Le riforme del diritto italiano

Il nuovo diritto societario

d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6; d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5
d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61 (art. 1)

commentario diretto da **Gastone Cottino**
e **Guido Bonfante, Oreste Cagnasso,**
Paolo Montalenti

Estratto

ZANICHELLI EDITORE

Dall'ipotesi di istituire tribunali dell'economia a una riforma solo processuale

Introduzione di EUGENIO DALMOTTO

Sommario

1. Dal progetto Mirone alla legge delega – **1.1.** La necessità di imprimere efficienza alla giustizia per le imprese – **1.2.** Il progetto di delega per l'adozione di nuove regole ordinamentali e processuali – **1.3.** La resistenza all'istituzione dei tribunali dell'economia – **1.4.** L'emanazione di una legge di delegazione incentrata sugli aspetti processuali con aperture ad arbitrato e conciliazione – **2.** Dalla legge delega alla sperimentazione del progetto Vaccarella – **2.1.** Il contenuto del decreto – **2.2.** Le immediate ricadute applicative – **2.3.** Il nuovo rito societario, finanziario e bancario come anticipazione di una più globale riforma del processo civile – **2.4.** Il dibattito sull'opportunità di introdurre e poi generalizzare un nuovo rito a cognizione piena – **2.5.** La probabile incostituzionalità per eccesso di delega del decreto sul rito societario, finanziario e bancario – **3.** Codice di rito e d.lgs. 5/2003 – **3.1.** I rapporti tra il nuovo decreto e il codice di procedura civile – **3.2.** (Segue.)... e l'influenza della normativa speciale sulla disciplina codicistica

1. Dal progetto Mirone alla legge delega

1.1. La necessità di imprimere efficienza alla giustizia per le imprese

La riforma del diritto commerciale, nel cui ambito si sviluppa un ampio intervento rinnovatore della giustizia in materia societaria, finanziaria e bancaria, nasce dall'esigenza di adeguare all'attuale realtà economica italiana un tessuto normativo ormai superato.

In un quadro di tendenziale rigidità di parametri macroeconomici quali il costo del lavoro o del denaro, il contributo maggiore alla crescita economica viene offerto, nei principali Paesi industrializzati, dalla capacità delle imprese di innovare e razionalizzare il processo produttivo.

Era quindi diffusa la convinzione secondo cui una profonda revisione del diritto societario fosse necessaria per valorizzare le capacità imprenditoriali, che costituiscono il motore dello sviluppo.

Occorreva, in altri termini, offrire alle imprese un idoneo contesto normativo, capace di sollecitare le decisioni di investimento o quanto meno di non condizionare in negativo scelte che dovrebbero riguardare solamente la normale alea dell'iniziativa economica.

Si trattava di una esigenza tanto più stringente in quanto i principi di libera circolazione delle persone, dei servizi e dei capitali, sanciti dal Titolo III del Trattato istitutivo delle Comunità europee, e in particolare il diritto di libero stabilimento delle società commerciali europee all'interno dei singoli Stati membri, garantito dagli artt. 43 e 48 (*ex* 52 e 58) Trattato UE, oggi consentono agli operatori commerciali europei di comparare la capacità dei singoli ordina-

menti giuridici nazionali di soddisfare le loro specifiche esigenze e di operare in piena libertà la conseguente scelta del luogo più vantaggioso dove stabilire le loro sedi amministrative, legali od operative[1].

È del resto condivisa l'idea che la capacità competitiva di un sistema dipende, specie in uno scenario, come quello europeo, di apertura alla circolazione di merci e capitali, di moneta unica, e di omogeneità culturale e sociale dei popoli, dalla funzionalità delle regole che lo governano.

Tutto ciò riguarda anche la tutela giurisdizionale.

La questione della tutela giurisdizionale è anzi centrale, considerata la grave inefficienza del sistema giudiziario italiano nel garantire la certezza dei rapporti giuridici e soprattutto nell'assicurare decisioni in tempi ragionevoli. Specialmente la questione dei tempi appariva intollerabile, a fronte della velocità e del dinamismo indispensabili per competere nel mondo dell'economia.

1.2. Il progetto di delega per l'adozione di nuove regole ordinamentali e processuali

Nel corso della XIII legislatura, consapevole dei problemi in precedenza sommariamente descritti, il Governo incaricò una commissione di studio, presieduta dal prof. Antonino Mirone, di predisporre un progetto di legge delega per la riforma del diritto societario[2].

I lavori della Commissione si tradussero in uno schema di d.d.l. delega, approvato dal Consiglio dei Ministri il 26 maggio 2000.

Il 20 giugno 2000, il Ministro della Giustizia, l'on. Piero Fassino, presentava alla Camera dei Deputati il d.d.l. C. 7123/XIII, nel quale veniva trasfuso lo schema del 26 maggio.

L'attività della Commissione Mirone veniva così sottoposta al vaglio dei lavori parlamentari[3].

---

[1] Sulla libertà di stabilimento delle società sul territorio europeo, v. C. Giust. CE, 9 marzo 1999, C. 212/97, Centros Ltd. c. Erhvervs-og Selskabsstrzrelsen, in *Riv. dir. comm.*, 2000, II, 73, con nota di MECHELLI, in *Riv. soc.*, 2000, 430, e in *Dir. comunitario*, 1999, 488. In argomento, cfr. anche CASSOTTANA, *Libertà di stabilimento e concorrenza tra ordinamenti*, in ASSOCIAZIONE PREITE, BENAZZO, GHEZZI, PATRIARCA (a cura di), *Verso un nuovo diritto societario*, Bologna, 2002, 51-54.

[2] In generale, sulle ragioni dell'istituzione, nel 1998, di questa commissione, dai cui lavori ha preso l'avvio il processo riformatore in materia societaria, conclusosi nell'attuale XIV legislatura, cfr. FLICK, *Gli obiettivi della commissione per la riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2000, 1-90.

[3] Sugli aspetti processuali della proposta Mirone e del conseguente d.d.l. C. 7123/XIII, cfr. soprattutto gli atti del convegno svoltosi ad Alba il 20 novembre 1999, *La riforma delle società: la tutela giudiziaria. Dall'istituzione del giudice di commercio alla revisione del diritto penale commerciale*, in *Soc.*, 2000, 137-185, dove i contributi di ZAGREBELSKY, MIRONE, SALAFIA, ROVELLI, RORDORF, COSTANTINO, VIAZZI e RESCIGNO, quest'ultimo comparso anche in ASSOCIAZIONE PREITE (a cura di), *Verso un nuovo diritto societario*, Bologna, 2002, 55-63. Cfr. inoltre CONSOLO, *Un giudice specializzato e vari nuovi riti per le liti societarie?*, in *Corr. giur.*, 2000, 565-570, COSTANTINO, *Contributo alla ricerca di un modello processuale per i conflitti economici*, in *Soc.*, 2000, 161 ss., e BARBUTO, *Pron-*

Nel testo proposto dal Governo, il d.d.l. C. 7123/XIII si articolava, per quanto riguarda i profili inerenti alla tutela giurisdizionale, lungo due direttrici.

Per assicurare un maggiore grado di prevedibilità dei tempi e dei risultati dell'intervento del giudice, il legislatore intendeva infatti intervenire sia sulle norme processuali sia su quelle ordinamentali.

Sul piano processuale si ipotizzava l'introduzione, per le controversie inerenti il diritto dell'economia, di un rito più consono agli indicati obiettivi di celerità e di certezza.

Sul piano ordinamentale si intendeva dar vita ad un organo giurisdizionale professionalmente attrezzato nello specifico campo del diritto dell'economia, così da porre i presupposti per decisioni rapide ed accurate.

Si prevedeva poi una riforma della disciplina dell'arbitrato che incentivasse il ricorso a questo istituto ridimensionando la rilevanza pratica dei dubbi, frequenti in materia societaria, dove spesso sono coinvolti interessi di carattere generale o comunque diffuso, sulla disponibilità o indisponibilità dei diritti dedotti in lite e quindi sulla arbitrabilità o no della controversia. Il d.d.l. disponeva infatti che si potesse consentire agli statuti delle società commerciali di contenere clausole compromissorie anche su materie di per sé non suscettibili di transazione, ammettendo così l'arbitrato anche in ambiti sinora esclusi o incerti.

1.3. La resistenza all'istituzione dei tribunali dell'economia

Tra i vari interventi contemplati dal d.d.l. C. 7123/XIII, l'intervento prefigurato sul piano ordinamentale si presentava come il più controverso.

Suscitava molte polemiche la previsione, contenuta nel 1° co. dell'art. 11 del d.d.l., di attribuire ad un giudice *ad hoc*, ancorché inserito nella struttura dei tribunali ordinari delle città sedi di corte d'appello e, perciò, configurato come sezione specializzata dei tribunali medesimi, le controversie dove fosse necessario un elevato tasso di conoscenze specifiche nei settori dell'economia, del commercio e della finanza.

In favore della modifica ordinamentale si osservava che solo così sarebbe potuto sorgere un patrimonio di professionalità capace di soddisfare le necessarie esigenze di rapidità ed accuratezza.

Tale patrimonio si sarebbe dovuto creare all'interno della magistratura ordinaria, senza attingere a componenti non togati.

La creazione di un tribunale di commercio «alla francese», formato solo da esponenti del mondo commerciale, si sarebbe infatti probabilmente scontrato con il divieto costituzionale di istituire nuovi giudici speciali. E del re-

---

ta la riforma per le società non quotate: dietro l'angolo una nuova legge Draghi, in *Guida dir.*, 13 novembre 1999, n. 44, 118-120; ID., *Le sezioni specializzate del progetto Mirone aprono un'incognita nella giurisdizione*, in *Guida dir.*, 4 marzo 2000, n. 8, 12-14; ID., *«Tribunali dell'economia accentrati»: un'ipotesi che fa discutere*, in *Dir. prat. soc.*, 20 marzo 2000, n. 5, 19-21.

sto il sistema dei *tribunaux de commerce* appare in crisi nella sua stessa patria, dove si discute come arginare situazioni degenerative e recuperare la terzietà del giudice[4].

Rimaneva dunque da optare verso uno di due diversi modelli, già presenti nel nostro ordinamento: quello del giudice agrario e minorile e quello del giudice del lavoro.

L'adozione del modello del giudice agrario e minorile si esponeva a serie critiche, presentando il problema dell'individuazione degli esperti destinati ad affiancare il giudice togato. Da un lato si sarebbe dovuto assicurarne l'elevato livello professionale e dall'altro si sarebbe dovuto evitare il rischio di far cadere la scelta su soggetti che, proprio per la loro elevata professionalità, siano consulenti abituali di imprenditori interessati all'affermarsi dell'uno piuttosto che dell'altro indirizzo giurisprudenziale o addirittura alla vittoria in giudizio di un operatore economico piuttosto che di un altro. Oltretutto, poi, la partecipazione di giudici «laici» avrebbe imposto di configurare l'organo giudicante sempre in forma collegiale, con inevitabili conseguenze negative sul piano della rapidità della trattazione nonché dei costi.

Era pertanto parso preferibile fare leva su un elevato grado di specializzazione dei magistrati addetti alla trattazione esclusiva della materia.

Tale specializzazione non si sarebbe dovuta disperdere nei gradi successivi e pertanto le sezioni specializzate avrebbero dovuto proiettarsi verso il giudizio di appello e di cassazione, dove si sarebbe dovute costituire, sull'esempio della materia del lavoro, apposite sezioni idonee ad evitare il rischio di un giudice dell'impugnazione meno competente, in termini di professionalità specifica, rispetto a quello del provvedimento impugnato.

La competenza nella materia del diritto dell'economia sarebbe stata accertata attraverso idonee selezioni[5] e sarebbe stata perfezionata non solo «sul campo», ma anche usufruendo di strumenti specifici di formazione ed aggior-

[4] In argomento, per l'illustrazione dei progetti di riforma, che conservano l'antica magistratura consolare in materia di commercio ma che intendono rivedere le modalità di designazione dei giudici laici ed introdurre giudici togati nei collegi giudicanti, così da realizzare la cosiddetta *mixité* ovvero l'interscambio tra la sensibilità per la dimensione economica, spettante tradizionalmente ai giudici onorari eletti dai commercianti, e la conoscenza approfondita e sistematica del diritto sostanziale, nonché della disciplina processuale, che competono invece, in via naturale, ai magistrati di carriera, v. BERNARDO, *Recente normativa dei* tribunaux de commerce, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, 175-204.

[5] Sul punto, l'art. 11, 1° co., lett. e), del d.d.l. C. 7123/XIII, era peraltro piuttosto generico, lasciando al legislatore delegato il compito di definire i «criteri di selezione dei giudici per l'assegnazione in via esclusiva alle sezioni specializzate», che avrebbero dovuto essere «tali da assicurare una specifica competenza professionale nelle materie attribuite alla competenza delle sezioni», e che avrebbero dovuto prevedere «adeguati criteri di rotazione, evitando comunque la dispersione delle competenze professionali acquisite». Riguardo al delicato problema, v. SCHLESINGER, *Tutta da provare l'efficacia della selezione dei giudici specializzati*, in *Il Sole-24 Ore*, 31 maggio 2000.

namento professionale, che avrebbero dovuto essere previsti per ovviare alle notorie carenze dei giuristi nella conoscenza dei fenomeni economici, il cui studio non è previsto ai fini del concorso per l'accesso in magistratura.

Il tutto avrebbe permesso di creare, tra i giudici ordinari, una forte professionalità su questioni rispetto alle quali, nel momento attuale, il ruolo giocato dalla magistratura ordinaria appare molto limitato. E non potendosi non tener conto della istituzione di un giudice specializzato, ciò, come adombrato nei lavori preparatori, avrebbe posto le basi per una futura revisione, soprattutto nel settore del diritto dell'economia, degli incerti confini tra giurisdizione ordinaria ed amministrativa.

Quanto poi alla concentrazione delle sezioni specializzate nei tribunali delle città dove abbia sede la corte d'appello, essa veniva spiegata con l'impossibilità di istituire apposite sezioni presso tutti i numerosi tribunali dislocati sul territorio nazionale. Le dimensioni medie o piccole di questi ultimi avrebbero infatti comportato che solo saltuariamente avrebbero avuto occasione di trattare questioni commerciali, mentre un adeguato grado di specializzazione nella materia presuppone, viceversa, l'esame di una ricca e varia casistica, che consenta al giudice di aggiornare costantemente e di affinare progressivamente la propria esperienza specifica.

Non parevano obiezioni decisive quelle in merito all'eccessivo potere che si sarebbe accumulato nelle mani dei componenti delle sezioni specializzate, o quelle relative alla difficoltà di accedere alla giustizia per i cittadini residenti in zone lontane dalle città sedi di corte d'appello. Per scongiurare il primo pericolo, il d.d.l. delega prevedeva che i componenti delle sezioni in esame si avvicendassero secondo adeguati sistemi di rotazione, come del resto già avviene per taluni incarichi di particolare delicatezza[6]. E in ordine al secondo problema bastava replicare che la scelta di prevedere una competenza territoriale di dimensione distrettuale, in un settore fortemente dinamico qual è quello del diritto commerciale, non sembra comportare seri ostacoli all'accessibilità del servizio giustizia per i cittadini più decentrati. La questione della «giustizia di prossimità» si pone invero per gli *small claims*, e segnatamente per le controversie individuali dei consumatori, non certo per le controversie societarie, finanziarie e bancarie.

Tuttavia, solo le categorie economiche più grandi si mostravano favorevoli ad una forte specializzazione.

---

[6] Così, ad es., è previsto, da una direttiva del C.S.M. (su cui v. GUGLIELMINUCCI, *I giudici fallimentari fra professionalità e rotazione*, in *Fall.*, 1999, 949 ss.), che, dopo dieci anni, i magistrati che compongono le sezioni fallimentari e delle società, presenti di fatto in tutti i tribunali di dimensioni sufficienti a contenerle, siano destinati a nuove funzioni.

Contro la rigidità della regola dell'avvicendamento decennale ed in difesa delle acquisite professionalità, v. peraltro l'appello di quindici professori universitari specialisti di diritto fallimentare e societario apparso, con il titolo *Sezioni societarie senza limiti per i magistrati*, su *Il Sole-24 Ore*, 29 ottobre 1999, 25.

L'avvocatura[7], la magistratura[8] ed una parte del mondo dell'impresa si esprimevano in senso decisamente opposto all'istituzione di sezioni specializzate presso i tribunali delle città sedi di corte di appello, esprimendo notevoli perplessità.

Si paventava l'allontanamento del servizio giustizia dal territorio, con conseguente minore sensibilità rispetto alle realtà imprenditoriali locali.

---

[7] Cfr. in proposito la delibera dell'assemblea dei presidenti dei consigli dell'ordine, assunta a Roma il 26 maggio 2000, in *Rass. forense*, 2000, 653 s., che, dopo aver richiamato analoghe prese di posizione del Consiglio nazionale forense, dell'Organismo unitario dell'avvocatura e da numerosi consigli dell'ordine degli avvocati, «esprime il proprio fermo risoluto dissenso rispetto alla decisione governativa, osservando in via generale (...) che la prospettata concentrazione nelle sedi di corte d'appello di una assai cospicua mole di attività giurisdizionale depaupera inevitabilmente la dignità culturale e civile delle sedi giudiziarie non distrettuali, mortificando la professionalità dei magistrati e degli avvocati locali», arrivando, con toni davvero inusuali, ad invitare «l'Avvocatura italiana tutta a mobilitarsi, a fianco dei consigli dell'ordine ed assumere tutte le iniziative ritenute opportune per ostacolare e scongiurare la definizione di un disegno di revisione dell'assetto dei modi di esercizio della funzione giurisdizionale incompatibile con la difesa del diritto alla giustizia e la promozione dei valori di civiltà giuridica che costituiscono patrimonio storico e consolidato della classe forense e dell'intera comunità nazionale». In precedenza, il Consiglio nazionale forense, con delibera del 25 febbraio, in *Rass. forense*, 2000, 424 s., ripresa in varie successive dichiarazioni del proprio presidente, aveva, in termini simili, espresso «la più viva preoccupazione per la evidente e grave compressione che la ventilata riforma porterebbe alle funzioni giurisdizionali di molti tribunali circondariali, anche di importanti città capoluogo di provincia, con conseguente impoverimento che le classi professionali di tali città verrebbero a subire, soprattutto sotto il profilo culturale, dall'attuazione della voluta concentrazione nelle città sedi di corte d'appello di un così rilevante flusso di attività giurisdizionale», non mancando di lamentare che la prospettata riforma avrebbe allontanato i «cittadini utenti» dal «servizio giustizia», i cui presidi sul territorio sarebbero stati «sradicati».

