdizione, non può essere condizionata al risultato della controversia, dato che la valutazione del merito postula pur sempre l'esercizio dello

 14

stesso potere decisorio che viene contestato con il ricorso  
incidentale.

### **IL CASO.it**

8.3. Sulla base di questi tre recenti arresti delle S.U., può ritenersi ormai consolidato (a parte il caso in cui sia in questione la giurisdizione) il principio secondo cui l'esame del ricorso incidentale condizionato proposto dalla parte interamente vittoriosa su questioni pregiudiziali o preliminari di merito decise in senso ad essa sfavorevole nella precedente fase di merito deve essere effettuato solamente se il ricorso principale sia stato giudicato fondato dalla Corte di Cassazione.

8.4. Il contrario precedente orientamento giurisprudenziale (Cass. S.U. 23.5.2001, n. 212) adottava - quale criterio per escludere sempre l'ammissibilità del condizionamento dell'impugnazione incidentale - la rilevabilità di ufficio della questione pregiudiziale di rito, ma così operando trascurava di rilevare il fatto che quella distinzione perde peso allorchè la questione "eccepibile" sia stata eccepita davanti al giudice di merito e quella "rilevabile" sia stata rilevata.

### **IL CASO.it**

Ne consegue che, allorchè la questione pregiudiziale o preliminare sia stata decisa dal giudice di appello, l'riesame della questione da parte della Corte di cassazione postula la proposizione di un'impugnazione, che è ammissibile in presenza di un interesse della parte, interesse che, per la parte totalmente vittoriosa sorge solo nell'ipotesi della fondatezza del ricorso principale.

In caso contrario, infatti, il ricorrente incidentale manca di interesse alla pronuncia sulla propria impugnazione poiché il suo

 15

eventuale accoglimento non potrebbe procurargli un risultato più favorevole in concreto di quello derivante dal rigetto del ricorso principale (Cass. 6 agosto 2004, n. 15161; 26 gennaio 2006, n. 1690) e, anzi, comporterebbe il rischio del riesame della pronuncia favorevole ad opera del diverso giudice con esito incerto per il ricorrente (conf. Cass. 21.1.2008, n. 1161).

**IL CASO.it**

8.5. Quanto al punto secondo cui sussisterebbe in ogni caso la soccombenza sulla questione oggetto del ricorso incidentale, va osservato che la soccombenza c.d. formale (che legittima all'impugnazione) è il rigetto della domanda o di parte di essa e non soltanto la sfavorevole soluzione di <sup>una</sup> questione, secondo la dottrina classica.

In ogni caso, ove anche voglia ritenersi con la più moderna dottrina che soccombenza ed interesse all'impugnazione siano oggi espressioni che denotano distinti fenomeni, e che quindi anche la sfavorevole soluzione di questioni dia origine ad una vera e propria soccombenza (per quanto teorica), va osservato che manca l'interesse ad impugnare per la parte che abbia egualmente conseguito il successo sulla domanda.

Detto interesse diventa attuale (o, come è stato anche detto, sopravvenuto), solo con l'accoglimento del ricorso principale.

A seguito di tale accoglimento si perfeziona la fattispecie relativa alla legittimazione ad impugnare da parte del ricorrente incidentale, fattispecie composta dalla soccombenza e dall'interesse all'impugnazione.

**IL CASO.it**

*K<sub>16</sub>*

8.6. Quanto al principio secondo cui l'ordine logico delle questioni da esaminare è rimesso al giudice, ciò vale solo per il primo grado.

### **IL CASO.it**

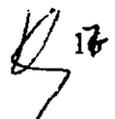
Quando, invece, la decisione su una questione vi è stata, il riesame della stessa da parte del giudice dell'impugnazione è rimesso necessariamente all'impulso di parte, per il principio devolutivo che regge il sistema delle impugnazioni. Se tale impulso di parte è condizionato all'accoglimento dell'impugnazione avversaria e quindi al sopravvenire della soccombenza anche formale e dell'interesse all'impugnazione, in questi termini va valutato dal giudice il mezzo impugnatorio proposto.

8.7. Inoltre è stato esattamente osservato che proprio l'ordine logico delle questioni da esaminare impone anzitutto l'esame del ricorso principale. Il ricorso della parte totalmente vittoriosa è condizionato *de jure*, perché solo a seguito dell'accertamento della fondatezza del ricorso principale si può dire che sia sorto l'interesse alla proposizione del ricorso incidentale.

