

CASSAZIONE CIVILE ■ Le Sezioni unite sciolgono i dubbi sugli oneri per le parti nel corso del processo

# Prova piena per chi appella

Non è rilevante il ruolo svolto in primo grado

ROMA ■ Chi propone appello deve sempre dimostrare la fondatezza di tutte le "critiche" mosse alla sentenza impugnata, senza badare alla posizione assunta in primo grado: chi in quella fase era stato chiamato in giudizio (il convenuto) non può, quindi, avvantaggiarsi di sconti di sorta. Lo chiariscono le Sezioni unite della Corte di cassazione, con una sentenza (la 28498 del 23 dicembre) che precisa le regole sull'"onere probatorio" nell'appello.

**La questione pregiudiziale.** L'intervento delle Sezioni unite è stato sollecitato dalla prima sezione civile della Cassazione, che ha chiesto di chiarire se chi ha proposto appello è sempre tenuto a provare le proprie argomentazioni o se bisogna, invece, distinguere a seconda della posizione assunta in primo grado. Per cui, se aveva attivato il giudizio (in qualità di attore), sarà tenuto a un onere di prova pieno, mentre se

era il convenuto, potrà limitarsi a dimostrare i fatti che impediscono o annullano le pretese dell'attore. Le Sezioni unite risolvono la questione affermando che l'onere della prova è sempre pieno.

**La vicenda.** Tutto parte da un'azione di revoca in una procedura concorsuale. Il curatore fallimentare di una società ha citato in giudizio un'azienda per ottenere la restituzione dei pagamenti per fogli di gasolio, fatti nell'anno precedente alla dichiarazione di fallimento, e il tribunale ha accolto la domanda. Di qui il ricorso del fornitore in appello, che ha ribaltato la sentenza di primo grado, perché la documentazione necessaria a provare che il fornitore era consapevole dello stato di insolvenza della società fallita (pur depositata dal curatore nel fascicolo di primo grado) non era stata rappresentata in appello.

**Da dimostrare le critiche fatte alla sentenza**

A questo punto il curatore

(rimasto contumace in secondo grado) ha sostenuto, nel ricorso in Cassazione, che toccava al fornitore (che l'appello ha proposto) presentare i documenti necessari a dimostrare le proprie argomentazioni.

**L'evoluzione normativa.** Per risolvere la questione, le Sezioni unite ripercorrono l'evoluzione dell'appello.

Nel codice di rito del 1865, questo era diretto a consentire la continuazione del giudizio di primo grado, davanti a un giudice diverso, per arrivare a un nuovo esame della lite già decisa. Le parti, quindi, potevano usare tutti i mezzi istruttori ammessi nel primo grado e il giudice aveva la piena cognizione della causa. Così concepito, l'appello finiva per ridurre il primo grado a una sorta di «saggio preliminare», rimanendo l'esame delle questioni e delle prove più importanti alla fase successiva. A danno della durata dei processi.

Di qui la riforma del 1988, che ha messo una serie di paletti volti a trasfor-



LA SENTENZA

Il ricorso (concerne) il riparto dell'onere probatorio nel giudizio d'appello, e, in particolare, il problema se l'appellante sia in ogni caso gravato dell'onere di fornire la prova della fondatezza delle proprie censure, ovvero se il suo onere probatorio debba essere individuato con esclusivo riferimento alla posizione assunta nel giudizio di primo grado, con la conseguenza che se in quel giudizio l'appellante era attore, egli sarà tenuto a fornire in appello la prova del fatto costitutivo del diritto azionato, mentre, se in quel grado aveva assunto la posizione di convenuto, il suo onere probatorio sarà circoscritto ai soli fatti impeditivi o estintivi del diritto fatto valere dall'attore. (...) Deve, al contrario, affermarsi che, essendo l'appellante tenuto a fornire la dimostrazione della fondatezza delle singole censure mosse alle singole soluzioni offerte dalla sentenza impugnata, il cui riesame è chiesto per ottenere la riforma del capo decisivo appellato, l'appello da lui proposto, in mancanza di tale dimostrazione deve essere, in base ai principi, respinto, con conseguente conferma sostitutiva dei capi di sentenza appellati, quale che sia stata la pozione da lui assunta nella precedente fase processuale.

Sezioni unite civili, sentenza n. 28498/05

mare l'appello in uno strumento teso soprattutto a correggere gli errori del giudice di primo grado. In questa evoluzione è entrata in gioco anche la Cassazione, che, con alcune sentenze (2280/93, 2482/98), ha attribuito a chi presenta appello il compito di dimostrare le

proprie censure. Secondo un orientamento che ora le Sezioni unite confermano.

**La decisione.** Di conseguenza, l'appello non può limitarsi alla «generica denuncia dell'ingiustizia» della sentenza impugnata. Ma deve puntualizzare «specifici "vizi" di ingiustizia o nullità».