[8] La posizione contraria all'istituzione delle sezioni specializzate è stata espressa dalla maggior parte della magistratura in occasione di congressi e di convegni, come ad es. alla conferenza nazionale della Associazione nazionale magistrati tenutasi a Bardolino dal 1° al 3 dicembre 2000. In particolare cfr. CIVININI, *La specializzazione del giudice*, in *Questione giustizia*, 2000, 605-628, dove, *ivi*, 615 s., tra l'altro il rilievo che la specializzazione del giudice è funzionale ad una migliore conoscenza del fatto, attraverso l'acquisizione di conoscenze extragiuridiche, o comunque ad una sua maggiore capacità di farsi interprete degli interessi delle categorie interessate da un particolare tipo di contenzioso, ma non per affrontare meglio la *quaestio iuris*: «il diritto è infatti per definizione conosciuto o conoscibile dal giudice (da qualunque giudice) e qualsiasi tentativo di evocare, per settori limitati dell'ordinamento (in specie il diritto commerciale e societario), difficoltà inenarrabili di ricostruzione e interpretazione del sistema, sono destinate a scontrarsi con due dati: il giudice italiano, selezionato per concorso e soggetto solo alla legge, rinviene la sua legittimazione esclusivamente nella sua professionalità e nella sua capacità di conoscere e interpretare il diritto; la complessità crescente dell'ordinamento, nel suo insieme e per singoli settori, è compensata dalla complessità crescente degli strumenti (prima di tutto informatici) di ricerca e di conoscenza del diritto, delle sue fonti, delle interpretazioni date dalla dottrina, delle soluzioni offerte dalla giurisprudenza»; non esistendo «saperi giuridici esoterici o iniziatici», sarebbe anzi utile assicurare la rotazione «non solo per favorire la diffusione del sapere giuridico e innalzare il livello generale della magistratura ma anche per evitare che venga meno la percezione della terzietà del giudice e che questi, troppo sicuro della soluzione in diritto, smetta di ricercare nuove strade, indispensabili per l'evoluzione dell'ordinamento».

In senso favorevole alla specializzazione, v., peraltro, RORDORF, *La professionalità dei magistrati: specializzazione ed avvicendamento*, in *Foro it.*, 2000, V, 269-273.

Si lamentava l'affievolimento di professionalità dei giudici e degli avvocati che operano nei tribunali minori, privati della possibilità di coltivare nel proprio foro un contenzioso di rilevante interesse.

E specialmente si temeva la concentrazione della cognizione del diritto dell'economia in una ristretta cerchia di giudici, i quali avrebbero avuto il potere di imporre la propria giurisprudenza su zone territorialmente estese e per questioni di estrema rilevanza.

Tenuto conto di ciò, il Ministro della giustizia, l'8 novembre 2000, preannunciava, nel corso di una audizione presso le Commissioni riunite Giustizia e Finanza, l'orientamento del Governo di presentare un emendamento volto a modificare l'originaria previsione, muovendo verso l'istituzione di sezioni specializzate con competenza a livello del circondario di tribunale anziché di distretto di corte d'appello[9].

1.4. L'emanazione di una legge di delegazione incentrata sugli aspetti processuali con aperture ad arbitrato e conciliazione

L'esaurimento della XIII legislatura impediva l'approvazione del d.d.l. delega C. 7123/XIII.

Il disegno di legge veniva peraltro tempestivamente riproposto, nella successiva legislatura, dal Governo espresso dalla nuova maggioranza parlamentare.

In particolare, il 3 luglio 2001, il nuovo Ministro della giustizia, l'on. Roberto Castelli, presentava alla Camera dei deputati il d.d.l. delega C. 1137/XIV, con cui venivano riprodotte le disposizioni contenute nel d.d.l. C. 7123/XIII.

Il progetto continuava dunque a prevedere non solo interventi di ordine processuale ma anche l'istituzione, presso le corti di appello e la Corte di cassazione, di sezioni specializzate con competenza sulla materia societaria, sulla concorrenza, sui brevetti e sui segni distintivi dell'impresa, nonché nel settore fallimentare, della finanza, della banca e del credito.

D'altra parte, sin dalle prime battute, nella relazione al d.d.l. C. 1137/XIV tenuta dall'on. Gaetano Pecorella il 10 luglio dinanzi alle Commissioni congiunte Giustizia e Finanze, si dava atto che durante lo scorso dibattito parlamentare erano emersi dubbi e resistenze all'istituzione di sezioni specializzate presso i tribunali delle città sedi di corte di appello.

Riannodando le fila del dibattito, ci si poneva dunque un dilemma suscettibile di tre soluzioni.

---

[9] La proposta ministeriale di individuare le sezioni specializzate nei 100 capoluoghi di provincia (che sono anche la sede dei registri delle imprese tenuti dalle camere di commercio) intendeva favorire una soluzione intermedia e di compromesso tra la posizione affermata nel d.d.l. delega, che prevedeva l'istituzione di sezioni specializzate nei tribunali delle 26 corti d'appello, e quella, poi prevalsa, tesa a mantenere lo *status quo* e cioè la competenza «diffusa» alle oltre 160 sedi di tribunale.

La prima possibilità era di tornare sulla primitiva posizione, rilanciando la scelta per una forte specializzazione e concentrazione, adottando come unità geografica il distretto di corte d'appello.

La seconda possibilità era di optare per il compromesso verso cui, nella precedente legislatura, si andava orientando il Governo, che intendeva mantenere le sezioni specializzate, ma su base di circondario di tribunale e non di distretto di corte d'appello[10].

La terza possibilità era di abbandonare del tutto l'idea di istituire sezioni specializzate.

Quest'ultima era l'opzione che prevaleva.

Ogni riferimento alle sezioni specializzate scompariva dal testo approvato il 3 agosto 2001 dall'aula di Montecitorio[11].

Nel passaggio al Senato, la parte relativa all'istituzione delle sezioni specializzate non veniva ripristinata[12].

---

[10] In particolare, nel corso dei lavori parlamentari veniva proposto di recepire il testo dell'art. 23 del d.d.l. C. 969/XIV d'iniziativa dei deputati Fassino, Agostini, Folena e Visco, concorrente con il d.d.l. del Governo ed esaminato insieme ad esso.

L'art. 23 della proposta di legge C 969/XIV si differenziava dal testo governativo perché prevedeva l'istituzione di sezioni specializzate non solo presso i tribunali delle città sedi di corte di appello, ma anche presso altri tribunali che avrebbero dovuto essere individuati sulla base di criteri oggettivi ed omogenei, tali da poter tener conto della estensione del territorio di competenza, del volume del contenzioso in essere nella materia societaria e del numero delle imprese iscritte presso le camere di commercio, industria, artigiane ed agricoltura del circondario. In questa maniera, oltre a venire incontro alle istanze di maggiore diffusione sul territorio delle sezioni specializzate, si sarebbe posto rimedio ad alcune distorsioni a cui avrebbe condotto la rigida applicazione della regola dell'accentramento secondo la regola dei distretti di corte d'appello, che avrebbe comportato, ad esempio, il risultato paradossale dell'istituzione di quattro sezioni specializzate in Sicilia a fronte una sola sezione per il Veneto.

[11] Trionfalistico, il comunicato stampa, *No ai Tribunali distrettuali*, diramato il 20 luglio 2001 dall'Organismo unitario dell'avvocatura: «la giunta dell'Organismo unitario dell'avvocatura italiana esprime soddisfazione per la decisione della Commissione Giustizia della Camera di espungere l'art. 11 dal testo del d.d.l. di riforma del diritto societario. Le controversie in materia societaria e fallimentare pertanto rimangono di competenza dei tribunali circondariali. L'ampia e decisa mobilitazione degli Ordini e la conseguente azione del Consiglio nazionale forense e dell'Organismo unitario dell'avvocatura, sviluppate già nel corso della passata legislatura e riprese con tempestività in quella presente, hanno consentito di conseguire un risultato di grande importanza che conferma il valore e la necessità dell'unità dell'avvocatura e dimostra il ruolo di effettiva interlocuzione che le sue rappresentanze istituzionale e politica sono riuscite ad acquisire».

Deluso e preoccupato, invece, il commento di LIBONATI, *Serve una giustizia speciale per le liti commerciali*, in *Il Sole-24 Ore*, 25 luglio 2001, 19. Per la considerazione che «la riforma del diritto societario esce fortemente mortificata dall'emendamento soppressivo» delle sezioni specializzate v. anche MARICONDA, *La riforma delle società senza giudice specializzato*, in *Corr. giur.*, 2001, 1125-1128, part. 1228.

[12] Nei lavori alle commissioni Giustizia e Finanze, nella seduta di mercoledì 12 settembre 2001, il senatore Antonino Caruso, relatore per la Commissione Giustizia, riferiva, con riguardo all'art. 12, che l'originaria previsione di sezioni specializzate presso i tribunali del capoluogo distrettuale era stata «al centro di acceso dibattito, in parte alimentato dalla presa di posizione di talune componenti associazionistiche della professione forense, le quali paventavano come un tale impianto

Parallelamente l'ambito di applicazione della nuova normativa si restringeva giacché, rispetto alle originarie previsioni, veniva meno il richiamo al diritto industriale e a quello fallimentare.

Si giungeva così all'emanazione della legge delega 3 ottobre 2001, n. 366[13], il cui art. 12 si concentrava solo su società, finanza, banca e credito, confermando la maggior parte dei criteri e principi direttivi di ordine strettamente processuale contenuti nel d.d.l. C. 7123/XIII, ma lasciando completamente cadere gli aspetti ordinamentali[14].

---

rischiasse di danneggiare i professionisti stessi, sottraendo loro clientele in ragione dello spostamento – verso il capoluogo distrettuale – dei centri delle controversie». Il relatore esponeva di essere «personalmente convinto della non fondatezza di tali timori, non foss'altro» perché «l'avvocato "di provincia" che annovera tra i suoi clienti anche le società "di provincia"(...) gestisce gli affari legali relativi ad esse sia presso il tribunale "di provincia", sia presso la locale corte d'appello, sia presso ogni altro tribunale o corte d'Italia». Come correttamente si rilevava, la circostanza che le cause societarie e più in generale di diritto dell'economia siano «effettivamente sempre più appannaggio di studi legali di grande dimensione» dipende infatti non tanto dalla localizzazione geografica dei fori competenti quanto da altre, più complesse, «ragioni (tra cui il relativo alto grado di specialità)». Il relatore non dissentiva però dall'orientamento prevalso presso la Camera dei Deputati, temendo «di creare nuovi rilevanti centri di potere giudiziario, simultaneamente – peraltro – al momento in cui entrerà in vigore una riforma della portata che è sotto gli occhi di tutti: il rischio insomma che si concentri un'inaccettabile potere di regolazione dell'economia in mano a poche persone (che l'esperienza quotidiana peraltro ci insegna, proprio nella materie in discussione, assai inclini ad autodeterminarsi localmente – si pensi al rito romano", al "rito ambrosiano", ecc.)».

[13] Sui cui profili di carattere processuale, cfr. COSTANTINO, *La riforma del diritto societario: note sugli aspetti processuali*, in *Foro it.*, 2001, V, 273-283; PANZANI, *Un procedimento sommario per sveltire le cause*, in *Guida dir.*, 20 ottobre 2001, n. 40, 58. Cfr. anche il contributo di CONSOLO, *Le liti societarie e finanziarie: progetti processuali e tipologie di tutele al di là del «favoloso» art. 11*, in *Corr. giur.*, 2002, 684-691, relativo anche all'esame dello schema di norme delegate in materia di «Giustizia per le imprese», presentato il 28 giugno 2000 dall'apposita sottocommissione costituita all'interno della commissione per la revisione sistematica del diritto commerciale presieduta dal dr. Luigi Rovelli (istituita con d.m. 13 aprile 1999) e che si riteneva potesse rivestire un certo interesse in vista dell'attuazione delle deleghe di cui al sopravvenuto art. 12, l. 366 del 2001 (in realtà, non risulta che i lavori della Commissione Rovelli siano stati tenuti in un qualche conto dal legislatore delegato).

[14] La questione della specializzazione pare ad ogni modo destinata a rimanere aperta per gli innegabili vantaggi organizzativi che ne deriverebbero e che consentirebbero quel recupero di efficienza che difficilmente si riuscirà a conseguire intervenendo solo sulle norme processuali.

Oltretutto, poco dopo la rinuncia del legislatore all'istituzione delle sezioni specializzate di cui si discute, il Parlamento ha approvato la legge 12 dicembre 2002, n. 273 (Misure per favorire l'iniziativa privata e lo sviluppo della concorrenza, il cosiddetto collegato alla Finanziaria 2002), che, all'art. 16, contiene la delega al Governo ad istituire presso 12 sedi giudiziarie (Torino, Genova, Milano, Bologna, Venezia, Trieste, Firenze, Roma, Napoli, Bari, Palermo, Catania o meglio, Cagliari, come probabilmente si intendeva scrivere, essendo privo di senso raddoppiare la presenza in Sicilia e sguarnire la Sardegna) altrettante sezioni specializzate, sia in primo grado che in grado d'appello, in cui siano trattate con rito collegiale le cause nella materia del diritto della proprietà industriale e intellettuale e cioè marchi, brevetti e concorrenza sleale: in argomento, cfr. CERRETTO, *Marchi e brevetti: sezioni specializzate condizionate dall'incognita delle sedi*, in *Guida dir.*, 15 marzo 2003, n. 10, 112-114; ID., *Marchi e Tribunali specializzati: una delega inattuabile*, in *www.dirittoegiustizia.it* (15 gennaio 2003); BARBUTO, *Brevetti: processi rapidi con le sezioni specializzate*, in *Guida dir.*, 28 dicembre 2002, n. 49, 35.

Oltre a mantenere le norme processuali, la legge delega apriva ai mezzi di risoluzione alternativa delle controversie in maniera più decisa di quanto facesse il progetto decaduto con la precedente legislatura. L'art. 12 della legge n. 366 del 2001 non solo, infatti, ribadiva le previsioni di favore per l'arbitrato contenute nel d.d.l. C. 7123/XIII, ma aggiungeva, in virtù di un emendamento approvato nel corso dei lavori parlamentari, l'impegno a prevedere forme di conciliazione delle controversie civili in materia societaria da svolgere anche dinanzi ad organismi istituiti da enti privati iscritti in un apposito registro. Ciò al fine di creare un circuito armonicamente coordinato e non separatamente alternativo tra la giurisdizione pubblica e quella privata, in modo da affrontare al meglio lo sforzo di adeguare la risposta giudiziaria ai problemi dell'economia e del mercato.

2. Dalla legge delega alla sperimentazione del progetto Vaccarella

2.1. Il contenuto del decreto

Una volta approvata la legge delega, i passi successivi erano rapidi.

Per l'attuazione della riforma del diritto societario, il Governo costituiva una apposita commissione, presieduta dal Sottosegretario di Stato presso il Ministero della giustizia, l'on. Michele Vietti.

La delega è stata attuata con il d.lgs. 27 giugno 2003, n. 168, recante «Istituzione di sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale presso tribunali e corti d'appello, a norma dell'art. 16 della l. 12 dicembre 2002, n. 273», approvato nella seduta del 23 maggio 2003, n. 109, del Consiglio dei Ministri. Sono state dunque finalmente costituite le sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale, la cui istituzione era da tempo imposta da impegni internazionali (v. l'art. 4, l. 17 agosto 1993, n. 302, di ratifica dell'Accordo di Lussemburgo sul brevetto comunitario, e gli artt. 91 e 143 del regolamento 20 dicembre 1993, n. 40/94/CE, sul marchio comunitario, la cui mancata ottemperanza nel termine scaduto il 14 marzo 1997 ha determinato l'apertura in sede comunitaria della procedura d'infrazione n. 4697/2000 contro lo Stato italiano). In particolare, il legislatore delegato, ritenendosi vincolato sul punto dalla legge delega, ha mantenuto, come risulta dagli artt. 1 e 4, l'incongruenza rappresentata dall'istituire due sezioni specializzate in Sicilia (a fronte della mancata istituzione di sezioni specializzate in Sardegna, i cui abitanti faranno capo alla sezione specializzata di Roma, e dell'istituzione di una sola sezione in Lombardia, che dovrebbe essere significativamente gravata di lavoro), sicché le sezioni specializzate opereranno presso i tribunali e le corti d'appello di Bari, Bologna, Catania, Firenze, Genova, Milano, Napoli, Palermo, Roma e Torino, con competenza sulle controversie relative a marchi nazionali e comunitari, brevetti d'invenzione, disegni, modelli, diritto d'autore, concorrenza sleale.

Se fosse stato dato seguito all'originario progetto presentato dal Governo, queste sezioni specializzate per brevetti e marchi avrebbero trovato la propria opportuna collocazione all'interno di più ampie sezioni specializzate sul «diritto dell'economia». Non è quindi da escludere che sulla scia dell'ormai inevitabile istituzione delle sezioni specializzate in materia di diritto della proprietà industriale e intellettuale torni all'ordine del giorno il discorso su di una più ampia riforma ordinamentale.

Nell'ambito di tale Commissione, veniva formata una sottocommissione, presieduta dal prof. Romano Vaccarella, per l'attuazione dell'art. 12 relativo alle nuove norme di procedura, che ha presentato un articolato di 53 disposizioni in materia di processo a cognizione piena di primo grado e d'appello, di processo sommario di cognizione, di procedimento cautelare, di procedimento camerale, di arbitrato e di conciliazione stragiudiziale.

E nei tempi prescritti dall'art. 1 della legge delega il Governo, acquisito il prescritto parere delle Camere, emanava due decreti che, scindendo la parte sostanziale da quella processuale, entrambe profondamente rinnovate, portavano a compimento la riforma del diritto societario, aggiungendosi alla nuova normativa sul falso in bilancio, ormai legge dello Stato dal 16 aprile 2002. Essi**,** secondo il disposto del 5° co. dell'art. 1, avrebbero potuto essere corretti e integrati dal Governo, senza necessità di ottenere una nuova delega, per la durata di un anno dalla loro entrata in vigore.

Il decreto relativo alla parte sostanziale ha riscritto interamente, novellandolo, il capo V del libro V del codice civile.

Il decreto inerente alla parte processuale, che ha ad oggetto i procedimenti in materia di diritto societario, nonchè quelli in materia di intermediazione finanziaria di cui al t.u. approvato con d.lgs. 58/1998 (t.u.f.) e quelli in materia bancaria e creditizia di cui al t.u. approvato con d.lgs. 385/1993 (t.u.b.), non si innesta, invece, sul codice di rito ma, mantenendo la propria autonomia, va a collocarsi nella galassia della legislazione speciale.

In sintesi, la nuova disciplina processuale si articola in sei titoli, oltre ad un titolo di chiusura sulle norme transitorie e finali, per complessivi 43 articoli, che seguono, per quanto possibile, l'ordine tematico delineato dalla norma di delegazione.

Il primo titolo definisce l'ambito di applicazione. Esso comprende tutte le controversie relative ai rapporti societari, senza tralasciare quelli sulle società di fatto, le azioni di responsabilità contro gli organi amministrativi e di controllo, i liquidatori e i direttori generali delle società, delle mutue assicuratrici e delle società cooperative; e, ancora, comprende i negozi inerenti le partecipazioni sociali e i patti parasociali[15]. Sono inoltre soggetti alla nuova disciplina i rapporti in materia di intermediazione mobiliare da chiunque gestita, i servizi e i contratti di investimento, inclusi i servizi accessori, i fondi di investimento, la gestione collettiva del risparmio e la gestione accentrata di strumenti finanziari, la cessione di prodotti finanziari, la cartolarizzazione dei crediti, le offerte pubbliche di acquisto e di scambio, i contratti di borsa, il credito per le opere pubbliche. Infine, vengono in considerazione le materie di cui al t.u.b., quando la relativa controversia

[15] Il d.lgs. 6 febbraio 2004, n. 37, ha successivamente incluso anche le controversie relative alle azioni di responsabilità contro il soggetto incaricato della revisione contabile, per i danni derivanti da propri inadempimenti o da fatti illeciti commessi nei confronti della società che abbia conferito l'incarico e nei confronti dei terzi danneggiati.