Ciò comporta un triplice ordine di fatti costitutivi della legittimazione ad impugnare del resistente vittorioso: a) la soluzione sfavorevole di una questione pregiudiziale o preliminare; b) la proposizione di un ricorso principale da parte del soccombente nel merito; c) la fondatezza di quest'ultimo ricorso.

### **IL CASO.it**

Proprio il previo esame del ricorso principale fa sì che il cosiddetto ordine logico della pregiudizialità sia rispettato in uno dei suoi profili più pregnanti in materia di impugnazioni,

 17

vale a dire nel divieto rivolto al giudice di esaminare il merito del gravame, prima di aver acclarato l'esistenza di tutti i relativi presupposti di ammissibilità, ivi compresa, appunto, la legittimazione ad impugnare, sotto il profilo dell'interesse.

9.1. Rimane il problema se quanto affermato in tema di ricorso incidentale condizionato proposto dalla parte totalmente vittoriosa relativo a questioni preliminari di merito e questioni pregiudiziali ( e cioè che esso possa essere esaminato solo a seguito dell'accoglimento del ricorso principale) operi anche nel caso in cui la questione pregiudiziale di rito attenga alla giurisdizione. Come si è visto, sul punto è stato ritenuto inoperante il condizionamento poiché la contestazione del potere decisorio del giudice in quanto carente di giurisdizione non può essere condizionata al risultato della controversia, che presuppone l'esercizio dello stesso potere decisorio che viene contestato con il ricorso incidentale.

### **IL CASO.it**

Il fondamento di tale principio fu affermato già da S .U. 20 gennaio 1996 n. 444 e quindi ripetuto negli stessi termini successivamente.

9.2. Sennonchè nell'ultimo biennio il concetto stesso di giurisdizione è stato oggetto di profonda revisione da parte della Corte Costituzionale e dalle S.U. di questa Corte con decisioni che ne hanno modificato lo statuto processuale ed il significato. Ed è con il risultato di tale operazione evolutiva che va posta in armonia la disciplina del ricorso incidentale condizionato

 18

della parte totalmente vittoriosa, anche se relativo ad una questione di giurisdizione.

### **IL CASO.it**

Anzitutto la Corte Costituzionale con sentenza del 12.3.2007, n. 77 ha affermato che "Il principio della incomunicabilità dei giudici appartenenti ad ordini diversi - comprensibile in altri momenti storici quale retaggio della concezione cosiddetta patrimoniale del potere giurisdizionale e quale frutto della progressiva vanificazione dell'aspirazione del neo-costituito Stato unitario (legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo) all'unità della giurisdizione, determinata dall'emergere di organi che si conquistavano competenze giurisdizionali - è certamente incompatibile, nel momento attuale, con fondamentali valori costituzionali.

### **IL CASO.it**

Se è vero, infatti, che la Carta costituzionale ha recepito, quanto alla pluralità dei giudici, la situazione all'epoca esistente, è anche vero che la medesima Carta ha, fin dalle origini, assegnato con l'art. 24 (ribadendolo con l'art. 111) all'intero sistema giurisdizionale la funzione di assicurare la tutela, attraverso il giudizio, dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi.

Questa essendo la essenziale ragion d'essere dei giudici, ordinari e speciali, la loro pluralità non può risolversi in una minore effettività, o addirittura in una vanificazione della tutela giurisdizionale: ciò che indubbiamente avviene quando la disciplina dei loro rapporti - per giunta innervantesi su un riparto delle loro competenze complesso ed articolato - è tale per cui l'erronea individuazione del giudice munito di giurisdizione (o l'errore del

9 18

giudice in tema di giurisdizione) può risolversi in un pregiudizio irreparabile della possibilità stessa di un esame nel merito della domanda di tutela giurisdizionale.

### **IL CASO.it**

Una disciplina siffatta, in quanto potenzialmente lesiva del diritto alla tutela giurisdizionale e comunque tale da incidere sulla sua effettività, è incompatibile con un principio fondamentale dell'ordinamento, il quale riconosce bensì la esistenza di una pluralità di giudici, ma la riconosce affinché venga assicurata, sulla base di distinte competenze, una più adeguata risposta alla domanda di giustizia, e non già affinché sia compromessa la possibilità stessa che a tale domanda venga data risposta.