Di conseguenza, la portata dell'onere di fornire prove, a carico di chi propone appello, non va individuata guardando alla posizione assunta in primo grado.

In altre parole, poiché chi impugna una sentenza deve dimostrare la fondatezza «delle singole censure mosse alle singole soluzioni offerte» dal provvedimento di primo grado, la mancanza di questa dimostrazione deve determinare il rigetto dell'appello e la conferma della sentenza contestata.

Secondo la Cassazione, nella vicenda in questione, la Corte d'appello, accogliendo la domanda del fornitore perché l'assenza della documentazione sull'insolvenza del fallito non permetteva di capire quanto fossero fondate le sue obiezioni, ha sbagliato. Perché non ha tenuto conto del fatto che il fornitore (convenuto in primo grado, ma promotore dell'appello) non aveva offerto elementi a sostegno delle proprie tesi.

GIANLUCA DI DONFRANCESCO

INTERVENTO

# Il patto di famiglia non risolve le liti

DI ANDREA ZOPPINI\*

La legge sul "patto di famiglia", che ha riformato il Codice civile, inserendo gli articoli 768-bis e seguenti, riprende alcune proposte elaborate in sede scientifica qualche anno fa, ma con un testo profondamente modificato, incoerente, tecnicamente improprio e destinato a produrre effetti inefficienti sulla trasmissione ereditaria delle imprese.

La necessità di introdurre una disciplina speciale per la successione dei beni produttivi è fuori discussione: lo sollecita da tempo anche l'Europa, come testimonia la raccomandazione della Commissione Ue del 7 dicembre 1994. Come è innegabile che le regole del diritto delle successioni a volte impediscono all'imprenditore di dare in vita un assetto al proprio patrimonio per quando non ci sarà più. Per questo, qualsiasi intervento legislativo deve realizzare tre obiettivi: preservare l'unità del bene produttivo; deve favorire univocità del controllo, evitando la frammentazione che si determina con la successione ereditaria; permette-

Se il fine del nuovo istituto è quello di favorire il passaggio generazionale della ricchezza, è illogico che debba necessariamente partecipare al patto il coniuge. Si tratta di una incoerenza che non è giustificata neanche dall'essere il coniuge legittimario. Infatti, il coniuge al momento della conclusione del patto non necessariamente coincide con chi lo è all'apertura della successione. Inoltre, il meccanismo che deroga alla disciplina generale della successione appare giustificato se e in quanto realizza un effettivo passaggio generazionale nella gestione dell'impresa. D'altra parte, la disposizione è pletrica in quanto la stessa normativa prevede che, all'apertura della successione, il coniuge — se non ci sono altri beni nell'asse ereditario con cui soddisfarsi — potrà chiedere agli assegnatari una somma commisurata al valore della quota di legittima.

Infine, i patti sulle successioni future sono istituti che generano conflittualità tra i contraenti, fenomeno certo non impedito dall'aver ridotto il termine di impugnativa per i vizi del consenso a un solo anno. Basta guardare al diritto successorio americano per accorgersi che in quel sistema, dove i contratti ereditari sono ammessi, sono scongiurati in quanto generano liti familiari. Si ritiene preferibile piuttosto ricorrere al trust.

Meglio avrebbe fatto allora il legislatore a concentrarsi sulle due regole davvero innovative e utili, che nella disciplina del patto di famiglia sono affogate nell'incoerenza del meccanismo complessivo dell'istituto.

Da un lato, la disposizione che consente la dispensa dalla collazione e soprattutto quella che introduce la rinuncia all'azione di riduzione. Nel vigente sistema, infatti, l'impedimento più significativo alle operazioni di pianificazione ereditaria è data dal fatto che la dispensa dalla collazione produce effetti nei limiti della quota disponibile e non è consentito rinunciare alla riduzione delle disposizioni lesive della quota di legittima prima dell'apertura della successione.

Dall'altro lato, è giunto il momento di prevedere che l'azione di riduzione produce effetti solo obbligatori e non impone quindi la restituzione dei beni, attribuendo valore generale a una regola già conosciuta dall'ordinamento che deve essere promossa nel segno dell'efficienza e della certezza nella circolazione dei beni.

\* Ordinario di diritto commerciale dell'università di Roma Tre

Il giudizio davanti alla Consulta vale per il risarcimento

## Equo indennizzo allargato

ROMA ■ Nel calcolo della durata di un processo, per ottenere l'eventuale risarcimento sulla base della legge Pinto, bisogna tenere conto anche del tempo che si è rivelato necessario per l'incidente di legittimità costituzionale. La Cassazione, dopo averlo fatto una prima volta nel 2002, torna a ribadire il principio, sottolineando questa volta con forza le ragioni giuridiche che stanno alla base della conclusione. La sentenza n. 789 della Prima sezione civile, depositata lo scorso 17 gennaio, ha sconfessato la tesi della Corte d'appello di Roma, che, respingendo il ricorso della parte che chiedeva il risarcimento, aveva ricordato come il giudizio di legittimità costituzionale è dotato di una propria auton-

omia e di come, pertanto, fosse improprio tenerne conto per il conteggio della durata del procedimento.