è promossa da una banca nei confronti di altra banca ovvero da o contro associazioni rappresentative di consumatori o camere di commercio, e con esclusione quindi del contenzioso tra gli istituti di credito e i singoli utenti.

Il secondo titolo, il più ampio, si occupa del processo di cognizione, dettando una apposita disciplina speciale. In primo grado, questo processo si svolge dinanzi al tribunale in composizione collegiale (tranne che per le controversie bancarie tra istituti di credito, per le quali è previsto il giudizio monocratico) e nella fase di gravame dinanzi alla corte d'appello. Nelle aspirazioni del legislatore, l'intervento del giudice dovrebbe avvenire solo al termine di una fase introduttiva in cui le parti si scambiano, anche a mezzo *e-mail* o fax, citazioni, comparse di risposta ed eventuali repliche, fino a che l'attore o il convenuto non chiede al giudice di fissare l'udienza di discussione. Rispondendo all'istanza, il giudice emana il decreto di fissazione dell'udienza, con cui ammette le prove ed indica alle parti le questioni, di rito e di merito, rilevabili d'ufficio, di cui è necessaria la trattazione. Eventualmente tentata la conciliazione ed assunte le prove, il giudice ascolta la discussione tra i difensori delle parti e decide la causa. È pure previsto che per le controversie su somme di danaro, anche se non liquide, il creditore possa attivare un procedimento sommario al termine del quale il giudice designato, ove ritenga sussistenti i fatti costitutivi della domanda e manifestamente infondata la contestazione del convenuto, pronuncia ordinanza immediatamente esecutiva ma inidonea ad assumere efficacia di giudicato.

Il terzo titolo riguarda il procedimento cautelare. Nelle procedure cautelari è stato allentato il nesso di strumentalità necessaria tra la fase cautelare e quella di merito e cioè si è consentito che, ricorrendo determinati presupposti, la misura cautelare possa conservare efficacia anche quando non venga instaurato il giudizio di merito. Inoltre, si è previsto che la richiesta di un provvedimento cautelare in corso di causa possa innescare l'immediata decisione nel merito della controversia nelle forme del giudizio abbreviato. In altri termini, se ritiene che la questione sottopostagli possa essere decisa subito nel merito, il giudice, anziché limitarsi a concedere o negare il provvedimento cautelare, può decidere immediatamente, con modalità semplificate, il merito della causa.

Il quarto titolo inerisce ai procedimenti in camera di consiglio, di cui viene dettata una parte generale e due discipline specifiche, una per il procedimento camerale in confronto di una parte sola e l'altra per il procedimento in confronto di più parti.

Il quinto titolo è dedicato alla possibilità di inserire negli atti costitutivi delle società, ad eccezione di quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio a norma dell'art. 2325 bis c.c., clausole compromissorie vincolanti per la società, i soci, gli amministratori, i liquidatori e sindaci. Si prevede inoltre, per le società a responsabilità limitata e le società di persone, la figura dell'arbitrato gestorio, inedita per il nostro ordinamento, con cui i soci possono affidare a un terzo la decisione relativa al compimento di un atto di gestione su cui non vi sia accordo tra gli amministratori.

Nel sesto titolo, infine, viene disciplinata la conciliazione stragiudiziale, che può essere affidata ad enti pubblici o privati, iscritti in un registro, tenuto presso il Ministero della giustizia, il cui scopo è di certificarne serietà ed efficienza.

2.2. Le immediate ricadute applicative

Pur mutilato della parte ordinamentale, ed anzi, a ben vedere proprio perché si è rinunciato al progetto di centralizzare il contenzioso in un numero limitato di sezioni specializzate, il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, realizzando un intervento quanto mai penetrante sul sistema del processo civile, comporta impegnative conseguenza di tipo organizzativo.

Si tratta infatti di mettere a regime, negli uffici giudiziari, una riforma che introduce per alcune materie, accanto al rito ordinario di cognizione, al rito speciale del lavoro, al rito delle locazioni, al rito delle controversie agrarie, un ulteriore rito speciale a cognizione piena ed esauriente, che prevede un rito sommario ispirato al *référé* francese, che riscrive in gran parte il procedimento cautelare e che per i procedimenti camerali si differenzia in due moduli, destinati a regolare fattispecie diverse.

Ed è appena il caso di notare come la specificità della nuova disciplina, imponendo un approccio alquanto diverso da quello riservato alle altre cause, non consentirà di armonizzare facilmente la trattazione delle controversie in materia societaria, finanziaria e bancaria con l'esame delle altre pendenze.

Il tutto per una tipologia di liti, quali quelle in esame, qualitativamente rilevante, ma quantitativamente poco significativa, specie negli uffici di dimensioni medie e piccole[16].

Uno studio a campione[17] sul numero dei procedimenti civili coinvolti dalla riforma e sulla loro diffusione sul territorio nazionale ha mostrato che la stragrande maggioranza dei procedimenti si concentra in pochi distretti di corte d'appello. In particolare a Roma sono attualmente pendenti complessivamente 1467 procedimenti in materia societaria; nel 2001 sono stati iscritti 778 procedimenti e l'anno seguente ne sono stati iscritti 478. In Milano, dove è massima la concentrazione di sedi societarie, i procedimenti iscritti sul ruolo degli affari civili contenziosi nelle predette materie, esclusi i cautelari, nell'anno 2000 sono stati circa 400, 430 nel 2001, e 230 nel primo semestre 2002. A Palermo i procedimenti iscritti in materia societaria e di intermediazione mobiliare sono stati 300, a Ca-

[16] Riferisce PANZANI, *op. cit.*, 58, che «l'ambito in cui sono destinate a operare le nuove norme è limitato e incide in misura minima sul lavoro giudiziario. Si è calcolato in passato che le controversie in materia societaria siano infatti all'incirca l'un per cento del carico complessivo di lavoro dei tribunali. Anche le controversie in materia bancaria sono in numero modesto, se si prescinde dalle opposizioni a decreto ingiuntivo richiesto dalle banche».

[17] Citato dal C.S.M. nel parere reso sullo schema di decreto approvato dal Consiglio dei Ministri il 30 settembre 2002.

gliari l'attuale pendenza è pari a 121 procedimenti in tutto, a Venezia nell'ultimo anno sono state iscritte al ruolo 103 cause in materia societaria. Altri tribunali, pure di media grandezza, contano invece poche decine di procedimenti pendenti, in alcuni casi, addirittura alcune unità (a Firenze nell'ultimo anno sono state iscritte al ruolo 73 controversie in materia di diritto societario, a Potenza 45, a Lecce 23, ad Asti 10 controversie)[18].

Ci sarebbe quindi da riflettere sulla effettiva necessità di un intervento normativo di portata e valenza così ampia e innovativa come quello portato dal d.lgs. 5/2003.

La legge dei numeri rappresenterebbe infatti che vi sono solo pochi tribunali che presentano un carico di lavoro idoneo a giustificare, seppure parzialmente, una disciplina diversificata della materia del contenzioso societario[19].

2.3. Il nuovo rito societario, finanziario e bancario come anticipazione di una più globale riforma del processo civile

L'impressione ricavabile seguendo l'*iter* tortuoso scaturito nell'emanazione del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, è che il legislatore delegato, agendo sulla base di una delega mutilata, non abbia avuto la reale possibilità di incidere nel senso di una velocizzazione ed iniezione di efficienza nel campo della giustizia societaria, finanziaria e bancaria.

Il venir meno, per la resistenza del ceto forense e della stessa magistratura, della parte della legge delega dedicata ad una ristrutturazione del profilo ordinamentale con l'istituzione di sezioni specializzate e la creazione di un organo giudiziario specificamente attrezzato ad affrontare le questioni societarie e più in generale del diritto dell'economia ha infatti reso quasi inutile l'intervento riformatore.

L'esperienza delle riforme processuali degli anni novanta ha mostrato come da interventi limitati alla modifica delle norme processuali sortiscano scarsi benefici.

Sicuramente maggior impatto avrebbe avuto un intervento di tipo ordinamentale concentrato su un settore limitato come quello in esame.

Probabilmente un intervento di questo genere, volto alla creazione di nuclei di eccellenza, come in passato, in taluni uffici, è avvenuto per la giustizia

[18] È dunque comprensibile che, a fronte di statistiche secondo cui, al termine dell'anno di riferimento (dal 1° luglio 2001 al 30 giugno 2002), risultano pendenti circa 3.500.000 processi civili, dopo che ne erano sopravvenuti oltre 1.700.000 e ne erano stati definiti più di 1.800.000, nella relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2002 (pronunciata il 13 gennaio 2003 dal Procuratore generale della Repubblica presso la Corte Suprema di Cassazione, per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2003), si legga che il d.lgs. 5/2003 «riguarda un settore numericamente limitato di controversie».

[19] Per questa impostazione, v. il parere del C.S.M. sullo schema di decreto approvato dal Consiglio dei Ministri il 30 settembre 2002.

del lavoro, avrebbe scontato il rischio di sottrarre risorse all'esercizio della giurisdizione nelle altre materie.

Tuttavia, la scelta di privilegiare la giustizia delle imprese avrebbe potuto essere giustificata sulla base dell'interesse sociale allo sviluppo dell'economia come condizione preliminare rispetto ad ogni possibile politica sociale e di redistribuzione della ricchezza.

In ogni caso, caduta la delega sugli aspetti ordinamentali, il Governo sembra aver avuto di mira, più che la semplice attuazione dei principi e dei criteri direttivi rimasti nel testo dell'art. 12, legge delega, l'introduzione di un «processo modello», di concezione radicalmente diversa rispetto al processo oggi vigente per la generalità delle controversie, nel quale sperimentare novità da applicare su più vasta scala nell'ambito di una futura globale riforma del codice di rito.

L'esattezza di questa considerazione si coglie mettendo a confronto il testo con cui il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, ha dato attuazione allo scarno dettato dell'art. 12 legge delega con le articolate direttive elaborate dalla «Commissione Vaccarella» ossia dalla commissione ministeriale di studio per la riforma del processo civile, istituita con d. interm. 23 novembre 2001 e presieduta dal prof. Romano Vaccarella.

Sembra dunque opportuno, per agevolare tale confronto, riassumere i risultati ai quali è pervenuta la Commissione Vaccarella, i cui lavori sono proceduti speditamente[20], tanto da suscitare critiche per il mancato coinvolgimento della dottrina processualistica, della magistratura e delle professioni, nonché, si potrebbe aggiungere degli utenti finali del servizio giustizia[21].

Il 12 luglio 2002 l'elaborato, scandito in 63 punti, preceduti e accompagnati da una sintetica relazione, è stato presentato alla stampa.

Successivamente, i 63 punti si sono tradotti, con qualche modifica, in un disegno di legge delega per la riforma del codice di procedura civile, approvato il 24 ottobre 2003 dal Consiglio dei Ministri.

---

[20] Era previsto che la Commissione (la cui composizione è stata integrata con i d. interm. 27 novembre 2001, 12 dicembre 2001 e 12 febbraio 2002) dovesse concludere i propri lavori il 31 maggio 2002.

[21] Proto Pisani, *Verso una nuova stagione di riforme del processo civile?*, in *Foro it.*, 2002, V, 190, rileva che, pur essendo il dibattito non nuovo, «la Commissione Vaccarella sembra essersi posta volutamente in modo vergine rispetto ai problemi della riforma del c.p.c., nell'ansia di rispettare i tempi brevissimi concessi dal Ministro (...). Questa circostanza, unita quanto meno alla impressione del carattere unilaterale della composizione della Commissione (della quale, per tutti, non è stato chiamato a fare parte Giuseppe Tarzia), sembra censurabile sul piano del metodo e contrastare col carattere pluralistico che volutamente è stato da sempre considerato un valore nel mondo degli studiosi del processo civile».

La relazione unita al progetto Vaccarella si premura peraltro di avvertire che «la Commissione non ha mancato di utilizzare ampiamente quanto elaborato, sia pure nella prospettiva di un intervento razionalizzatore del rito vigente, dalla Commissione presieduta dal prof. Giuseppe Tarzia».

Il progetto Vaccarella e il conseguente disegno di legge delega, presentato, su iniziativa governativa, il 19 dicembre 2003, alla Camera dei Deputati, dove ha assunto il n. C. 4578/XIV, intendono dettare principi e criteri direttivi per una globale riforma del codice di rito da affidare al potere esecutivo.

La proposta più innovativa avanzata dalla Commissione Vaccarella riguarda la modifica della fase introduttiva del processo ordinario di cognizione, affidata direttamente alle parti e ai loro avvocati.

La causa, secondo il progetto, dovrebbe approdare dinanzi al giudice già nella condizione di poter essere istruita ed avviata a decisione, evitando di impegnare l'organo giudicante nelle incombenze che lo impegnano sino alle udienze *ex* artt. 183 e 184 c.p.c.

Oggi, dopo la notifica della citazione ad udienza fissa, la normale scansione è quella di una prima udienza di comparizione con termine obbligato per memoria integrativa delle eccezioni; di una udienza di trattazione con concessione di termini per precisazioni; della successiva udienza *ex* art. 184 c.p.c. con concessione di doppio termine per memorie sulla ammissibilità delle prove; della udienza di ammissione delle prove. Il giudice, naturalmente, partecipa a tutte le suddette udienze.

Secondo la proposta della Commissione, invece, la citazione dovrebbe perdere l'elemento della prefissazione dell'udienza. Dopo la notifica della citazione, l'attore dovrebbe costituirsi in giudizio (tramite iscrizione a ruolo con deposito dei documenti in cancelleria), ma il processo non prenderebbe automaticamente la via del contatto con il giudice. Questi verrebbe evocato solo quando una delle parti si convinca che il *thema decidendum* e il *thema probandum* siano stati sufficientemente delineati, al di fuori del meccanismo delle udienze, tramite lo scambio di memorie e il deposito di documenti. Ogni parte dovrebbe poter proporre difese concedendo termine all'altra parte per replicare fino a quando, anziché replicare, l'altra parte formuli le proprie conclusioni di rito e di merito e chieda al giudice di fissare la prima udienza facendo scattare in tal modo le preclusioni in punto di domande, eccezioni e prove.

L'udienza, stando al progetto, dovrebbe venire fissata dal giudice con un decreto contenente una pronuncia, succintamente motivata, sull'ammissibilità delle prove, l'indicazione delle questioni, di rito e di merito, rilevabili d'ufficio, oltre all'eventuale invito alle parti a comparire personalmente all'udienza per essere interrogate liberamente.

La causa dovrebbe così presentarsi all'udienza quando, ponendo termine allo scambio di repliche e controrepliche, la parte destinataria dell'atto di citazione ovvero di qualsiasi successiva replica ritenga la fase preparatoria sufficientemente sviluppatasi nella reciproca dialettica dello scambio degli atti difensivi e quindi matura per l'assunzione delle prove o direttamente per essere posta a decisione.

Il progetto Vaccarella propone, inoltre, che tutte le volte in cui l'esigenza di procurarsi un titolo esecutivo sia prevalente rispetto all'esigenza di giungere ad un accertamento si possa, sul modello del *référé* francese, instaurare un procedimento sommario non cautelare, celere ma rispettoso del contraddittorio, volto

ad ottenere un provvedimento esecutivo reclamabile, tendenzialmente risolutore della controversia, per quanto privo di efficacia di giudicato in senso proprio.

La Commissione propone infine, tra le altre numerose innovazioni, di allentare il nesso di strumentalità necessaria tra la fase cautelare e quella di merito, di riordinare la disciplina dei procedimenti in camera di consiglio, nonché di favorire l'arbitrato e la conciliazione sia giudiziale che stragiudiziale.

Come si vede, tra il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, e il progetto Vaccarella le analogie sono strettissime.

Identica, in particolare, è la parte centrale, quella che si articola in una fase preparatoria affidata integralmente alle parti.

Lo stesso Governo ha del resto riconosciuto l'evidenza, affermando che le disposizioni processuali emanate nell'ambito della riforma del diritto societario sono coerenti «con quanto è emerso dai lavori compiuti dalla Commissione Vaccarella, che ha elaborato le direttrici fondamentali di una riforma organica di tutto il processo civile; il provvedimento deliberato oggi dal Consiglio potrà costituire una sperimentazione generalizzabile in un futuro prossimo»[22].

Il decreto delegato ha dunque inteso anticipare, come in una sorta di laboratorio, la riforma complessiva del rito civile tratteggiata dal progetto Vaccarella.

Si tratta di un modo di procedere che ricorda quello seguito con la riforma, negli anni settanta, del processo del lavoro, le cui forme dovevano costituire il banco di prova di una complessiva riforma del processo civile, poi parzialmente realizzata con la Novella del 1990. Ma con una fondamentale differenza: mentre in passato il programma era di procedere dal particolare al generale, dettando prima le norme speciali sul processo del lavoro e successivamente elaborando quelle valide per la riforma complessiva del rito civile, oggi si è rovesciata la prospettiva. Le norme speciali di cui al d.lgs. 5/2003 discendono direttamente ed in alcuni casi addirittura testualmente da un complesso progetto di riforma globale del processo civile già pronto per essere presentato alle Camere e per costituire la materia di una corposa legge di delegazione.

Insomma, il nuovo processo speciale, piuttosto che cucito su misura per le esigenze delle controversie societarie[23] e bancario-finanziarie, pare essere stato acquistato al mercato delle confezioni per poi venire, in tutta fretta, ristretto e per quanto possibile adattato al corpo da vestire. Ciò, ovviamente, costituisce un grave vizio genetico della nuova normativa. Sennonché, deve darsi atto che era assai difficile trovare un tratto unificante tra la materia societaria, quella

[22] Così il comunicato stampa governativo n. 88 del 10 gennaio 2003, in *www.governo.it*, a commento delle deliberazioni assunte nel Consiglio dei ministri di quel giorno, nel quale sono stati approvati i testi definitivi dei decreti, poi pubblicati in Gazzetta Ufficiale, con cui è stata data attuazione alla legge delega per la riforma del diritto commerciale.

[23] E cioè a liti che fanno riferimento, essenzialmente, a due tipologie: le impugnazioni delle delibere dell'assemblea e degli altri organi societari (che non richiedono, in genere, l'assunzione di prove costituende) e le azioni di responsabilità contro i titolari degli organi (che invece, normalmente, richiedono attività istruttoria).

dell'intermediazione finanziaria e quella bancaria e creditizia, tutte investite dalla delega, che non fosse, genericamente, il tratto della complessità ed importanza delle liti. In tale ottica appare comprensibile la scelta del legislatore delegato di destinare al contenzioso oggetto di delega le norme che, nella prospettiva riformatrice del codice di rito, avrebbero costituito il modello ordinario di processo e sarebbero state quindi destinate alla cosiddetta *complex litigation*.

2.4. Il dibattito sull'opportunità di introdurre e poi generalizzare un nuovo rito a cognizione piena

Il meccanismo di cui al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, e al progetto Vaccarella, secondo le parole delle rispettive relazioni illustrative «fa leva sulla responsabile valutazione dei difensori e che stimola alla completezza degli scritti difensivi – senza rigidamente imporla *ab externo*, come le attuali preclusioni – nella dialettica tra le parti: così tutelando l'interesse ad una sollecita decisione e impedendo che la parte a ciò interessata possa far prevalere il suo intento dilatorio»[24].