Al principio per cui le disposizioni processuali non sono fine a se stesse, ma funzionali alla miglior qualità della decisione di merito, si ispira pressoché costantemente - nel regolare questioni di rito - il vigente codice di procedura civile, ed in particolare vi si ispira la disciplina che all'individuazione del giudice competente - volta ad assicurare, da un lato, il rispetto della garanzia costituzionale del giudice naturale e, dall'altro lato, l'idoneità (nella valutazione del legislatore) a rendere la migliore decisione di merito - non sacrifica il diritto delle parti ad ottenere una risposta, affermativa o negativa, in ordine al "bene della vita" oggetto della loro contesa.

### **IL CASO.it**

Al medesimo principio gli artt. 24 e 111 Cost. impongono che si ispiri la disciplina dei rapporti tra giudici appartenenti ad ordini diversi allorché una causa, instaurata presso un giudice,



debba essere decisa, a seguito di declinatoria della giurisdizione, da altro giudice."

### **IL CASO.it**

9.3.A questo processo evolutivo della giurisdizione contribuisce Cass. S.U. 9.10.2008, n. 24883, (sul giudicato implicito in tema di giurisdizione) che ha affermato che sulla giurisdizione può formarsi il giudicato implicito tutte le volte che la causa sia stata decisa nel merito, con la conseguenza che le sentenze di appello sono impugnabili per difetto di giurisdizione fino a quando sul punto non si sia formato il giudicato implicito o esplicito, operando la relativa preclusione anche per il giudice di legittimità.

Dalle sentenze Corte cost. n. 77/2007; S.U. 22.2.2007, n. 4109 (sulla translatio iudicii) e S.U. n. 24883/2008, tutte fondate sul principio dell'unità della giurisdizione ai fini del servizio giustizia per la collettività e su quello della ragionevole durata del processo, deriva l'erosione del principio della rilevanza di ufficio della giurisdizione con un avvicinamento ad un regime di rilevazione del tipo di quello della competenza, basato sulla volontà della parte di mantenere la questione viva, dando rilievo preclusivo a fenomeni di acquiescenza tacita, che precedentemente non avevano alcuna rilevanza. La questione di giurisdizione assume lo stato di ogni altro vizio della sentenza, che si converte in motivo di impugnazione.

### **IL CASO.it**

9.4. In questo quadro armonicamente si inserisce anche Cass. S.U. 23.12.2008, n. 30254 la quale ha affermato che è soggetta a cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione la decisione del

 24

GA che nega la tutela risarcitoria degli interessi legittimi sul presupposto che l'illegittimità degli atti debba essere stata precedentemente richiesta in sede di annullamento. La sentenza dà conto dell'evoluzione del concetto di giurisdizione, fondata su varie ragioni, tra cui il principio di unità funzionale della giurisdizione nell'interpretazione del sistema ad opera della giurisprudenza e della dottrina. La sentenza rileva che nel tessuto della Costituzione non è oggi possibile dubitare che per giurisdizione deve essere inteso non in sé il potere di conoscere di date controversie, attribuito per una specifica parte a ciascuno dei diversi ordini dei giudici di cui l'ordinamento è dotato, ma quel potere che la legge assegna e che è conforme a Costituzione che sia assegnato ai giudici perchè risulti attuata nel giudizio l'effettività dello stesso ordinamento. Il principio dell'effettività della tutela ha poi, come corollario, la regola di conservazione degli effetti prodotti sul piano processuale e sostanziale dalla domanda di giustizia.

### **IL CASO.it**

9.5. Segnatamente il principio, che si desume dalla sentenza della Corte costituzionale e da questo blocco di sentenze delle S.U. in tema di giurisdizione, è la prevalenza, ai fini del servizio giustizia, che l'autorità giudiziaria, vista nel suo complesso, dia risposta di merito alla domanda di giustizia. Ciò comporta che, quando la giurisdizione è stata affermata e la decisione di merito è stata emessa, la prevalenza dell'interesse alla decisione di merito, comporta che non possa farsi piu' questione sulla

giurisdizione se non dalla parte soccombente e che abbia interesse concreto all'impugnazione.

## **IL CASO.it**

Ciò comporta che, in sede di impugnazione nel giudizio davanti all'AGO o a giudici speciali diversi dal giudice amministrativo o contabile, se la parte soccombente nel merito non propone o ripropone la questione di giurisdizione, con i mezzi appropriati secondo il regime di impugnabilità della sentenza, il giudice non possa esaminarla; che, se la parte soccombente nel merito non la rileva, il giudice non possa esaminarla; se la parte vittoriosa, ma soccombente solo sulla questione della giurisdizione la solleva, il giudice potrà esaminarla solo quando per effetto dello sviluppo della sua decisione, tale parte già vittoriosa nel merito diventi soccombente nel merito.