La Cassazione, invece, è stata di tutt'altro parere, avvertendo che l'incidente di legittimità «accade al procedimento nel quale sia insorta la questione ritenuta dal giudice a quo rilevante e non manifestamente infondata». La pregiudiziale di costituzionalità, puntualizza ancora la Corte, non può essere sollevata se non in un giudizio già in corso che viene sospeso nell'attesa della decisione della Consulta. Un'interpreta-

zione che porta adesso la Cassazione a concludere che il procedimento davanti ai giudici costituzionali, più che costituire un nuovo e distinto processo, rappresenta la prosecuzione in una nuova sede del procedimento originario. Logiche, a questo punto le conseguenze: il superamento del termine ragionevole di durata deve essere riferito al processo nel quale è emersa la questione di costituzionalità. La conclusione, poi, è confortata dalla posizione assunta dalla Corte di Strasburgo dei diritti dell'uomo che, ha già avuto modo

di pronunciarsi su una questione analoga relativa alla Germania, ritenendo che anche la durata del giudizio incidentale di costituzionalità davanti all'equivalente tedesco della nostra Consulta deve essere computata nel termine oggetto della valutazione di ragionevolezza.

Meno favorevole al ricorrente un'altra recente pronuncia della Cassazione sempre in materia di risarcimento per la durata del processo. La sentenza n. 468 della Prima sezione civile, datata 12 gennaio, ha negato l'equa riparazione per la pre-

sunta eccessiva durata di un giudizio previdenziale ricordando che il danno, generalmente presunto, possa invece essere negato come, per esempio, quando, prima del superamento del termine ragionevole di durata del processo, sopraggiunge una norma di legge che, senza margini di incertezza, riconosce il fondamento della pretesa della parte che ha agito in giudizio, imponendo l'estinzione del procedimento pendente. Nessuna ansia o tensione, cause del diritto alla riparazione, sono configurabili quando l'esito del giudizio è ormai sicuro e manca solo la dichiarazione finale del giudice, destinata magari ad arrivare solo dopo qualche tempo.

GIOVANNI NEGRI

CONCORSO PER MAGISTRATURA

# Quando l'esproprio è illegittimo

Un'analisi della traccia relativa al test in materia di diritto amministrativo

DI MARCELLO CLARICH\*  
Quasi sempre i temi assegnati al concorso in magistratura hanno una valenza sia teorica, per saggiare la solidità della preparazione giuridica di base, sia applicativa, per appurare la conoscenza di un settore più specifico del diritto vigente.

Anche il tema di diritto amministrativo uscito quest'anno rispecchia questa regola aurea. I candidati hanno dovuto confrontarsi con due problemi: la teoria del giudicato amministrativo, cioè gli effetti della sentenza definitiva del giudice amministrativo nei confronti della Pa; se ed entro quali limiti, annullata una procedura espropriativa illegittima, il proprietario può ottenere la restituzione del terreno sul quale, nelle more del processo amministrativo, è stata realizzata un'opera pubblica.

La prima parte del tema richiede un inquadramento dei rapporti tra giudice amministrativo e Pa e dell'evoluzione del processo amministrativo nella direzione dell'effettività della tutela.

Nel 1889, quando nell'ambito delle riforme crispine fu istituita la IV sezione del Consiglio di Stato, nucleo originario di quello che è oggi il giudice amministrativo, era dubbio se si trattava di un organo amministrativo di controllo della legittimità degli atti amministrativi oppure di un collegio giurisdizionale. Secondo Vittorio Emanuele Orlando, uno dei padri del diritto pubblico italiano, infatti, l'Amministrazione, in quanto potere sovrano, non doveva sottostare al controllo di un altro potere sovrano

Le pronunce definitive e gli effetti per la Pa

## Secondo scritto di penale fra regole Ue e gioco d'azzardo

■ Per la seconda traccia del concorso in magistratura i circa 9mila candidati "superstiti" hanno dovuto fare i conti con il diritto penale.

Alle aspiranti toghe è stato chiesto di mettere a fuoco i rapporti tra diritto comunitario e diritto interno e i poteri del giudice nazionale in caso di contrasto, con particolare riferimento ai reati di gioco d'azzardo e scommessa.