Esso libera il giudice da «incombenti meramente routinari» e gli permette di concentrarsi sull'attività decisoria.

Si tratta, come è stato subito obiettato, di un meccanismo «del tutto razionale», ma con il "piccolo" difetto di presupporre che le parti siano eguali»[25].

Sarebbe infatti erroneo credere, in un contesto in cui all'eguaglianza formale delle parti spesso non corrisponde la loro eguaglianza sostanziale, che dal libero scontro delle parti derivi sempre il più corretto svolgimento della fase preparatoria ed in prospettiva la più giusta composizione della controversia, decisa da un giudice posto nelle condizioni migliori possibili per farlo.

Né alcun sistema di assistenza giudiziaria ai non abbienti potrebbe mai essere in grado di assicurare l'effettiva eguaglianza delle parti nel processo[26].

Non resterebbe allora, secondo chi critica la riforma, che fidare sull'iniziativa ufficiosa del giudice e soprattutto puntare sulla collaborazione del giudice con le parti e con i loro difensori nella fase preparatoria del processo ai fini della compiuta determinazione del *thema decidendum* e del *thema probandum*. Il

---

[24] Così sia la Relazione tecnica al d.lgs. 5/2003 sia le note illustrative al progetto di d.d.l. elaborato dalla Commissione Vaccarella.

[25] Proto Pisani, *op. cit.*, 191.

[26] Così Proto Pisani, *op. cit.*, 191 s., per il quale «la recente riforma della normativa sul gratuito patrocinio, operata con gli artt. 13, 17 e 20 della l. 29 marzo 2001, n. 134 (su cui v. Scarselli, *Modifiche alla l. 30 luglio 1990, n. 217*, in *Nuove leggi comm.*, 2002, 124 ss.) non può indurre a modificare i risultati del discorso sin qui svolto, in quanto da un lato il patrocinio a spese dello stato è attuato in modo ancora troppo limitato (v. Scarselli, *op. cit.*, 152 ss.) e dall'altro lato gli avvocati chiamati a svolgere tale assistenza saranno pur sempre avvocati, aventi gli stessi limiti dell'avvocatura italiana in genere». Sembrerebbe anche il caso di aggiungere che un sistema efficiente di *legal aid* presupporrebbe un notevole investimento di risorse finanziarie, come dimostra l'esperienza inglese.

che, tra l'altro, si inserirebbe nel solco della tendenza al rafforzamento dei poteri del giudice perseguita dalle riforme che negli ultimi anni hanno interessato altri sistemi processuali civili sia di *civil* che di *common law*, tra cui, con particolare forza, il sistema processuale inglese[27], e soprattutto, in una dimensione storica, risulterebbe coerente «con oltre cento anni di tentativi di supplire, attraverso interventi pubblici, alla diseguaglianza economica dei cittadini»[28].

Meglio sarebbe, in conclusione, razionalizzare il rito attualmente in vigore, concentrando in un'unica udienza le attività che adesso sono disseminate, *ex* artt. 180, 183 e 184 c.p.c., tra prima udienza di comparizione, prima udienza di trattazione e udienza per l'ammissione delle prove, ridando così tensione allo svolgimento della fase preparatoria senza perdere i benefici della collaborazione tra giudice, parti e difensori nella determinazione del *thema decidendum* e del *thema probandum*[29].

---

[27] Per riferimenti al *Nouveau code de procédure civile* francese del 1975 alla *Beschleinigungsnovelle* tedesca del 1977 e alla riforma che ha interessato il processo civile inglese nel 1998, fino alle più recenti *Ley de enjuiciamiento civil* del 2000, di riforma del processo spagnolo, e *Zivilprozessreformgesetz* del 2001, del processo civile tedesco, v. CARRATTA, *Riflessioni «a prima lettura» sui riti per le controversie societarie e finanziarie*, in *Dir. e Giust.*, 22 febbraio 2003, n. 7, 109, e successivamente *sub* premessa agli artt. 1-18, d.lgs. 5/2003, in CHIARLONI (a cura di), *Il nuovo processo societario*, Bologna, 2004, par. 4. Sul processo nordamericano v. DONDI, *Questioni di efficienza della fase preparatoria nel processo civile statunitense (e prospettive italiane di riforma)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, 161-174, part. 162 e 164, a cui parere occorre superare l'inattuale stereotipo secondo cui, «negli ordinamenti di *common law*, il processo civile sarebbe caratterizzato da una scarsissima presenza – o, piuttosto, dalla pressoché totale assenza – di poteri trattatori e istruttori in capo al giudice, essendo per converso gli avvocati in pratica gli esclusivi gestori delle corrispondenti fasi del processo», dovendosi prendere atto che il percorso che ha interessato tanto la concezione quanto la disciplina della fase preparatoria nel modello statunitense – nonché al suo interno in particolare le attività grossomodo definibili di trattazione della causa, ossia concernenti il meccanismo di *discovery* nel processo civile federale – può in effetti essere sintetizzato come un fenomeno di trasferimento progressivo (oltre che molto contrastato) dei poteri di controllo operativo su questa fase dalle parti – ossia, i loro avvocati – al giudice». Per l'affermazione che «il *trend* evolutivo della giustizia civile anglosassone sembra aver definitivamente abbandonato gli schemi classici del c.d. sistema *adversary*, sia perché forieri di un processo costoso, lungo e complicato, sia (...) per lo strapotere che avevano acquisito i grandi studi legali, che era alla base di abusi ormai ritenuti non più sopportabili», v. CEA, *La bozza Vaccarella tra dubbi e perplessità*, in *Foro it.*, 2003, V, 151-154, part. 152.

[28] PROTO PISANI, *op. cit.*, 192, al quale non sembra superfluo «richiamare l'attenzione sul capoverso dell'art. 3 Cost., il quale continua a costituire parte fondante del nostro patto costituzionale». Per una impostazione simile, v. ora CEA, *op. cit.*, 151-154, part. 153 s., secondo cui il processo riformatore, che costituisce ormai *ius conditum* con riferimento al contenzioso commerciale, susciterà forti sperequazioni a vantaggio di chi potrà permettersi gli avvocati di maggiore esperienza e abilità.

[29] In questo senso, v. PROTO PISANI, *op. loc. cit.* Per l'opinione che «la gravissima crisi della giustizia civile italiana possa essere utilmente affrontata senza rinunciare alla dimensione pubblicistica del processo e senza sottrarre al giudice il ruolo di garante del celere ed ordinato svolgimento della lite», cfr. anche VULLO, *Il nuovo processo delle società*, in *Studium iuris*, 2003, 551.

Secondo DIDONE, *Risorge la* matricula mercatorum*, il rito speciale per le società*, in *Dir. e Giust.*, 1° febbraio 2003, n. 4, 55, ora *Appunti sul nuovo processo societario di cognizione (con l'ausilio del «commento anticipato» del Mortara e del Ricci)*, in *Giur. it.*, 2003, 1982, gli obiettivi di velocizzazione e il recupero di efficienza a cui mira il d.lgs. n. 5 del 2003 potrebbero essere più sicuramente raggiunti con

Sarebbe oltretutto sconsigliabile «modificare radicalmente un modello di processo dopo meno di otto anni dalla sua entrata in vigore, proprio nel momento in cui si è radicato nelle abitudini degli operatori, dopo una imponente opera di chiarificazione effettuata dalla dottrina e dalla magistratura»[30], tanto più che i nuovi meccanismi presupporrebbero «un ceto forense particolarmente e diffusamente qualificato, il che in Italia non è»[31].

Tali rilievi non sembrano però cogliere interamente nel segno.

Essi non tengono infatti conto del fatto che, almeno nel campo del diritto dell'economia, le controversie si svolgono, tendenzialmente, tra soggetti egualmente forti sul piano economico e sociale, assistiti, in genere, dal settore più qualificato e dinamico del ceto forense[32], sicché l'entrata in vigore del d.lgs. 5/2003 non dovrebbe destare eccessivi timori sotto il profilo dello squilibrio delle parti o dell'impreparazione dei difensori[33].

Piuttosto, ci si dovrebbe interrogare sull'effettiva idoneità del nuovo modello processuale, introdotto dal legislatore delegato, di abbattere le dura-

---

l'approvazione del d.d.l. C. 2229/XIV, di iniziativa governativa, recante «Modifiche urgenti al codice di procedura civile», che intende incidere sul codice di rito, mantenendo però il vigente modello processuale. In quest'ottica, l'approvazione del d.d.l. farebbe venir meno la necessità dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 5 del 2003, oggi fissata per il 1° gennaio 2004. In sostanza si tratta del suggerimento espresso dal C.S.M. nel parere reso sullo schema di decreto approvato dal Consiglio dei Ministri il 30 settembre 2002, dove, dopo aver espresso dubbi sull'efficacia acceleratoria del nuovo rito, sull'opportunità di affidare la fase preparatoria esclusivamente alle parti e sulla costituzionalità della normativa dettata dal legislatore delegato, sottolineava che, «essendo all'esame della Commissione Giustizia della Camera il testo unificato del d.d.l. di riforma del processo civile, nel quale è prevista la semplificazione della fase introduttiva del processo, con riduzione del numero delle udienze, sarebbe forse opportuno attenderne l'esito e, in caso di approvazione, verificare gli effetti delle modifiche al codice di rito prima di intervenire, seppur settorialmente, in modo tanto radicale sul processo di cognizione». Nonostante ciò, lo schema di decreto sul rito societario, dopo un ulteriore passaggio al Consiglio dei Ministri, il 10 gennaio 2003, è stato ugualmente pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale, mentre, con passo meno rapido, il d.d.l. C. 2229, nel testo risultante dall'unificazione con i d.d.l. C. 538, C. 672, C. 1508, C. 2092, e C. 2302, di iniziativa parlamentare, a cui faceva riferimento il C.S.M. risulta tuttora all'esame del Parlamento.

[30] Proto Pisani, *op. cit.*, 192.

[31] Proto Pisani, *op. loc. cit.*. Poco fiducioso sulla capacità dei vostri avvocati di fare buon uso dei nuovi poteri loro riconosciuti dal legislatore della riforma appare anche Cea, *op. cit.*, 151-154. Interessante il rilievo di Dondi, *op. cit.*, 173 s., secondo cui importare nel nostro ordinamento un sistema che affidi interamente alle parti (o meglio ai loro difensori) la fase preparatoria, non solo ignora che anche in Nordamerica la tendenza evolutiva è nella direzione opposta ma non tiene conto che, a differenza di quanto avviene nel modello statunitense, in Italia il cattivo uso dello strumentario processuale, non più sottoposto al controllo e al contrasto del giudice, troverebbe «un terreno reso più che mai favorevole dalla scarsa incidenza (...) della regolamentazione deontologica come disciplina ulteriore delle modalità etiche della difesa in giudizio».

[32] Lo ammette lo stesso Proto Pisani, *op. cit.*, 192.

[33] Per una valutazione esattamente opposta, v. Carratta, *Riflessioni «a prima lettura»*, cit., 109 s., per il quale proprio nella materia disciplinata dal d.lgs. n. 5 del 2003 possono aversi processi «caratterizzati da un evidente dislivello di forza economica e sociale fra le parti», trascurando però che, dietro il dato formale della contrapposizione, ad es., tra una grossa società e piccole minoranze sociali (o addirittura un unico socio), si cela uno squilibrio spesso solo apparente, data la frequente presenza, alle spalle delle posizioni di minoranza, di corposi interessi.

te processuali, che è l'obiettivo dichiarato dai *conditores* ma su cui non sembra lecito abbandonarsi a troppe illusioni[34]. Di certo, una analisi disincantata e nel contempo non eccessivamente critica della struttura del nuovo processo lascia trasparire che il beneficio di aver sgravato la magistratura da un forte carico di udienze sia controbilanciato dall'onere accollatole di dover dominare *ex post* la massa di atti e documenti liberamente introdotti dalle parti: dopo aver consentito alle parti «repliche, dupliche e tripliche» in una fase sottratta alla direzione del giudice, sarà difficile che quest'ultimo sia in condizione di studiarsi rapidamente il materiale accumulatosi al di fuori della sua sorveglianza per poter emanare nel termine legislativamente previsto di cinquanta giorni quel decreto di fissazione dell'udienza che costituisce il fulcro del processo di cui al d.lgs. 5/2003.

2.5. La probabile incostituzionalità per eccesso di delega del decreto sul rito societario, finanziario e bancario

Passando dalle valutazioni di opportunità a quelle di legittimità, ci si può domandare se aver introdotto un nuovo rito speciale a cognizione piena per la materia societaria, finanziaria e bancaria sia costituzionalmente corretto nel contesto dei rapporti tra legge delega e decreto delegato.

L'art. 12, 2° co., punto 2, lett. a), della legge 3 ottobre 2001, n. 366, indicato dai *conditores* come la fonte diretta del potere di emanare le relative norme[35],

[34] Per una valutazione negativa della riforma e per la riaffermazione della necessità che, al fine del più sollecito sviluppo successivo anche la fase preparatoria si svolga in stretta collaborazione fra giudice e parti, v. soprattutto CARRATTA, *Riflessioni «a prima lettura»*, cit., 108 ss., ora *sub* premessa agli artt. 1-18 d.lgs. n. 5 del 2003, in CHIARLONI (a cura di), cit., parr. 3 ss., il quale richiama il dibattito svoltosi intorno agli inizi del secolo scorso in relazione al procedimento formale disciplinato dal codice di rito del 1865, in vigore fino al 1901, che, analogamente al d.lgs. n. 5 del 2003, prevedeva uno scambio tendenzialmente illimitato di comparse, eventualmente contenenti nuove domande e nuove conclusioni, fino a quando una delle parti si fosse astenuta dal rispondere all'ultima scrittura dell'avversario ed avesse iscritto la causa a ruolo (sulle ragioni dell'abolizione del rito formale e sulla sua sostituzione con il rito sommario, preferito dagli avvocati, v., di recente, CIPRIANI, *Nel centenario della riforma del procedimento sommario*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 526 ss.; ID., *I problemi del processo di cognizione tra passato e presente*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 39 ss.).

È peraltro dubitabile che sulla ragionevole durata del processo possa incidere il fatto che dalla mancata partecipazione del giudice alla preparazione della causa discenda il rischio che il lavoro di preparazione svolto dalle parti si risolva in «un lavoro a vuoto», ove l'impostazione data alla controversia dalle parti non corrisponda a quella data dal giudice nel momento in cui ne venga investito oppure tutte le volte che una delle parti si rivolga al giudice senza che si sia avuta l'adeguata definizione dell'oggetto del giudizio. In questi casi non pare infatti possibile la rimessione all'indietro della causa, rispedita alla fase preparatoria, o la concessione di termini per ulteriori scambi di memorie dove allegare fatti e produrre prove (come sembra ritenere CARRATTA, *Riflessioni «a prima lettura»*, cit., 108), dovendosi invece procedere alla decisione della causa.

[35] Nella relazione governativa allo schema di decreto si legge: «si è ritenuto di realizzare "la concentrazione del procedimento e la riduzione dei termini [*rectius*: tempi] processuali" attraverso la previsione di un rito caratterizzato» dagli elementi che sono previsti negli artt. da 2 a 18 del decreto.

si limita invero a stabilire che, per assicurare la «più rapida ed efficace definizione dei procedimenti» societari, finanziari e bancari prescritta dal 1° co., il Governo avrebbe potuto dettare regole processuali volte a prevedere «la concentrazione del procedimento e la riduzione dei termini processuali».

Letteralmente, dunque, la delega consentiva al Governo due cose.

Una era di accorciare la catena delle udienze, che nel rito ordinario di cognizione si snoda nei passaggi dell'udienza di prima comparizione, della prima udienza di trattazione, dell'udienza di ammissione delle prove e delle eventuali udienze istruttorie nonché per la precisazione delle conclusioni.

L'altra era di comprimere i termini processuali, come ad esempio è già previsto nel giudizio dinanzi al giudice di pace e nelle opposizioni a decreto ingiuntivo, dove, ai sensi, rispettivamente, dell'art. 318, 2° co., e dell'art. 645, 2° co., c.p.c., i termini di comparizione sono ridotti alla metà.

Il legislatore delegato poteva cioè intervenire sull'articolazione delle udienze e sull'entità dei termini processuali[36], ma, nulla essendo previsto in proposito, non sembra avesse il potere di perseguire il fine di una più rapida ed efficace definizione dei procedimenti introducendo una compiuta disciplina di un nuovo rito a cognizione piena modellato su principi radicalmente difformi da quelli a cui si ispira l'attuale rito ordinario[37].

Del resto, nel tracciare lo schema della delega per la riforma del codice di procedura civile, la Commissione Vaccarella ha sentito l'esigenza, per suggerire la modifica dei principi ispiratori della fase iniziale del processo, della definizione del *thema probandum* e del *thema decidendum* e dell'udienza di trattazione, di articolare cinque dettagliati punti[38] accompagnati ciascuno da una specifica relazione[39], sicché appare piuttosto sorprendente aver potuto trarre dalla lett. a) del 2° co. dell'art. 12, l. 366/2001 una disciplina di pari complessità

---

[36] Ed in effetti, a commento della legge-delega, si era pensato che il legislatore delegato avrebbe provveduto «a una riduzione dei termini della *vocatio in ius* e di costituzione delle parti, alla soppressione dell'udienza di prima comparizione prevista dall'art. 180 c.p.c. e al suo accorpamento con l'udienza di trattazione *ex* art. 183 c.p.c., in ragione del carattere in genere documentale di questo tipo di procedimenti» e più in generale si riteneva fosse «possibile una riduzione di tutti i termini per il deposito di memorie»: così PANZANI, *op. cit.*, 58.

[37] Secondo il parere reso dal C.S.M. sullo schema di decreto il legislatore delegato «avrebbe dovuto assumere come *tertium comparationis* il processo ordinario di cognizione qual è disciplinato dal libro II del codice di rito, rispetto al quale» avrebbe dovuto realizzarsi ogni necessaria modifica. La scelta di sottrarre a qualunque intervento del giudice e rimettere alle parti la gestione dell'intera fase preparatoria, mentre il codice attuale prevede un potere di collaborazione del giudice nella definizione del *thema probandum* e del *thema decidendum*, pur di per sé pienamente legittima e ovviamente rientrante nel campo delle scelte discrezionali del legislatore, non poteva, ad avviso del C.S.M., essere operata dal legislatore delegato, dal momento che dalla legge-delega non si ricava l'intenzione del legislatore delegante di abbandonare il modello processuale sinora adottato.

[38] Si tratta dei punti da 17 a 21 del progetto, ora contenuti negli artt. da 16 a 19 nonché nell'art. 22 del d.d.l. delega C. 4578/XIV.

[39] Lo nota sempre il parere del C.S.M. Per il medesimo rilievo v. CARRATTA, *Riflessioni «a prima lettura»*, cit., 106.

rispetto a quella che nei progetti dei *conditores* dovrebbe discendere dall'attuazione di ben cinque punti di delega, poi suddivisi, nel d.d.l. delega C. 4578/XIV, in cinque articoli, composti, complessivamente, da una quindicina di paragrafi.