In altri termini il giudice non ha più la piena disponibilità della questione della giurisdizione se non in primo grado ( a tal fine bisogna infatti tener conto dei principi in tema di giudicato implicito affermati da Cass. S.U. n. 24883/2008). Successivamente, egli può intervenire sulla questione solo se la parte soccombente sul punto glielo richiede, in presenza di un interesse processuale a tale richiesta( e quindi se trattasi della parte vittoriosa, allorché questa è divenuta soccombente per l'accoglimento dell'impugnazione di controparte); altrimenti egli "subisce" la giurisdizione implicitamente affermata nella statuizione di merito.

9.6. Tale principio è ancora più evidente in tema di giurisdizione internazionale, nella quale, salvo i casi di competenza esclusiva, vige il principio della disponibilità della questione di

923

giurisdizione, perché essa si intende accettata se il convenuto si costituisce senza sollevare eccezioni sul punto (art. 4 l. n. 218/1995; art. 24 Regolamento CE n. 44 del 2001; art. 18 convenzione di Bruxelles 27.9.1968). E' solo nel diritto comunitario, e di riflesso in quello nazionale, a residuare per il principio di giurisdizione come espressione della sovranità statale, uno spazio incompressibile anche dal giudicato ed è lo spazio coperto dall'eventuale competenza esclusiva. Al di fuori di questa ipotesi residuale, prevale la regola della disponibilità della giurisdizione da parte del convenuto.

### **IL CASO.it**

9.7. La soluzione della questione, adottata dalle sentenze delle S.U. n.23019/2007 e n. 26018/2008, rispetta il principio della ragionevole durata del processo, di cui all'art. 111 Cost.. Tale principio, per quanto rivolto al legislatore, ben può fungere da parametro di costituzionalità, con riguardo a quelle norme processuali, le quali prevedano rallentamenti o inutili passaggi di atti da un organo ad un altro rispetto al fine primario del processo che consiste nella realizzazione del "diritto delle parti" ad ottenere una risposta affermativa o negativa in ordine al bene della vita oggetto della loro contesa" (Corte Cost. n. 77/2007; nella dottrina anglosassone, vige il principio che *justice is justice on the merits*). E' vero che il principio della ragionevole durata del processo deve essere contemperato con l'esigenza di tutela di altri diritti costituzionalmente garantiti rilevanti nel processo. In particolare va rilevato che il principio costituzionale del giudice naturale non è inficiato da norme

24

processuali, che mentre assicurano alla parte convenuta il potere di richiederne l'osservanza, non lo onerano a farlo, contemporaneamente va garantito il diritto della parte ad una valida decisione di merito in tempi ragionevoli (Cass. n. 24833/2008).

### **IL CASO.it**

9.8.A fronte del ricorso di una parte che non contesta la decisione sulla giurisdizione, ma solo sul merito ( e quindi chiede esclusivamente una decisione sullo stesso) ed a fronte della posizione del ricorrente incidentale, che chiede anzitutto che sia mantenuta ferma la decisione sul merito e, solo in caso negativo, sia rivisitata la decisione sulla giurisdizione, il decidere preliminarmente la questione di giurisdizione può comportare un irragionevole allungamento dei tempi processuali per giungere ad una decisione di merito. Infatti, mentre l'infondatezza dichiarata del ricorso principale esaminato per primo significa chiudere il processo con un definitivo provvedimento di tutela nel merito, la fondatezza dichiarata del ricorso incidentale esaminato per primo significa obbligare la parte interessata a ricominciare il processo da capo davanti ad altro giudice per ottenere presumibilmente il medesimo risultato finale, che per lui già era soddisfacente.

A tal fine va osservato che l'ordinamento si va evolvendo verso una parificazione dei poteri di accertamento e di statuizione dei vari giudici.

### **IL CASO.it**

10.1.A sostegno dell'operatività del condizionamento del ricorso incidentale sulla questione di giurisdizione, proposto dalla parte

9/25

totalmente vittoriosa nel merito, milita anche la modifica apportata all'art. 360 c.p.c. dal d. lgs. 2.2.2006, n. 40. Il terzo comma di tale articolo statuisce, infatti, che "non sono immediatamente impugnabili con ricorso per cassazione le sentenze che decidono di questioni insorte senza definire neppure parzialmente il giudizio. Il ricorso per cassazione avverso tali sentenze può essere proposto, senza necessità di riserva, allorchè sia impugnata la sentenza che definisce, anche parzialmente, il giudizio".