Anche in questo caso — come per il tema di diritto amministrativo sorteggiato mercoledì, nella prima giornata degli scritti (si veda «Il Sole-24 Ore» di ieri) — si è trattato di un argomento molto articolato la cui elaborazione ha messo a dura prova i partecipanti alle selezioni per 380 posti di uditor giudiziario. In circa mille hanno rinunciato, riponendo le proprie speranze nel prossimo

concorso per 350 posti bandito con il Dm 23 marzo 2004.

Per coloro che, al contrario, hanno consegnato i compiti, la riduzione del novero dei concorrenti incrementa le chance di entrare in magistratura (la correzione degli scritti dovrebbe, in ogni caso, impegnare la commissione per 10-12 mesi).

Per essere promossi i candidati dovranno ottenere non meno di 12/20 di punti in ciascuna delle materie della prova scritta. Ai candidati che abbiano conseguito l'ammissione alla prova orale sarà data comunicazione, con l'indicazione del voto riportato, almeno 20 giorni prima di quello in cui dovranno sostenere la prova orale.

M.BEL.

Sul Sole-24 Ore di domani l'analisi del tema di diritto penale

ste, hanno potuto svolgere il tema in modo agevole. La pronuncia ripercorre infatti le tappe di questa annosa vicenda. Intanto, l'effetto ripristinatorio dell'annullamento della procedura espropriativa consiste, in linea di principio, nella restituzione del bene al proprietario e nella riduzione in pristino, cioè nell'abbattimento delle opere eventualmente realizzate.

Un anno fa le indicazioni del Consiglio di Stato

In passato, la giurisprudenza aveva però attenuato questa forma di tutela specifica. Ha inventato la cosiddetta occupazione appropriativa, detta anche «accessione invertita». Il principio civilistico per cui la proprietà dell'area si estende alle accessioni viene sostituito con un opposto: la realizzazione dell'opera pubblica attrae la proprietà dell'area. Resta solo il diritto al risarcimento del danno.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto però questa soluzione in contrasto con la tutela del diritto di proprietà (sentenze 30 maggio 2000, 24638/94 e 31524/96). Per questo l'articolo 43 del Testo unico sulle espropriazioni ha elaborato una soluzione più garantista attribuendo all'Amministrazione solo in via eccezionale il potere di acquisire la proprietà di un bene utilizzato senza titolo per scopi di interesse pubblico. È questo il potere al quale fa riferimento il tema selezionato e che la sentenza 2/2005 analizza quanto a presupposti per il suo esercizio e a conseguenze. Ciò per evitare che l'Amministrazione ne faccia un uso disinvolto a danno dei privati.

I candidati che hanno avuto la diligenza (o la fortuna) di leggere la sentenza, commentata ormai su varie riviste, hanno potuto svolgere il tema in modo agevole. La pronuncia ripercorre infatti le tappe di questa annosa vicenda. Intanto, l'effetto ripristinatorio dell'annullamento della procedura espropriativa, consiste, in linea di principio, nella restituzione del bene al proprietario e nella riduzione in pristino, cioè nell'abbattimento delle opere eventualmente realizzate.

In passato, la giurisprudenza aveva però attenuato questa forma di tutela specifica. Ha inventato la cosiddetta occupazione appropriativa, detta anche «accessione invertita». Il principio civilistico per cui la proprietà dell'area si estende alle accessioni viene sostituito con un opposto: la realizzazione dell'opera pubblica attrae la proprietà dell'area. Resta solo il diritto al risarcimento del danno.

\* Ordinario di diritto amministrativo — Luiss Guido Carli di Roma

Abbiamo accompagnato il cammino di migliaia di commercialisti, con un obiettivo: aiutarli ogni giorno a lavorare in modo profittevole, innovando strumenti e metodi. Oggi vogliamo di più: liberare la tua potenza! Se vuoi rompere con i soliti schemi, se credi che il tuo studio possa guadagnare in competitività, esprimendo al massimo le proprie attuali potenzialità, allora sei già pronto per B.Point di Osra, il punto di svolta del software gestionale.

Con il software B.Point al centro del tuo studio ci sei tu. Con i tuoi clienti. Li potrai gestire in un ambiente integrato, modulare e modulare, con un'unica interfaccia su misura per ogni posto di lavoro. Avrai la padronanza assoluta del flusso di lavoro, dei processi e degli adempimenti, l'accesso facilitato e diretto agli strumenti operativi, di informazione e di formazione. Con il massimo controllo della redditività e la migliore tecnologia, senza inutili complicazioni.

**B.Point**  
OSRA

**Il Software Globale per Commercialisti**

**B.Point: il punto di svolta del software gestionale è dai rivenditori Osra.**

**OSRA**

www.osra.it

OSRA • Via Druento, 280 - 10078 Venaria Reale (TO) • Tel. 011.4243.111 • Fax 011.4243.241