Difficilmente si può quindi sfuggire alla seguente alternativa.

O il legislatore delegato, avendo introdotto innovazioni eccedenti il mandato di concentrare le udienze e ridurre i termini, ha ecceduto i limiti dell'incarico conferitogli dal Parlamento, violando così l'art. 76 Cost., che impone al Governo il rispetto dei principi e criteri direttivi dettati dalla legge delega[40].

O il mandato di concentrare le udienze e ridurre i termini non era null'altro che una indicazione esemplificativa delle modalità con cui si sarebbe potuto raggiungere l'obiettivo della «più rapida ed efficace definizione dei procedimenti» di cui al 1° co. dell'art. 12, come lascia intendere la sostanziale «correzione» che la relazione governativa allo schema di decreto ha ritenuto di apportare al criterio indicato nell'art. 12, 2° co., lett. a), l. delega («riduzione dei *termini* processuali»), riferendolo ad una generica direttiva a «ridurre i *tempi* processuali». In quest'ultimo caso il Governo si sarebbe mosso correttamente, introducendo il nuovo rito a cognizione piena proprio per assicurare maggiore efficienza ed efficacia. Ma, in questo secondo caso, ad essere incostituzionale sarebbe, per la sua «insufficienza», la stessa l. 366/2001, postasi in contrasto con il dovere, derivante anch'esso dall'art. 76 Cost., di contenere principi e criteri direttivi sufficientemente specifici e determinati[41].

Naturalmente, qualora l'esposto ragionamento sia corretto[42], i rischi sono gravi.

L'eventuale declaratoria di illegittimità costituzionale[43] delle nuove norme

---

[40] Nel senso che a configurare l'eccesso di delega è sufficiente che «la norma delegata sconfini dal fisiologico "riempimento" della norma delegante», v. C. Cost., 3 giugno 1998, n. 198, in *Foro it.*, 1998, I, 3026 ss. Sui problemi di costituzionalità suscitati dai rapporti tra legge-delega e decreto legislativo, v., in generale, tra gli altri, RUGGERI e SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2001, 111 ss.; CERRI, voce «Delega legislativa», in *Enc. Giur.*, X, Roma, 1988.

[41] Così anche il parere del C.S.M., nonché CARRATTA, *Riflessioni «a prima lettura»*, cit., 21. Sull'incostituzionalità della legge-delega per aver omesso la «determinazione di principi e criteri direttivi», cfr. C. Cost., 21 gennaio 1999, n. 8, ord., in *Giur. cost.*, 1999, 61; C. Cost., 24 luglio 1995, n. 362, in *Foro it.*, 1996, I, 2671 ss.; C. Cost., 13 maggio 1993, n. 237, *ivi*, 1993, I, 3198 ss.

[42] Nel senso dell'incostituzionalità della nuova normativa per eccesso di delega o comunque per l'eccessiva genericità della legge di delegazione, oltre al parere del C.S.M., e a CARRATTA, *Riflessioni «a prima lettura»*, cit., 21 e 106, v. RIVA CRUGNOLA, *Le attività del giudice nel nuovo «processo societario» di cognizione di primo grado: fissazione dell'udienza, istruzione, fase decisoria*, in *Soc.*, 2003, 782; CONSOLO, *Esercizi imminenti sul c.p.c.: metodi asistematici e penombre*, in *Corr. giur.*, 2002, 1543 s., secondo cui il testo del c.p.c. societario desta «preoccupazioni e occasioni di sconcerto, fin – a ben vedere – da quella di fondo sulla legittimità della sua ragion d'essere» dal momento che la legge di delega n. 366 del 2001 non contemplava né consentiva l'emanazione di «un mini-codice di diritto processuale civile societario (e processuale bancario-finanziario *ex* d.lgs. n. 58 del 1998)». Sul punto, v. ora CARRATTA, *sub* premessa agli artt. 1-18 d.lgs. n. 5 del 2003, cit., par. 2, e TARZIA, *Interrogativi sul nuovo processo societario*, in *Riv. dir. process.*, 2003, 641 ss.

[43] Secondo CARRATTA, *sub* premessa agli artt. 1-18 d.lgs. n. 5 del 2003, cit., par. 2 (già in *Rifles-*

processuali avrebbe, al pari delle declaratorie di illegittimità costituzionale delle norme sostanziali, effetto dichiarativo e quindi sarebbe, in sostanza, retroattiva[44], salvo il limite dei rapporti esauriti, delle statuizioni irrevocabili e delle intervenute preclusioni o decadenze.

Ciò comporterebbe effetti molto negativi sul piano della regolare amministrazione della giustizia. Né si può sperare che in considerazione degli effetti dirompenti di una sua pronuncia la Consulta rinunci a pretendere la corretta applicazione dell'art. 76 Cost. e ad assicurare la regolare esplicazione dei rapporti isti-

---

sioni «a prima lettura», cit., 106), al di là dei problemi del rispetto della legge di delegazione, vi sarebbe soprattutto da considerare come, in riferimento alla fase preparatoria, il nuovo rito prescinda dal dettato costituzionale dell'art. 111, 2° co., Cost., «che impone di disciplinare il processo (in tutto il suo corso) in modo tale da assicurarne lo svolgimento "nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, *davanti* a un giudice terzo e imparziale": condizioni, queste», che verrebbero a mancare «sia quando il paritario trattamento fra le parti venga limitato al solo aspetto formale (e non si tenga conto, invece, della "sostanza del problema": sia quando in alcuni momenti del processo si precluda (salva una diversa volontà delle parti) la possibilità di intervento dell'organo giurisdizionale». In altri termini, se ben s'intende, il nuovo processo sarebbe incostituzionale, in violazione degli artt. 3, 2° co., e 111, 2° co., Cost., perché l'assenza del giudice dalla fase preparatoria, lasciata interamente al dominio dei privati e quindi all'abilità dei rispettivi avvocati, non consentirebbe di assicurare l'uguaglianza sostanziale delle parti, possibile solo attraverso l'attività di riequilibrio svolta dal giudice e non certo grazie agli istituti di assistenza giudiziaria ai non abbienti, i quali «non mirano affatto ad eliminare il dislivello economico e sociale fra le parti del processo, ma solo a garantire un minimo aiuto economico ai non abbienti»: CARRATTA, *Riflessioni «a prima lettura»*, cit., 110, adesso *sub* premessa agli artt. 1-18 d.lgs. n. 5 del 2003, cit., par. 4.

[44] L'orientamento assolutamente prevalente, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, riconosce, salvo il limite dei rapporti esauriti, delle statuizioni irrevocabili e delle preclusioni o decadenze, la retroattività delle sentenze dichiarative dell'incostituzionalità di norme processuali: sull'efficacia temporale delle sentenze di accoglimento v. da ultimi, in generale, RUGGERI e SPADARO, *op. cit.*, Torino, 2001, 211-220; MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 1994, 588-591; ZAGREBELSKY, voce «Processo costituzionale», in *Enc. Dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 629-636, ora *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 258-269; CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, *L'ordinamento costituzionale italiano*, Padova, 1984, 384-387; specificamente per il processo civile, v. CAPPONI, *La legge processuale civile*, Torino, 2001, 136 ss., ID., *Appunti sulla legge processuale civile*, Torino, 1999, 104 ss., e, per il processo penale, MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, in UBERTIS e VOENA (diretto da), *Trattato di procedura penale*, Milano, 1999, 316 ss. Il tema è recentemente tornato di attualità in materia di notificazioni a mezzo posta, a seguito della declaratoria di incostituzionalità del meccanismo di notificazione postale al temporaneamente assente contemplato dall'art. 8 della l. 20 novembre 1982, n. 890, pronunciata con la sentenza 23 settembre 1998, n. 346 (in *Giur. it.*, 1999, 1568, con nota di BALENA, e in *Corr. giur.*, 1998, 1428, con commenti di CAPONI e di CONTE), che si è riflettuta su numerosissimi processi. Nella fattispecie, tanto la Cassazione civile (v. ad es. Cass., 7 giugno 2000, n. 7704; Id., 10 maggio 2000 n. 5992; Id., 3 maggio 1999, n. 4383; Id., 13 febbraio 1999, n. 1203, tutte in *Giur. it.*, 2001, 467, con mia nota) quanto la Cassazione penale (da ultima v. Cass. pen., Sez. Un., 27 febbraio, dep. 8 maggio 2002, n. 17179, Conti, in *Guida dir.*, 3 agosto 2002, n. 30, 63, con nota di SANTORO), dove pure in passato si erano registrate delle incertezze, hanno ripetutamente ribadito la regola del dispiegamento degli effetti della declaratoria anche nei confronti degli atti processuali compiuti prima della pronuncia di incostituzionalità, con conseguente sopravvenuta nullità degli stessi, con la sola salvezza delle situazioni ormai definite.

tuzionali tra Parlamento e Governo. L'unica via d'uscita pare pertanto o l'abbandono al proprio destino delle innovazioni non coperte dalla delega o una ratifica *ex post*, tramite legge formale, dell'operato del Governo[45].

3. Codice di rito e d.lgs. 5/2003

3.1. I rapporti tra il nuovo decreto e il codice di procedura civile

Una riflessione va infine operata sulla scelta del legislatore delegato di attuare l'art. 12 della delega emanando un decreto legislativo destinato ad inserirsi nella legislazione speciale invece di novellare il codice di rito, ad esempio aggiungendo, nel Libro IV, dedicato ai procedimenti speciali, un nuovo titolo sul rito societario, finanziario e bancario.

In proposito il legislatore delegante aveva lasciato al legislatore delegato libertà d'azione, dal momento che non si era preoccupato di dettare con riferimento al codice di procedura civile una disposizione analoga a quella contenuta nel 2° co. dell'art. 1, l. 366/2001, dove aveva avuto cura di stabilire che la riforma della parte sostanziale fosse realizzata «novellando, ove possibile, le disposizioni del codice civile»[46].

La ragione della collocazione extracodicistica delle nuove norme processuali va forse cercata nell'attitudine psicologica dei materiali estensori della riforma, che parallelamente sono stati gli estensori di uno studio per la riforma complessiva della procedura civile, di considerare il codice attuale sulla via dell'abrogazione.

Sotto questo profilo aver dato una collocazione autonoma, nella legislazione speciale, al rito societario, finanziario e bancario si giustifica sia con l'inutilità di calare le nuove disposizioni in un testo comunque destinato ad essere abbandonato sia con la volontà di contrapporre anche plasticamente al vecchio impianto codicistico la nuova normativa, che anticipa il modello a cui secondo le intenzioni della Commissione Vaccarella dovrà ispirarsi la futura riforma globale del processo.

In ogni caso, la circostanza che il codice di rito non sia stato novellato, ma si sia optato per un decreto *ad hoc*, sottolinea l'autonomia ed autosufficienza del testo normativo sulle controversie societarie, finanziarie e bancarie.

---

[45] Paradossalmente, ricorrendo la necessità ed urgenza di evitare i gravi problemi suscitati da una eventuale pronuncia di incostituzionalità del nuovo modello processuale introdotto con il d.lgs. n. 5 del 2003, parrebbe legittima l'emanazione di un decreto-legge da parte dello stesso potere esecutivo, salva naturalmente la successiva conversione in legge ad opera delle Camere.

[46] L'indicazione di novellare il codice civile non era originariamente prevista nel d.d.l. C. 7123/XIII, ripreso dal d.d.l. C. 1137/XIV, ed è il frutto di un emendamento approvato nel corso dei lavori parlamentari tenuti durante la XIV legislatura.

Si tratta, naturalmente, di una autonomia ed autosufficienza da intendere *cum grano salis*.

La disciplina a cui fare riferimento per colmare eventuali lacune non potrà che essere cercata nel codice di procedura civile, come del resto si riconosce nel 4° co. dell'art. 1 del decreto, secondo cui, per quanto non diversamente disciplinato, si applicano, salva la valutazione di compatibilità, le disposizioni del codice di procedura civile.

Le controversie in esame vengono così ad essere regolate, «in condominio», da almeno tre testi normativi: d.lgs. 5/2003, il codice di rito e il codice civile. Pure quest'ultimo contiene infatti norme processuali (le norme processuali che la relazione governativa denomina come *extravagantes*), alcune delle quali, come quelle contenute agli artt. 2378 e 2409 c.c., sono state fortemente innovate dal d.lgs. 6/2003, relativo alla parte «sostanziale» della riforma del diritto processuale. È pertanto evidente come il coordinamento di tutti questi testi normativi potrebbe risultare non dei più agevoli, tanto più che i modelli processuali a cui il d.lgs. 5/2003 e il codice di procedura civile attualmente vigente si ispirano appaiono molto lontani e quasi antitetici tra loro.

3.2. (Segue.)... e l'influenza della normativa speciale sulla disciplina codicistica

Il problema dei rapporti tra il d.lgs. 5/2003 e la disciplina codicistica può inoltre essere visto anche in senso inverso.

Ci si può in altri termini chiedere non solo se quanto dettato dal legislatore della riforma del diritto processuale societario, finanziario e bancario possa essere integrato dalla normativa generale contenuta nel codice di rito, ma anche se quest'ultima possa essere interpretata, laddove sussistano contrasti, alla luce del nuovo decreto.

La domanda assume una particolare importanza in quanto, come è stato notato, «tutto il testo del d.lgs. è prodigo di mini-norme di chiarimento (e/o interpretazione autentica) su tante questioni dibattute: dalla legittimazione al gravame dell'interveniente adesivo alla decorrenza del termine per il reclamo cautelare, alla sorte dell'appello privo di motivi specifici, alla sfera soggettiva dell'intervento in appello, alla decorrenza dei dieci giorni per la costituzione dell'attore nel caso di processo litisconsortile, etc. etc.»[47].

In prima battuta la risposta parrebbe agevole.

Dal momento che la disciplina in commento è speciale rispetto all'articolato contenuto nel codice di procedura civile, essa parrebbe operare esclusivamente nel proprio specifico campo di applicazione ed al di fuori di esso non parrebbe poter influire sull'interpretazione del codice di rito.

È tuttavia proprio la premessa del ragionamento ed essere dubitabile.

---

[47] CONSOLO, *Esercizi imminenti sul c.p.c.*, cit., 1544.

Il decreto sul processo societario, finanziario e bancario sembra infatti scarsamente animato dalla volontà di approntare un intervento settoriale, a tutela delle particolari esigenze della materia societaria e di quella assimilata. In realtà, come si è visto in precedenza, il legislatore ha inteso emanare, per le cause di maggiore complessità, una sorta di anticipazione della più ampia riforma organica di tutto il processo civile che dovrebbe essere attuata sviluppando i criteri emersi dai lavori compiuti dalla Commissione Vaccarella. Non si può dunque pregiudizialmente escludere l'estensibilità oltre i confini del d.lgs. 5/2003 di quanto ivi previsto. Bisognerà invece valutare caso per caso se sia possibile ricavare dalla nuova normativa indicazioni utilizzabili anche in generale[48] o se, vuoi per la particolarità della materia oggetto di disciplina, vuoi, più probabilmente, per l'incompatibilità con il modello processuale adottato nel codice di rito, tali indicazioni debbano rimanere confinate nel campo circoscritto dall'art. 1 del decreto delegato.

[48] Così, ad esempio, non si vede per quale motivo il 5° co. dell'art. 35, che ammette la compatibilità tra la clausola per arbitrato irrituale e la tutela cautelare, non possa essere invocato in un contesto più ampio per sostenere la generale compatibilità tra arbitrato irrituale e intervento in via cautelare del giudice, che costituisce, come è noto, un tema, aspramente dibattuto.

Né, tanto per proporre altre questioni notevolmente controverse, si vede la ragione di limitare al campo societario, finanziario e bancario il disposto del 5° co. dell'art. 23, secondo cui il reclamo cautelare si propone nel termine di dieci giorni (non dalla notificazione ma) dalla comunicazione del provvedimento, o il disposto dell'ultima parte dello stesso comma del medesimo articolo laddove prevede che in sede di reclamo il tribunale può sempre assumere informazioni e acquisire nuovi documenti e stabilisce che non è consentita la rimessione al primo giudice.

Se dunque è vero che il d.lgs. n. 5 del 2003 non era la sede propria per intervenire su questioni che dovevano essere risolte modificando, piuttosto, il codice di procedura civile, e se è altresì vero che si rischia di innalzare il livello di confusione, contribuendo, come si è scritto, «a dare un'altra boccata di ossido di carbonio alla prassi processuale di ogni giorno», non si può però condividere lo scetticismo espresso da Consolo, *Esercizi imminenti sul c.p.c.*, cit., 1544, secondo cui «in tutte le liti non coperte dal d.lgs. ci si chiederà, con pari argomenti, se si tratti di interpretazione autentica o correttrice esplicitata nella prima occasione utile, ma di respiro *ultra moenia* rispetto all'occasione; od invece di norme di ispirazione singolare».

TITOLO I
NUOVE NORME DI PROCEDURA

Articolo 1
Ambito di applicazione

1. *Si osservano le disposizioni del presente decreto legislativo in tutte le controversie, incluse quelle connesse a norma degli articoli 31, 32, 33, 34, 35 e 36 del codice di procedura civile, relative a:*

a) rapporti societari, ivi compresi quelli concernenti le società di fatto, l'accertamento, la costituzione, la modificazione o l'estinzione di un rapporto societario, le azioni di responsabilità da chiunque promosse contro gli organi amministrativi e di controllo, i liquidatori e i direttori generali delle società, delle mutue assicuratrici e delle società cooperative, nonché contro il soggetto incaricato della revisione contabile per i danni derivanti da propri inadempimenti o da fatti illeciti commessi nei confronti della società che ha conferito l'incarico e nei confronti dei terzi danneggiati;

b) trasferimento delle partecipazioni sociali, nonché ogni altro negozio avente ad oggetto le partecipazioni sociali o i diritti inerenti;

c) patti parasociali, anche diversi da quelli disciplinati dall'articolo 2341 bis del codice civile, e accordi di collaborazione di cui all'articolo 2341 bis, ultimo comma, del codice civile;

d) rapporti in materia di intermediazione mobiliare da chiunque gestita, servizi e contratti di investimento, ivi compresi i servizi accessori, fondi di investimento, gestione collettiva del risparmio e gestione accentrata di strumenti finanziari, vendita di prodotti finanziari, ivi compresa la cartolarizzazione dei crediti, offerte pubbliche di acquisto e di scambio, contratti di borsa;

e) materie di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, quando la relativa controversia è promossa da una banca nei confronti di altra banca ovvero da o contro associazioni rappresentative di consumatori o camere di commercio;

f) credito per le opere pubbliche.