### **IL CASO.it**

Ne consegue che la sentenza che statuisca solo sulla giurisdizione, affermandola, non è immediatamente ricorribile per cassazione dalla parte soccombente sul punto; lo diventa solo a seguito di altra sentenza che definisca, almeno parzialmente, il giudizio e che sia oggetto di impugnazione dalla parte soccombente. Ciò comporta che, nel caso in cui la parte soccombente sulla giurisdizione sia diversa da quella soccombente sul merito, la statuizione affermativa della giurisdizione è veicolata davanti alla Corte dalla presenza di due ricorsi: il primo è quello della parte soccombente nel merito che permette alla parte vittoriosa nel merito, ma soccombente sulla giurisdizione, di proporre con proprio ricorso incidentale la predetta questione pregiudiziale.

Senonchè, proprio perché è stata esclusa la possibilità di impugnare autonomamente la statuizione affermativa di giurisdizione ( e come tale non definente il giudizio), se il ricorso attinente al merito viene rinunciato o viene dichiarato improcedibile, egualmente non può passarsi all'esame del ricorso incidentale

25  
7

avverso la decisione sulla giurisdizione, mentre la sorte del ricorso avverso la decisione sul merito della controversia non dovrebbe avere rilevanza, ai fini della decisione del ricorso incidentale sulla giurisdizione, se si opinasse secondo il contrario orientamento che vede come prioritaria la decisione di quest'ultimo.

### **IL CASO.it**

10.2. Il principio, di cui alla statuizione di queste S.U. n. 23019/2007, va quindi sostanzialmente condiviso; esso va solo coordinato con quello affermato di recente sempre da queste S.U. con sentenza n. 24883 del 9.10.2008, in tema di decisione implicita sulla giurisdizione, tutte le volte che la causa sia stata decisa nel merito, (per la non estensibilità del predetto principio della decisione implicita, in conseguenza della decisione nel merito, ad altre ipotesi di questioni pregiudiziali, v. S.U. n. 26019/2008).

10.3. In definitiva, quindi va affermato il seguente principio di diritto: "Il ricorso incidentale proposto dalla parte totalmente vittoriosa nel giudizio di merito, che investa questioni pregiudiziali di rito, ivi comprese quelle attinenti alla giurisdizione, o preliminari di merito, ha natura di ricorso condizionato, indipendentemente da ogni espressa indicazione di parte, e deve essere esaminato con priorità solo se le questioni pregiudiziali di rito o preliminari di merito, rilevabili di ufficio, non siano state oggetto di decisione esplicita o implicita (ove quest'ultima sia possibile) da parte del giudice di merito. Qualora, invece sia intervenuta detta decisione, tale ricorso incidentale va esaminato dalla Corte di cassazione, solo in

24

presenza dell'attualità dell'interesse, sussistente unicamente nell'ipotesi della fondatezza del ricorso principale".

11.1. Pertanto nella fattispecie il ricorso incidentale della XXXXXXXXXX Bank XXXXXXXXXX (da considerarsi condizionato), avverso la sentenza della Corte di appello che aveva statuito, peraltro esplicitamente, sulla giurisdizione, va dichiarato assorbito, essendo risultato infondato il ricorso principale.

11.2. In definitiva va rigettato il ricorso principale e dichiarato assorbito il ricorso incidentale.

La ricorrente va condannata al pagamento delle spese del giudizio di cassazione sostenute dalle resistenti.

## IL CASO.it

P.Q.M.

Riunisce i ricorsi. Rigetta il ricorso principale e dichiara assorbito il ricorso incidentale.

Condanna la ricorrente principale al pagamento delle spese del giudizio di cassazione sostenute dalle resistenti, liquidate, per ciascuna, in complessivi €. 4200,00, di cui €. 4000,00 per onorari, oltre spese generali ed accessori di legge.

Così deciso in Roma, lì 20 gennaio 2009.

Il cons. est.

*Antonio Sogreto*

Il Presidente

*Luigi Ferraro*

IL CANCELLIERE  
Giovanni Giambattista

Depositata in Cancelleria



oggi, ..... = 6 MAR. 2009

IL CANCELLIERE  
Giovanni Giambattista