2. *Restano ferme tutte le norme sulla giurisdizione. Spettano esclusivamente alla corte d'appello tutte le controversie di cui agli articoli 145 decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e 195 decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58.*

3. *Salvo che nelle controversie di cui al comma 1, lettera e), il tribunale giudica a norma del capo I del titolo II del presente decreto in composizione collegiale. Nelle azioni promosse da contro associazioni rappresentative dei*

consumatori e dalle camere di commercio il tribunale giudica in composizione collegiale anche se relative alle materie di cui al comma 1, lettera e).
4. *Per quanto non diversamente disciplinato dal presente decreto, si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili.*
5. *Quando rileva che una causa relativa ad uno dei rapporti di cui al comma 1 è stata proposta in forme diverse da quelle previste dal presente decreto, il giudice dispone con ordinanza il mutamento di rito e la cancellazione della causa dal ruolo; dalla comunicazione dell'ordinanza decorrono, se emessa a seguito dell'udienza di prima comparizione, i termini di cui all'articolo 6 ovvero, in ogni altro caso, i termini di cui all'articolo 7; restano ferme le decadenze già maturate.*

Commento di EUGENIO DALMOTTO

Sommario

1. Controversie – **1.1.** Premessa – **1.2.** La materia societaria – **1.3.** La materia finanziaria – **1.4.** La materia bancaria e creditizia – **1.5.** La mancata (re)introduzione della materia industriale – **1.6.** L'esclusione delle materie demandate alla giurisdizione amministrativa e alla competenza in unico grado della corte d'appello – **2.** Organo giudicante e rito da seguire – **2.1.** La competenza del tribunale – **2.2.** Le questioni di rito: dal rito ordinario al rito speciale – **2.3.** (Segue.): ... e dal rito speciale al rito ordinario – **2.4.** La composizione normalmente collegiale del tribunale – **3.** Legge processuale – **3.1.** Il rinvio al codice di procedura civile

1. Controversie

1.1. Premessa

Sulla base di quanto prefigurato dal 1° co. dell'art. 11 del d.d.l. C. 7123/XIII, con cui nella scorsa legislatura il Governo aveva presentato al Parlamento il progetto elaborato dalla Commissione Mirone, la riforma avrebbe dovuto interessare uno spettro più ampio di materie.

Questo anche perché l'idea originaria contemplava l'istituzione, in tutte le attuali sedi di corte d'appello, di apposite sezioni specializzate nel diritto dell'economia.

Per assicurare una «massa critica» di controversie sufficiente a giustificare l'istituzione di appositi organi giurisdizionali non era infatti sufficiente attribuire alla competenza per materia di tali sezioni solo le questioni societarie, per quanto esse comprendessero anche le cessioni delle partecipazioni sociali e i patti parasociali.

Tenuto conto della elevata specializzazione di cui si intendeva rivestire le sezioni specializzate, si era quindi ritenuto di inserire anche le questioni disciplinate dal t.u. delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di

cui al d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (t.u.f.), e dal t.u. delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (t.u.b.). Inoltre, si era pensato, nel rispetto di impegni comunitari e internazionali[1], di richiamare le questioni in materia di concorrenza, brevetti e segni distintivi dell'impresa. Infine si era giudicato opportuno comprendere nella competenza delle sezioni specializzate anche la materia concorsuale, per la cui trattazione occorre un elevato grado di comprensione dei problemi economici, finanziari e patrimoniali delle imprese. In particolare, si intendeva attribuire alle sezioni specializzate tutte o alcune delle controversie in materia fallimentare e concorsuale in genere, tutti i procedimenti previsti dalla disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza e tutte le relative controversie, nonché tutti i procedimenti connessi e consequenziali, salvo i procedimenti previsti dal Capo I del Titolo IV, d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270.

Si era invece stimato eccessivo e controproducente porre a carico delle istituende sezioni specializzate l'onere di fronteggiare l'ingente numero di istanze di fallimento (spesso, come si notava nella relazione di accompagnamento, finalizzate solo ad esercitare pressione sul debitore per accelerare il pagamento di debiti) da cui sono gravati i tribunali. Si intendeva pertanto escludere i procedimenti per la dichiarazione di fallimento. E, per analoghe ragioni, era parso fuor di luogo attribuire ad esse le competenze gestorie del tribunale fallimentare. Le sezioni specializzate avrebbero potuto, in questo quadro, svolgere la funzione di giudice dell'opposizione alla dichiarazione di fallimento e sorvegliare l'attività gestoria inerente alle procedure concorsuali, che sarebbe rimasta affidata alle sezioni già esistenti. Ciò avrebbe, tra l'altro, permesso di prestare ossequio al principio di terzietà del giudice, che male si adatta a situazioni in cui il magistrato che valuta l'opportunità di promuovere un'azione per il fallimento ed il magistrato che su quell'azione è poi chiamato a giudicare fanno parte del medesimo organo giurisdizionale.

Così individuata la loro competenza, il legislatore delegato avrebbe dovuto dettare regole processuali da applicare dinanzi alle sezioni specializzate in modo da realizzare l'auspicato fine di una più rapida ed efficace definizione dei procedimenti.

L'ambito di applicazione dell'emanando d.lgs. avrebbe dovuto quindi toccare la materia societaria, quella finanziaria, quella bancaria e creditizia, quella della concorrenza, dei brevetti e dei segni distintivi dell'impresa, e, almeno in parte, la materia fallimentare.

Nel corso dei lavori parlamentari, parallelamente alla rinuncia all'istituzione di sezioni specializzate e all'abbandono della parte ordinamentale della

[1] L'art. 4, l. 17 agosto 1993, n. 302, di ratifica dell'Accordo di Lussemburgo sul brevetto comunitario, e gli artt. 91 e 143 del regolamento 20 dicembre 1993, n. 40/94/CE, sul marchio comunitario, imponevano la devoluzione delle controversie in materia di brevetti e marchi ad apposite sezioni specializzate. In particolare, il regolamento imponeva come data limite per la propria attuazione il 14 marzo 1997, tanto che la sua mancata ottemperanza ha determinato l'apertura in sede comunitaria della procedura d'infrazione n. 4697/2000 contro lo Stato italiano.

riforma, veniva però meno la delega a provvedere sul rito delle controversie di diritto industriale e fallimentare.

L'art. 12, l. 3 ottobre 2001, n. 366, si è infatti concentrato su società, finanza, banca e credito.

1.2. La materia societaria

Le disposizioni del d.lgs. 5/2003 si applicano, innanzitutto, alle controversie societarie e parasocietarie di cui alla lett. a) del 1° co. dell'art. 12, l. 3 ottobre 2001, n. 366.

La legge delega parla, a tale proposito, di controversie «di diritto societario», specificando che in esse debbono comprendersi, oltre alle liti societarie vere e proprie, anche le controversie relative al trasferimento delle partecipazioni sociali e ai patti parasociali.

Il cenno al trasferimento delle partecipazioni sociali e ai patti parasociali è importante, perché si tratta di materie che esulano dalla disciplina dell'organizzazione societaria in senso stretto e non avrebbero potuto essere considerate ricomprese nel decreto delegato in difetto di loro esplicita previsione.

Ciò posto, il decreto delegato individua analiticamente, alle lett. a), b) e c) del 1° co. dell'art. 1, con una elencazione dalle sembianze più esemplificative che tassative, quanto indicato dal legislatore delegante con formulazione sintetica.

La lett. a) si riferisce alle controversie relative ai rapporti societari (di società di persone come di società di capitali), compresi quelli concernenti le società di fatto, l'accertamento, la costituzione, la modificazione o l'estinzione di un rapporto societario, le azioni di responsabilità da chiunque promosse contro gli organi amministrativi e di controllo[2], i liquidatori e i direttori generali delle società, delle mutue assicuratrici[3] e delle società cooperative.

---

[2] È da notare che, secondo l'art. 144 ter disp. att. c.p.c. (introdotto dall'art. 130, d.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51, anche per sopire un contrasto insorto nella giurisprudenza della Cassazione), le azioni di responsabilità proposte dalla società contro gli organi sociali non possono mai considerarsi controversie di lavoro ai sensi degli artt. 409 ss. c.p.c.

Il dettato normativo non sembra però escludere il contrario, e cioè che sia soggetta al rito lavoristico la controversia nella quale un amministratore chieda la condanna della società al pagamento di una somma dovuta per effetto dell'attività di esercizio delle funzioni gestorie: da ultimo, con riferimento al regime anteriore al d.lgs. 51/1998, per il riconoscimento della competenza del giudice del lavoro in caso di azione proposta dall'amministratore contro la società, v. Cass., 4 marzo 2000, n. 2458, in *Corr. giur.*, 2000, 1353, con nota di MAUTONE, nonché Cass., Sez. Un., 14 dicembre 1994, n. 10680, in *Mass. Giur. it*, 1994, 1035 s., in *Foro it.*, 1995, I, 1486, in *Soc.*, 1995, 635, con nota di MACRÌ, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 1524, in *Giust. civ.*, 1995, I, 2473, con nota di NERI; mentre, per l'applicazione dei normali criteri di competenza nell'ipotesi di azione sociale di responsabilità esercitata, a norma dell'art. 2393 c.c., da una società nei confronti di propri amministratori, v. Cass., 6 giugno 2003, n. 9090, in *Mass. Foro it.*, 2003, 829. In argomento, cfr., ad ogni modo, FRANZONI, *Gli amministratori e i sindaci*, Torino, 2002, 320 ss.

[3] La Commissione Giustizia del Senato, nel rendere il prescritto parere sullo schema di d.lgs. approvato dal Consiglio dei Ministri il 30 settembre 2002, ha osservato, al punto 1), che il riferi-

In virtù di una precisazione operata dal decreto di coordinamento e di modifica, all'interno di tali controversie sono comprese anche quelle relative alle azioni di responsabilità contro il soggetto incaricato della revisione contabile, per i danni derivanti tanto da propri inadempimenti quanto da fatti illeciti commessi nei confronti della società che abbia conferito l'incarico e nei confronti dei terzi danneggiati[4].

La lett. b) ha ad oggetto le controversie sul trasferimento delle partecipazioni sociali, nonché ogni altro negozio (*inter vivos* o *mortis causa*) avente ad oggetto le partecipazioni sociali o i diritti inerenti.

La lett. c) contempla i patti parasociali, anche diversi da quelli disciplinati dall'art. 2341 bis c.c., e gli accordi di collaborazione di cui all'art. 2341 bis, ult. co., c.c.[5].

I patti parasociali a cui fa riferimento l'art. 2341 bis c.c., nel testo introdotto dal d.lgs. 6/2003, sono «i patti, in qualunque forma stipulati, che al fine di stabilizzare gli assetti proprietari o il governo della società: a) hanno per oggetto l'esercizio del diritto di voto nelle società per azioni o nelle società che le controllano; b) pongono limiti al trasferimento delle relative azioni o delle partecipazioni in società che le controllano; c) hanno per oggetto o per effetto l'esercizio anche congiunto di un'influenza dominante su tali società».

E gli accordi di collaborazione di cui all'ult. co. del medesimo articolo sono quelli volti alla «collaborazione nella produzione o nello scambio di beni o servizi e relativi a società interamente possedute dai partecipanti all'accordo».

---

mento contenuto nella lett. a) del 1° co. dell'art. 1 alle azioni di responsabilità promosse nei confronti degli amministratori delle mutue assicuratrici avrebbe dovuto cadere, considerata l'intenzione del legislatore di sopprimere dette società con il parallelo decreto sostanziale, «a meno che non venga recepito – come è auspicabile – il parere contrario alla soppressione stessa che la Commissione ha espresso in relazione allo schema di d.lgs. n. 146». Così in effetti è avvenuto, accogliendo l'auspicio parlamentare, dal momento che nel testo definitivo approvato dal Consiglio dei Ministri il 10 gennaio 2003 e poi pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale, le mutue assicuratrici sono state reintrodotte ai novellati artt. 2546 ss. c.c.

[4] Il riferimento alle azioni promosse nei confronti dei revisori e delle società di revisione era stato sollecitato al punto cc) del parere, approvato il 27 gennaio 2004 dalle commissioni Giustizia e Finanze della Camera dei Deputati, sullo schema di decreto correttivo e modificativo proposto dal Governo. Come le premesse al parere rendono trasparente, i deputati hanno avuto probabilmente presente le «recenti crisi che hanno coinvolto, sia a livello internazionale sia in ambito nazionale, alcuni primari gruppi finanziari ed industriali», che hanno visto pesantemente implicati alcuni soggetti incaricati della revisione contabile.

[5] La precisazione che i patti parasociali compresi nell'ambito di applicazione della nuova legge processuale possono essere anche diversi da quelli di cui all'art. 2341 bis c.c. mancava nello schema di decreto approvato dal Consiglio dei Ministri il 30 settembre 2002 ed è stata operata successivamente, nel testo approvato il 10 gennaio 2003, poi comparso in Gazzetta Ufficiale. Così pure è avvenuto per l'inserimento della menzione dei patti previsti dall'art. 2341 bis, ult. co., c.c. In proposito è appena il caso di osservare che la scelta di non costringere entro una definizione normativa l'istituto dei patti parasociali appare corretta, non volendosi correre il rischio di ingiustificate esclusioni determinate dalla rigida applicazione della legge, ma apre la via alle incertezze dovute alla ricostruzione dogmatica dell'istituto.

Oltre a queste due categorie di contratti, che il codice civile riformato tipizza ed in cui tende a confluire, tra l'altro, il fenomeno della *joint venture*, rientrano poi, nell'ambito di applicazione del d.lgs. 5/2003, quelli che la lett. c) dell'art. 1 definisce come patti parasociali «diversi da quelli disciplinati dall'art. 2341 bis c.c.».

Resta così aperta la strada all'ingresso tra le controversie di cui al d.lgs. 5/2003, di tipologie pattizie il cui carattere parasociale dovrà essere ricavato in via interpretativa. Sicuramente tale carattere dovrà essere riconosciuto a patti che, nonostante non ricadano nella definizione di cui al nuovo art. 2341 bis c.c., sono qualificati come parasociali dallo stesso legislatore, come avviene ai sensi dell'art. 122 t.u.f., secondo il quale sono patti parasociali «i patti, in qualunque forma stipulati, aventi per oggetto l'esercizio del diritto di voto nelle società con azioni quotate e nelle società che le controllano [compresi] i patti, in qualunque forma stipulati: a) che istituiscono obblighi di preventiva consultazione per l'esercizio del diritto di voto nelle società con azioni quotate e nelle società che le controllano; b) che pongono limiti al trasferimento delle relative azioni o di strumenti finanziari che attribuiscono diritti di acquisto o di sottoscrizione delle stesse; c) che prevedono l'acquisto delle azioni o degli strumenti finanziari previsti dalla lett. b); d) aventi per oggetto o per effetto l'esercizio anche congiunto di un'influenza dominante su tali società»[6]. Ma ciò non scongiura il rischio di forti incertezze, né impedisce il possibile verificarsi in materia processuale dell'effetto «già manifestatosi in relazione alle società quotate, di una impropria estensione delle norme sui patti parasociali a fattispecie che nulla hanno a che vedere con questi»[7], che nel campo sostanziale si è voluto evitare dettando la tipizzazione contenuta nell'art. 2341 bis. c.c.

Nonostante la formulazione tendenzialmente onnicomprensiva[8], il criterio dettato dalla lett. a) del 1° co. dell'art. 1 suscita alcune perplessità perché sembra escludere dall'ambito di applicazione del d.lgs. 5/2003 alcune controversie che, per affinità di materia, sarebbe stato preferibile includere.

Ci si riferisce, in primo luogo, alle controversie relative alle associazioni in partecipazione, alle associazioni temporanee di imprese e ai consorzi. In tutti questi casi non ci si trova di fronte a società, ma comunque si ha a che fare con soggetti che perseguono in forma associativa una finalità direttamente o indirettamente volta a conseguire un utile economico[9]. Le associazioni in parteci-

[6] La bozza del d.lgs. recante disposizioni correttive e integrative dei d.lgs. n. 5 e 6 del 2003 nonché norme di raccordo con il t.u.f. e il t.u.b. ha precisato che a tali patti «non si applicano gli artt. 2341 bis e 2341 ter c.c.».

[7] Relazione governativa allo schema di decreto in seguito pubblicato in Gazzetta Ufficiale come d.lgs. 6/2003.

[8] Secondo SANTOSUOSSO, *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, 290 s., «per esigenze di certezza si è scelta la strada della elencazione delle materie, che sembrano ricomprendere tutto lo scibile dei rapporti societari, di diritto e di fatto, attinenti alla nascita, vita e estinzione della società».

[9] L'assenza delle associazioni in partecipazione è lamentata anche da SACCHETTINI, *Processo e giudizi alternativi*, in *Guida alle nuove società*, allegato del *Sole-24 Ore*, 2003, 88.

pazione, infatti, pur non costituendo nuovi soggetti giuridici titolari di un patrimonio dotato di autonomia, consentono, secondo lo schema dell'art. 2549 c.c., che l'associante attribuisca all'associato una partecipazione agli utili della sua impresa o di uno o più affari verso il corrispettivo di un determinato apporto[10]. L'associazione temporanea di imprese permette a una pluralità di imprenditori, interessati a partecipare alla realizzazione di un'opera, di presentarsi come soggetto unitario, per agevolare i loro rapporti con l'ente appaltante, evitando però di stringere un vincolo societario, che comporterebbe oneri ed obblighi più pesanti di quelli derivanti da un rapporto destinato a durare per un tempo limitato e giustificato da un unico affare[11]. I consorzi sono volti, attraverso il compimento di un'opera, la prestazione di un servizio, oppure il coordinamento e la disciplina delle rispettive attività economiche, al soddisfacimento in comune di un bisogno economico dei consorziati, che possono coltivare nelle forme di cui agli art. 2602 ss. c.c. o rivestendo, secondo quanto consentito dall'art. 2615 ter c.c., forma di società. Non sembra dunque troppo ragionevole che le controversie relative ai rapporti societari siano ricomprese nell'ambito di applicazione del d.lgs. 5/2003 mentre restino fuori le controversie relative alle descritte forme associative. Il che risalta con tanta maggiore evidenza quando ci si domandi se sia giustificato differenziare la disciplina processuale a seconda della veste indossata dal consorzio: interpretando rigorosamente la lett. a) del 1° co. dell'art. 1, i consorzi semplici devono essere esclusi dall'ambito di applicazione del nuovo decreto e debbono essere invece incluse le società consortili, che si distinguono dai primi per aver adottato la forma societaria ma non per l'attività svolta, che resta la medesima.

In secondo luogo, poi, non è sicuro che possano considerarsi «rapporti societari» quelli che si intrecciano tra controllante e controllata ai sensi della disciplina dei gruppi di società di cui agli artt. 2497 ss. c.c., contenuti nel nuovo Capo IX del Titolo V del Libro V, introdotto dall'art. 5, d.lgs. 6/2003. In proposito potrebbe osservarsi che, all'interno del gruppo, i rapporti si svolgono fra soggetti tra loro distinti, che, dal punto di vista formale, non danno vita né ad una nuova società né ad una qualche altra struttura associativa, sicché, a rigore, non può riscontrasi l'esistenza di nessun rapporto societario o assimilabile. Dovrebbe pertanto concludersi nel senso di escludere dalla nozione di cui all'art. 1, d.lgs. 5/2003, e quindi nel senso di negare l'applicazione delle nuove norme processuali alle controversie infragruppo. In particolare, il nuovo processo societario non sarebbe applicabile all'azione di responsabilità *ex* art. 2497 c.c., esercitabile dai soci della società con-

[10] In argomento, cfr. FERRI, voce «Associazione in partecipazione», in *Digesto/comm.*, I, Torino, 1987, 505-515.

[11] Sul frastagliato tessuto normativo che regola, in relazione a specifici ambiti applicativi, il fenomeno dell'associazione temporanea, detta anche raggruppamento temporaneo d'imprese, v. CAPO, *In tema di qualificazione del modello «legale» dell'associazione temporanea di imprese*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, II, 142-149; BONVICINI, voce «Associazioni temporanee di imprese», in *Enc. Giur.*, III, Roma, 1988, 1-8.

trollata nei confronti della società controllante, quando questa, in violazione dei principi di corretta gestione, abbia arrecato pregiudizio alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, ovvero esercitabile dai creditori quando la condotta di chi esercita l'attività di direzione e coordinamento abbia cagionato una lesione all'integrità del patrimonio sociale della controllata[12]. È tuttavia consentito, e sembrerebbe certo preferibile, recuperare la competenza nelle controversie infragruppo interpretando in senso lato l'espressione «rapporti societari», ritenendola, anziché ristretta ai rapporti all'interno della società, come comprensiva di ogni tipo di rapporto regolamentato dalla normativa in materia societaria, quale sicuramente è quella dettata dagli artt. 2497 ss. c.c.[13].

1.3. La materia finanziaria

La nuova disciplina si applica poi, in forza della lett. b) dell'art. 1, l. n. 366/2001, a gran parte delle controversie dei mercati finanziari.

La legge delega in proposito prescriveva, alla lett. b) del 1° co. dell'art. 12, che il Governo fosse delegato a prevedere l'applicabilità della nuova disciplina processuale non alla «materia disciplinata» ma a «materie disciplinate» dal t.u.f.[14], ossia dal d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni[15].

Ciò consentiva al legislatore delegato di operare una selezione all'interno delle controversie di cui al d.lgs. 58/1998.

Così, la lett. d) dell'art. 1 del decreto ha ritenuto di far riferimento solo ai rapporti in materia di intermediazione mobiliare da chiunque gestita, e ai servizi e

---

L'istituto trae origine da una figura creata e sviluppata dalla prassi contrattuale, che, in Italia, ha trovato riconoscimento legislativo per la prima volta con riferimento agli appalti di lavori pubblici, ad opera dell'art. 22 della l. 8 agosto 1977, n. 584.

[12] In argomento, v. PANZANI, *L'azione di responsabilità ed il coinvolgimento del gruppo di imprese dopo la riforma*, in *Soc.*, 2002, 1477-1487, part. 1486 s.

[13] In proposito, PANZANI, *In arrivo un nuovo modello telematico per elaborare i tempi medi dei procedimenti,* in *Guida dir.*, aprile 2003, dossier n. 4, 118, afferma che nella previsione legislativa non rientra, «almeno dal punto di vista letterale, l'azione di responsabilità che spetta ai soci e ai creditori sociali ai sensi del nuovo art. 2497 nei confronti delle società ed enti che esercitano attività di direzione e coordinamento di società. Il convenuto in questo caso infatti non è organo della società. E se per questa ipotesi è forse possibile un'interpretazione estensiva, certamente tale operazione non sarebbe possibile per l'ipotesi di responsabilità solidale del concorrente e di chi abbia tratto beneficio dal fatto illecito prevista dal 2° co. dell'art. 2497 (qui può tuttavia soccorrere la connessione) o per il caso in cui l'azione sia proposta nei confronti della controllante sul presupposto della responsabilità di quest'ultima in solido con la società o ente che ha esercitato l'attività di direzione e coordinamento».

[14] Nella relazione governativa allo schema di decreto poi approvato come d.lgs. 5/2003 si spiega che la legge delega abilitava il Governo «al censimento *di materie* e non *delle materie* – tutte – incluse» nel d.lgs. 58/1998 (e nel d.lgs. n. 385 del 1993).

[15] È da ricordare che il Capo II del Titolo III della Parte IV del d.lgs. 58/1998 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria disciplina le società con azioni quotate.

contratti di investimento, comprendendo nell'ambito di applicazione i servizi accessori, i fondi di investimento, la gestione collettiva del risparmio e la gestione accentrata di strumenti finanziari, la vendita di prodotti finanziari, compresa la cartolarizzazione dei crediti, le offerte pubbliche di acquisto e di scambio, nonché i contratti di borsa. Non sono richiamate le materie disciplinate dal t.u.f. che si riferiscono alla disciplina delle società quotate, dal momento che le controversie relative a questo tipo di rapporti già rientrano nella previsione delle lett. da a) a c) del d.lgs. 5/2003, relative alla materia societaria propriamente detta.

1.4. La materia bancaria e creditizia

Uguale possibilità di selezione era consentita, sempre dalla lett. b) del 1° co. dell'art. 12, in relazione alle materie contemplate dal t.u.b., vale a dire dal d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, e modifiche in seguito intervenute.

È stata pertanto legittima la scelta del legislatore delegato di procedere ad attuare la delega in maniera, anche in questo caso, restrittiva rispetto alle sue astratte potenzialità.

Le limitazioni sono però state non di tipo «oggettivo», come in precedenza, ma di carattere «soggettivo».

Dal punto di vista oggettivo, il d.lgs. 5/2003 ha infatti rinviato integralmente, con il punto e) del 1° co. dell'art. 1, alle materie di cui al d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, menzionando specificamente, al punto f), la materia del credito per le opere pubbliche, che costituisce materia trattata nell'ambito del t.u.b.[16].

Dal punto di vista soggettivo si è invece prescritto che, ai fini dell'applicabilità della nuova normativa, una delle parti processuali debba essere necessariamente una banca e l'altra parte possa essere o un'altra banca oppure una associazione rappresentativa di consumatori o una camera di commercio.

Quanto alle controversie tra banche, *nulla quaestio*.

Più interessante è l'esclusione delle controversie tra banche e consumatori e il fatto che il decreto contempli solo quelle che vedano la partecipazione di associazioni di consumatori o camere di commercio, che verosimilmente consisteranno nelle azioni inibitorie *ex* art. 1469 sexies c.c. in tema di inibitoria all'utilizzo di clausole abusive, come pure nelle azioni di trasparenza o di credito al consumo per violazione degli artt. 17 ss. t.u.b.[17].

---

[16] Se ne occupa, in particolare, l'art. 42, d.lgs. 385/1993.

A rigore, quindi, il punto f) del 1° co. dell'art. 1 è inutile e la sua separata previsione si spiega esclusivamente per ragioni di tecnica redazionale: aver distinto tra il punto e) e il punto f) comporta l'effetto di riservare le controversie sul credito alle opere pubbliche sempre alla competenza collegiale del tribunale, anche quando le parti in causa siano entrambe banche. D'altra parte, se la materia del credito per le opere pubbliche non fosse stata tra quelle prese in esame dal t.u.b., il legislatore delegato avrebbe ecceduto la delega impartita dalla legge.

[17] L'individuazione di questa tipologia di cause è di PANZANI, *In arrivo un nuovo modello telematico*, cit., 117. Più in generale, è da ricordare che, a norma dell'art. 3, l. 30 luglio 1998, n. 281, le

Evidentemente si è inteso in questo modo comprendere nel campo di applicazione del d.lgs. 5/2003 solo le controversie di maggiore importanza, tagliando fuori la microconflittualità e più in generale il diffuso contenzioso tra le banche e i singoli utenti: un contenzioso che di regola si esplica nella proposizione di opposizioni da parte di questi ultimi nei confronti dei decreti ingiuntivi ottenuti dalle prime, ai sensi dell'art. 50 t.u.b., anche solo in base all'estratto conto, certificato conforme alle scritture contabili da uno dei dirigenti della banca interessata, il quale deve altresì dichiarare che il credito è vero e liquido[18]. Né sembra sia stata estranea la valutazione che fosse opportuno riservare a parti capaci di fronteggiarsi su di un piede di parità un meccanismo processuale, quale quello introdotto dal legislatore delegato, dove i poteri del giudice sono compressi e il ruolo dei difensori viene esaltato[19].

1.5. La mancata (re)introduzione della materia industriale

Come già si è accennato, il d.d.l. C. 1137/XIV, riprendendo il testo del d.d.l. C. 7123/XIII, originariamente prevedeva, al punto 3 della lett. b) del 1° co. dell'art. 11, che le nuove norme processuali si applicassero anche alla materia della concorrenza, dei brevetti e dei segni distintivi dell'impresa.

Questa previsione è venuta meno nel corso dei lavori parlamentari.

La legge 3 ottobre 2001, n. 366, nell'impartire la delega, non ne reca più traccia e il legislatore delegato non ha potuto che prenderne atto, evitando di intervenire sul punto.

---

associazioni dei consumatori inserite nell'elenco di cui all'art. 5 di quel testo normativo sono legittimate ad agire a tutela degli interessi collettivi di questi, chiedendo al giudice competente: *a*) di inibire gli atti e i comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori e degli utenti; *b*) di adottare le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate; *c*) di ordinare la pubblicazione del provvedimento su uno o più quotidiani a diffusione nazionale oppure locale nei casi in cui la pubblicità del provvedimento può contribuire a correggere o eliminare gli effetti delle violazioni accertate.

[18] Già in sede di commento della legge delega, auspicando che il legislatore delegato non inserisse nell'ambito della nuova disciplina tutte le materie considerate dai due testi unici, si coglieva come esempio paradigmatico quello delle opposizioni al decreto ingiuntivo richiesto dalle banche ai sensi dell'art. 50 t.u.b. Per PANZANI, *Un procedimento sommario per sveltire le cause*, in *Guida dir.*, 20 ottobre 2001, n. 40, 58, subordinatamente alla loro mancata esclusione, sarebbe stato quantomeno opportuno che non fossero «di competenza del giudice collegiale, come consente sia pur in ipotesi eccezionali il 2° co., lett. b), dell'art. 12». Il suggerimento è stato in effetti seguito dal legislatore delegato, che ha lasciato ai criteri ordinari di giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo chiesto dalla banca nei confronti del cliente in forza delle previsioni del t.u.b.

[19] Non per nulla, il parere del C.S.M. sullo schema di decreto rileva che «la selezione delle controversie da assoggettarsi ai nuovi riti, probabilmente consentita dalla formulazione del punto 1), lett. b), interpreta in ogni caso lo spirito della legge delega di introdurre regole destinate a operare in giudizi le cui parti – per la struttura e/o le caratteristiche soggettive – si trovano in posizione di effettiva parità».

Bisogna tuttavia tener conto che, di recente, quasi in contemporanea con l'approvazione del d.lgs. 5/2003, il Parlamento ha licenziato la legge 12 dicembre 2002, n. 273, recante «Misure per favorire l'iniziativa privata e lo sviluppo della concorrenza» (si tratta del cosiddetto collegato alla Finanziaria 2002), che, all'art. 16, delega il Governo a emanare «uno o più decreti legislativi diretti ad assicurare una più rapida ed efficace definizione dei procedimenti giudiziari in materia di marchi nazionali e comunitari, brevetti d'invenzione e per nuove varietà vegetali, modelli di utilità, disegni e modelli e diritto d'autore nonché di fattispecie di concorrenza sleale interferenti con la tutela della proprietà industriale e intellettuale», istituendo presso 12 sedi giudiziarie[20] altrettante sezioni specializzate, sia in primo grado che in grado d'appello, in cui siano trattati con rito collegiale tali procedimenti[21].

Sul modo di assicurare la «più rapida ed efficace definizione» delle cause in materia di marchi, brevetti e concorrenza sleale non c'è chiarezza.

Questo perché la legge delega non ha precisato come il prescritto risultato possa conseguirsi, limitandosi a prevedere l'istituzione delle sezioni specializzate.

Era dunque molto difficile prevedere come il legislatore delegato si sarebbe regolato.

Secondo una tesi, sarebbe stato naturale attuare la delega per la rapida ed efficace definizione delle controversie in materia di diritto industriale agganciandola alla realizzazione dell'analoga delega di cui al 1° co. dell'art. 12, l.

---

[20] La legge fa riferimento agli uffici giudiziari di Torino, Genova, Milano, Bologna, Venezia, Trieste, Firenze, Roma, Napoli, Bari, Palermo, Catania.

Per quanto la cosa possa apparire sorprendente, anziché «Catania», il legislatore intendeva, con ogni probabilità, scrivere «Cagliari». Non vi è infatti ragione di individuare due sedi per le istituende sezioni specializzate in Sicilia e nessuna in Sardegna. Il legislatore delegato si è peraltro ritenuto vincolato all'errore commesso dal legislatore delegante, sicché, come risulta dagli artt. 1 e 4 del d.lgs. n. 168 del 2003, a fronte dell'assenza di sezioni specializzate in Sardegna, le cui controversie sono state assegnate alla sezione specializzata con sede a Roma, ed alla presenza di una sola sezione in Lombardia, e cioè nella regione maggiormente industrializzata d'Italia, si avranno ben due sezioni specializzate in Sicilia.

[21] In argomento, v. BARBUTO, *Brevetti: processi rapidi con le sezioni specializzate*, in *Guida dir.*, 28 dicembre 2002, n. 49, 35; CERRETTO, *Marchi e brevetti: sezioni specializzate condizionate dall'incognita delle sedi*, in *Guida dir.*, 15 marzo 2003, n. 10, 112-114; ID., *Marchi e Tribunali specializzati: una delega inattuabile*, in *www.dirittoegiustizia.it*. (15 gennaio 2003).

È da ricordare che l'istituzione di sezioni specializzate per brevetti e marchi era da tempo imposta da impegni internazionali (v. l'art. 4, l. 17 agosto 1993, n. 302, di ratifica dell'Accordo di Lussemburgo sul brevetto comunitario, e gli artt. 91 e 143 del regolamento 20 dicembre 1993, n. 40/94/CE, sul marchio comunitario, la cui mancata ottemperanza ha determinato l'apertura della procedura d'infrazione n. 4697/2000). In un primo momento si era pensato che le sezioni specializzate in materia di diritto della proprietà industriale e intellettuale avrebbero trovato la propria collocazione all'interno delle più ampie sezioni specializzate sul «diritto dell'economia» di cui al d.d.l. C. 7123/XIII e poi al d.d.l. C. 7123/XIII. Ma ciò non è stato possibile perché, durante l'*iter* parlamentare dello l. 3 ottobre 2001, n. 366, dagli originari progetti sono state stralciate le parti sulla riforma ordinamentale, relative all'istituzione di apposite sezioni specializzate.

366/2001, volta anch'essa «ad assicurare una più rapida ed efficace definizione di procedimenti», che ha parlato all'emanazione del d.lgs. 5/2003[22].

Secondo la tesi contrapposta, invece, limitandosi a prevedere i criteri da seguire per l'istituzione delle sezioni specializzate, il Parlamento ha stimato sufficiente l'istituzione di tali sezioni per assicurare alle controversie di cui all'art. 16, 1° co., una rapida ed efficace definizione. Il Governo non avrebbe quindi potuto approntare, in sede di attuazione della delega, una procedura diversa da quella ordinaria per la definizione delle controversie devolute alla cognizione delle sezioni specializzate. D'altra parte, si soggiungeva, intervenire sulla disciplina processuale nell'assenza di principi indicati dal legislatore delegante avrebbe suscitato fondati dubbi di illegittimità costituzionale per eccesso di delega[23].

Tale ultima opinione ha prevalso.

Infatti, il d.lgs. 27 giugno 2003, n. 168, recante «Istituzione di sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale presso tribunali e corti d'appello, a norma dell'art. 16 della legge 12 dicembre 2002, n. 273», non detta una procedura apposita per rendere più rapida ed efficace la definizione dei processi né, tanto meno, contiene un rinvio al d.lgs. 5/2003. Ciò significa che in materia industriale dovrà continuarsi ad applicare il rito ordinario delineato dal codice di procedura civile[24].

Probabilmente, la conclusione non poteva essere diversa, tanto più che già il nuovo rito speciale a cognizione piena dettato dal d.lgs. 5/2003 appare, a causa della sua radicale diversità rispetto all'attuale rito ordinario, di dubbia legittimità costituzionale sotto il profilo del rispetto della delega[25]. Estendere alle liti sul diritto della proprietà industriale e intellettuale il rito speciale delle controversie societarie, ispirato alle indicazioni del d.d.l. delega di riforma del codice di procedura civile elaborato dalla «Commissione Vaccarella», sarebbe stato pertanto soggetto a un doppio rischio di annullamento da parte della Consulta: da un lato vi sarebbe stato il pericolo di eccedere la delega contenuta nella legge 3 ottobre 2001, n. 366, e dall'altro lato ci sarebbe stato il pericolo di importare nella materia del diritto industriale una disciplina a sua volta fortemente sospettata di incostituzionalità.

D'altra parte è possibile che, per evitare i contraccolpi fortemente negativi sul piano della regolare amministrazione della giustizia di una eventuale de-

---

[22] In questo senso, v. BARBUTO, *op. cit.*, 35.

[23] Per questa impostazione, v. CERRETTO, *opp. loc. cit.*

[24] La relazione governativa di accompagnamento allo schema di decreto approvato il 23 maggio 2003 dal Consiglio dei Ministri espone al riguardo: «le norme processuali da applicarsi per la trattazione dei giudizi devoluti alle sezioni specializzate per le controversie in materia di proprietà industriale ed intellettuale, in assenza di diverse indicazioni provenienti dal legislatore delegante, si è ritenuto che debbano essere quelle del rito civile ordinario».

[25] Secondo il parere reso dal C.S.M. sullo schema di decreto, la scelta del legislatore delegato di discostarsi dal modello adottato dall'attuale codice di rito, che prevede il potere del giudice di collaborare nella definizione del *thema probandum* e del *thema decidendum*, non poteva essere operata, in mancanza di una indicazione in questo senso da parte del legislatore delegante.

claratoria di illegittimità costituzionale del nuovo rito societario, nel periodo immediatamente seguente all'entrata in vigore del d.lgs. 5/2003 si assista ad una ratifica *ex post*, tramite legge formale, dell'operato del Governo. E, se così dovesse avvenire, il Parlamento potrebbe cogliere l'occasione per estendere al diritto industriale le innovazioni processuali di cui alla materia societaria, tornando così alle originarie previsioni contenute nel d.d.l. C. 7123/XIII e nel d.d.l. C. 1137/XIV, nonché dando corpo all'eccessivamente generico criterio direttivo della «più rapida ed efficace definizione dei procedimenti giudiziari» in materia di marchi e brevetti, di cui all'art. 16, l. 273/2002.

1.6. L'esclusione delle materie demandate alla giurisdizione amministrativa e alla competenza in unico grado della corte d'appello

Il 1° co. dell'art. 12, l. 3 ottobre 2001, n. 366, ha espressamente stabilito che il legislatore delegato, nel delimitare l'ambito di applicazione del decreto sugli aspetti processuali della riforma del diritto societario, non avrebbe potuto modificare la ripartizione, tra i vari giudici, della competenza per territorio e per materia.

Non essendo possibile modificare la competenza, a maggior ragione non era possibile modificare l'estensione della giurisdizione, che non è altro se non la sommatoria delle competenze riconosciute ai vari giudici[26].

Era pertanto imposto dalla delega che il 2° co. dell'art. 1, d.lgs. 5/2003 disponesse che restano ferme tutte le norme sulla giurisdizione.

Questo comporta che continuano ad appartenere alla giurisdizione amministrativa i controlli sugli atti delle autorità indipendenti, tra cui la Banca d'Italia[27] e la Consob. Ed ora che la giurisdizione ordinaria ha ceduto a quella amministrativa le materie dei pubblici servizi, compresa la vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, non si può evitare di osservare come settori rilevanti della vita economica siano sottratti, oltre che all'applica-

[26] L'intangibilità delle norme sulla giurisdizione era invece stabilita esplicitamente dall'art. 11 del d.d.l. C. 7123/XIII, ripresentato nella successiva legislatura come d.d.l. C. 1137/XIV e poi tradotto con modificazioni nell'art. 12, l. 366/2001. Nell'originario progetto si prevedeva infatti che la competenza delle sezioni specializzate dovesse essere individuata «nell'ambito delle materie attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario».

[27] Si tenga ad es. presente che ai sensi dell'art. 70, 7° co., d.lgs. 385/1993, alle banche non si applicano il Titolo IV della legge fallimentare e l'art. 2409 c.c., ma alla Banca d'Italia è attribuita la competenza a decidere con provvedimento motivato sulla denuncia proposta dall'organo di controllo ovvero dai soci che il codice civile abiliterebbe a proporre ricorso al tribunale *ex* art. 2409 c.c. in tutti i casi in cui (secondo quanto disposto dal t.u.b. dopo le modifiche operate dal decreto di coordinamento e di modifica per armonizzare il d.lgs. 385/1993 con la riforma del diritto societario) vi sia il fondato sospetto che i soggetti con funzioni di amministrazione, in violazione dei propri doveri, abbiano compiuto gravi irregolarità nella gestione tali da poter arrecare danno alla banca o ad una o più società controllate.

zione del nuovo rito dettato dal d.lgs. 5/2003, alle garanzie di indipendenza ed imparzialità riconosciute alla magistratura ordinaria e alla possibilità del ricorso in Cassazione ai sensi dell'art. 111, 7° co. (già 2°), Cost.[28].

Prescritto dalla delega era anche conservare la competenza attribuita in unico grado, per talune materie, alla corte d'appello.

Il 2° co. dell'art. 1, d.lgs. 5/2003 stabilisce pertanto che resta altresì ferma la competenza della corte d'appello prevista dall'art. 145, d.lgs. 1° settembre, 1993, n. 385 ossia dal t.u.b.[29], e dall'art. 195, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 e cioè dal t.u.f.

È quindi fatta espressamente salva la competenza della corte di appello, quale giudice di unico grado, nei giudizi di opposizione alle sanzioni amministrative applicate dal Ministero del tesoro per le violazioni previste dagli artt. 130 ss. t.u.b. e per quelle previste dagli artt. 188 ss. t.u.f. Nell'ambito della rispettiva competenza tali sanzioni sono proposte, *ex* art. 145 t.u.b., della Banca d'Italia o dell'Ufficio Italiano Cambi (UIC), ovvero, *ex* art. 195 t.u.f., della Banca d'Italia o della Consob.

Poiché la legge delega pone l'obbligo di conservare i vigenti criteri di ripartizione della competenza per territorio, e poiché sull'opposizione alle sanzioni applicate ai sensi dell'art. 145 t.u.b. è competente la sola Corte d'appello di Roma, mentre per le sanzioni applicate *ex* art. 195 t.u.f. è competente la corte d'appello del luogo in cui ha sede la società o l'ente cui appartiene l'autore della violazione ovvero, nei casi in cui tale criterio non sia applicabile, nel luogo in cui la violazione è stata commessa, è implicito che la «corte d'appello» di cui al 2° co. dell'art. 2 è la Corte d'appello di Roma, per quanto riguarda le controversie di cui all'art. 145 t.u.b., mentre è la corte d'appello dove ha sede la società o in mancanza dove la violazione è stata commessa, per quanto riguarda le controversie di cui all'art. 195 t.u.f.[30].

Piuttosto, ci si può domandare perché il decreto delegato non faccia salva la competenza in unico grado della corte d'appello anche nel campo dell'«antitrust» ovvero, in altri termini, nella materia coperta dall'art. 33, 2° co., della l. 10 ottobre 1990, n. 287, recante «Norme per la tutela della concorrenza e del mercato». Secondo tale comma, le azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni sulle intese, sull'abuso di posizione dominante, sull'Autorità garante, e sulle operazioni di concentrazione, di cui ai titoli da I a IV della legge ricordata, «sono promossi davanti alla corte d'appello competente per territorio»[31].

---

[28] In senso critico verso il Parlamento, che ha perso, con la legge delega, l'occasione di ricondurre il diritto dell'economia alla giurisdizione ordinaria, v. COSTANTINO, *Il nuovo processo commerciale: la cognizione ordinaria in primo grado*, in *Riv. dir. process.*, 2003, 397 s.

[29] Nel testo modificato dal d.lgs. 4 agosto 1999, n. 333, e dal d.lgs. 4 agosto 1999, n. 342.

[30] La Commissione Giustizia del Senato, nel parere sullo schema di decreto approvato il 30 settembre 2003, al punto 3), aveva suggerito al Governo di precisarlo, onde evitare incertezze, che non si comprende però perché mai avrebbero dovuto sorgere.

[31] Rientrano invece nella giurisdizione amministrativa e, ai sensi del 1° co. del medesimo art.

Probabilmente si tratta non di una scelta meditata, ma di una semplice dimenticanza.

Ed in ogni caso non si sfugge ad una secca alternativa. O si ritiene che, sebbene non espressamente menzionata, sia stata preservata anche la previsione di cui al 2° co. dell'art. 33, l. 287/1990, dal momento che la legge delega ha espressamente escluso qualsiasi modifica dei criteri di competenza per materia e per territorio. O si ritiene che il 2° co. dell'art. 2 sia incostituzionale, per violazione della delega, nella parte nella quale non prevede la salvezza della competenza esclusiva della corte d'appello in materia di antitrust.

Sembra invece non censurabile, alla luce dei parametri di costituzionalità, che il legislatore delegato non abbia previsto la salvezza delle competenze del giudice di pace. Per quanto ciò sembri più teorico che reale, considerato che le controversie contemplate dal d.lgs. 5/2003 sono normalmente di importo non modesto o comunque sono di importo non determinabile, e quindi ricadono nella sfera di competenza del tribunale, potrebbe infatti accadere che il valore di una lite relativa ad una delle ipotesi di cui di cui alle lett. da a) ad e) del 1° co. dell'art. 1 sia indicato come inferiore alla soglia dei cinque milioni. In questo caso, la causa non potrà essere incardinata dinanzi al giudice di pace anche perché il rito previsto dal d.lgs. 5, 2003 fa riferimento, per il primo grado, solo al giudizio dinanzi al tribunale. Ma poiché ad essere vietata dalla delega era la modifica del riparto delle competenze sotto il profilo del territorio e della materia e non anche sotto il profilo del valore, l'aver tenuto il giudice di pace fuori dal campo di applicazione del nuovo rito appare perfettamente legittimo.

2. Organo giudicante e rito da seguire

2.1. La competenza del tribunale

Da quanto esposto in precedenza è già risultato chiaro che il giudice competente ad applicare le norme processuali contenute nel d.lgs. 5/2003 è il tribunale.

I vari tribunali disseminati sul suolo nazionale si ripartiscono tra loro la competenza per territorio in base agli ordinari criteri.

2.2. Le questioni di rito: dal rito ordinario al rito speciale

Quanto poi al rito da seguire, è da notare che, secondo il 1° co. dell'art. 1, il rito previsto dal decreto delegato deve essere osservato anche nelle controversie che con quelle sin qui descritte sono legate da un rapporto di accessorietà (art. 31

33, devono essere proposti davanti al T.a.r. del Lazio, i ricorsi avverso i provvedimenti amministrativi adottati sulla base sempre delle disposizioni di cui ai titoli da I a IV della legge.

c.p.c.), di garanzia (art. 32 c.p.c.), di connessione oggettiva (art. 33 c.p.c.), di pregiudizialità (art. 34 c.p.c.), di compensazione (art. 35 c.p.c.) o di riconvenzione (art. 36 c.p.c.).

Il rito speciale viene dunque espressamente sancito come sempre prevalente, cosa che sarebbe risultata incerta se lasciata al disposto dell'art. 40, 3° e 4° co., c.p.c.

Il 5° co. dell'art. 1, assente nello schema approvato dal Consiglio dei Ministri il 30 settembre 2002 ed aggiunto in seguito, nel testo approvato il 10 gennaio 2003, ha poi disciplinato il mutamento del rito da ordinario a speciale.

Per il decreto, infatti, rilevato che una causa relativa ad uno dei rapporti di cui al 1° co. è stata proposta in forme diverse da quelle previste dal d.lgs. 5/2003, il giudice dispone con ordinanza il mutamento di rito e la cancellazione della causa dal ruolo. Il processo quindi procede nelle forme speciali. In particolare, il legislatore precisa che dalla comunicazione dell'ordinanza con cui è stato disposto il mutamento del rito decorrono i termini di cui all'art. 6, se l'ordinanza è stata emessa a seguito dell'udienza di prima comparizione, e i termini di cui all'art. 7 in ogni altro caso, ferme restando le decadenze già maturate.

Non ben comprensibile è la ragione per cui il giudice, nel disporre il mutamento del rito, ordini anche la cancellazione della causa dal ruolo[32].

In ogni caso, prendendo atto della disciplina dettata dal legislatore, la vicenda processuale a cui va incontro una controversia societaria promossa con forme diverse da quelle di cui all'art. 2 del decreto sarà, di norma, sintetizzante nei passaggi qui di seguito illustrati.

Bisogna partire dal presupposto che la causa venga radicata con citazione a udienza fissa, secondo le regole del processo di cognizione ordinaria, erroneamente applicate dall'attore.

Il convenuto, tenuto conto che l'ordinanza di conversione del rito non può incidere, secondo quanto chiarisce il 5° co. dell'art. 1, sulle decadenze maturate con riferimento al rito inizialmente adottato, dovrà, assecondando l'errore di parte attrice, costituirsi *ex* art. 167 c.p.c., depositando in cancelleria la propria comparsa di costituzione e risposta nei venti giorni prima dell'udienza indicata dall'attore in atto di citazione. Ciò a pena di decadenza dalla facoltà di spiegare domande riconvenzionali o di chiamare in causa terzi[33].

---

[32] Una previsione di questo tipo sarebbe stata logica se il legislatore avesse lasciato «fuori dal circuito giudiziario l'intera fase preparatoria prevedendo che l'iscrizione a ruolo avvenga col deposito dell'istanza di fissazione dell'udienza corredata dagli atti di parte e dai documenti», come si esprimeva, provocatoriamente radicalizzando il modello processuale proposto dal Governo, il parere reso dal C.S.M. sullo schema di decreto approvato dal Consiglio dei Ministri il 30 settembre 2002. In quell'ipotesi, non essendo prevista l'iscrizione a ruolo sino all'istanza di fissazione dell'udienza, sarebbe stato inevitabile cancellare la causa dal ruolo per riportarla al suo corretto stato di avanzamento.

[33] Nel medesimo senso, v. FABIANI, *La partecipazione del giudice al processo societario*, in *www.judicium* (15 settembre 2003), par. 9.3, il quale ricorda che, analogamente, nel caso del mutamento del rito dal rito lavoristico a quello ordinario, «se la controversia è iniziata con le forme di

Il giudice, all'esito dell'udienza di prima comparizione[34], dovrà disporre il mutamento del rito e ordinare la cancellazione della causa dal ruolo.

L'attore, quindi, se interessato a proseguire il processo per conservare gli effetti della domanda giudiziale, dovrà attivarsi per riassumere la causa e nel contempo, con il medesimo atto, notificare la memoria di replica di cui all'art. 6[35]. Nei dieci giorni successivi alla riassunzione-replica, l'attore dovrà poi reiscrivere la causa a ruolo, e il procedimento potrà così considerarsi a tutti gli effetti convertito al rito speciale, nelle cui forme potrà continuare sino all'emanazione della sentenza.

2.3. (Segue.)... e dal rito speciale al rito ordinario

Il mutamento del rito da speciale a ordinario è invece disciplinato, con una aggiunta anche qui operata nel testo approvato il 10 gennaio 2003 dal Consiglio dei Ministri, dal 6° co. dell'art. 16.

Secondo tale disposizione, quando rileva che una causa promossa nelle forme di cui al d.lgs. 5/2003 riguarda un rapporto diverso da quelli previsti dall'art. 1, il tribunale, se è competente, dispone con ordinanza il cambiamento del rito, designa il giudice istruttore e fissa l'udienza di trattazione. Se non è competente, il tribunale rimette la causa con ordinanza al giudice competente e fissa un termine perentorio non superiore a novanta giorni per il deposito del ricorso in riassunzione. Come nel caso inverso, restano ferme le decadenze ormai maturate.

2.4. La composizione normalmente collegiale del tribunale

Passando alla composizione dell'organo giudicante, la lett. b) del 2° co. dell'art. 12, l. 3 ottobre 2001, n. 366, delegava il Governo ad attribuire al tribunale in composizione collegiale tutte le controversie ricomprese nell'ambito di applicazione della nuova disciplina, salvo, in considerazione della natura degli interessi coinvolti, ipotesi eccezionali di giudizio monocratico.

Il legislatore delegato ha pertanto stabilito, al 3° co. dell'art. 1, che nella materia oggetto del d.lgs. 5/2003, il tribunale competente giudicherà, a norma del capo I del titolo II del decreto in esame, in composizione collegiale.

---

cui all'art. 413 c.p.c., la domanda riconvenzionale deve essere stata proposta entro il termine di costituzione e cioè almeno dieci giorni prima dell'udienza».

[34] Poiché l'art. 5, ult. co., stabilisce che il mutamento del rito e la cancellazione della causa dal ruolo vengano disposti «a seguito dell'udienza di prima comparizione» o successivamente, non sembra possibile, per il giudice che si accorga al momento dell'assegnazione del fascicolo dell'erroneo utilizzo del rito ordinario di cognizione, provvedere immediatamente, prima che si sia svolta l'udienza *ex* art. 180 c.p.c.

[35] Per una ricostruzione simile, cfr. FABIANI, *op. loc. cit.*

Questa riserva di collegialità, che va ad aggiungersi a quelle contemplate dall'art. 50 bis c.p.c.[36], nell'ambito delle quali già si annoveravano, peraltro, le più importanti categorie di controversie societarie[37], non vale però in relazione alle controversie di cui all'art. 1, 1° co., lett. e), e cioè alle controversie in materia bancaria e creditizia, a meno che non si tratti di azioni «collettive», promosse da o contro associazioni rappresentative dei consumatori o dalle Camere di commercio. In quest'ultimo caso, infatti, il tribunale dovrà giudicare in composizione collegiale[38].

In pratica, dunque, il nuovo procedimento appartiene alla competenza collegiale del tribunale e il rito monocratico avrà luogo solo nel caso di controversie tra banche.

Ciò lascia alquanto perplessi, dal momento che non appare immediatamente evidente perché mai proprio nel caso delle controversie tra istituti di credito in ordine alla materia alla quale fa riferimento la lett. e) del 1° co. dell'art. 1 si verserebbe in una di quelle «ipotesi eccezionali (...) in considerazione della natura degli interessi coinvolti» che, in base alla legge delega, possono essere attribuite alla cognizione del tribunale in composizione monocratica[39]. Forse sa-

---

[36] Quanto a tali ipotesi, per la Commissione Vaccarella si tratta di «un coacervo incomprensibile di casi», tanto che il punto 16) della proposta presentata alla stampa il 12 luglio 2002 (ed ora l'art. 25 del d.d.l. delega C. 4578/XIV) predica di riformulare le fattispecie secondo criteri riconoscibili e condivisibili, riconoscendo al presidente del tribunale la facoltà di assegnare al collegio le controversie già decise in senso difforme da giudici monocratici.

[37] Il n. 5) dell'art. 50 bis c.p.c. attribuisce al collegio le cause di impugnazione delle deliberazioni dell'assemblea e del consiglio di amministrazione, nonché le cause di responsabilità da chiunque promosse contro gli organi amministrativi e di controllo, i direttori generali e i liquidatori delle società, delle mutue assicuratrici e società cooperative, delle associazioni in partecipazione e dei consorzi.

[38] Occorre in proposito ricordare che, secondo il testo originariamente pubblicato in Gazzetta Ufficiale, l'esclusione della monocraticità avrebbe dovuto operare solo quando la causa fosse stata «promossa da» una associazione dei consumatori o da una camera di commercio e quindi non anche nel caso, piuttosto raro ma non impossibile, in cui fosse stata «promossa contro» di esse (lo rilevava ad es. VULLO, *Il nuovo processo delle società*, in *Studium iuris*, 2003, 552, part. nota 8). Risultava però avvolto nel mistero il motivo dell'esclusione del giudizio collegiale per le azioni intentate dagli istituti di credito nei confronti delle associazioni dei consumatori o delle camere di commercio e non viceversa. E di conseguenza, considerato come i due tipi di causa possano essere perfettamente simmetrici, divergendo solo per la posizione di attore o di convenuto della banca, sembrava lecito dubitare che tale differenziazione fosse costituzionalmente legittima, con il riferimento all'art. 3 Cost., sotto il profilo della ragionevolezza (sull'esistenza di dubbi di costituzionalità, v. il parere del C.S.M. sullo schema di decreto approvato dal Consiglio dei Ministri il 30 settembre 2002).

Prima che potesse essere sottoposta alla Consulta, la questione è stata ad ogni modo risolta dalla Presidenza del Consiglio, che, con comunicato relativo al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 9 settembre 2003, ha diramato un avviso di rettifica in cui si precisa che il 3° co., secondo periodo, dell'art. 1, dove era scritto: «Nelle azioni promosse da associazioni (...)», deve leggersi: «Nelle azioni promosse da o contro associazioni (...)». La mancata menzione, nel testo pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 22 gennaio 2003, delle azioni promosse «contro» le associazioni dei consumatori o le camere di commercio dipendeva, dunque, non da una scelta ragionata, ma da una semplice omissione materiale dei redattori del decreto.

[39] Per questa considerazione, v. il parere del C.S.M. sullo schema di decreto approvato dal Consiglio dei Ministri il 30 settembre 2002.

rebbe stato allora opportuno seguire il suggerimento espresso dalla Commissione Giustizia del Senato di non prevedere eccezioni alla regola della collegialità e conseguentemente di sopprimere, insieme alla previsione della monocraticità delle liti *ex* legge n. 385 del 1993, la stessa previsione del rito monocratico, a cui il d.lgs. 5/1993 dedica l'art. 18[40].

3. Legge processuale

3.1. Il rinvio al codice di procedura civile

Nelle materie in precedenza ricordate, il processo si svolge dinanzi al tribunale osservando le nuove norme di procedura contenute nel d.lgs. 5/2003.

L'art. 1 del decreto delegato non dimentica, peraltro, di dettare anche, al 4° co., una clausola di rinvio al codice di procedura civile.

In particolare, nonostante l'ovvietà del richiamo, il legislatore delegato ha sentito l'esigenza di precisare che, se non diversamente disciplinato dalla legislazione delegata, si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili[41].

Come spiegato nella relazione ministeriale, il nuovo testo normativo che disciplina le liti societarie, finanziarie e bancarie, dovrebbe risultare pressoché autosufficiente e soltanto residualmente integrabile dalla normativa generale del codice di rito, che si applicherà non solo laddove vi siano rinvii espressi ma anche in forza dell'art. 1 del decreto.

Si può pertanto affermare, con formulazione sintetica, che il decreto delegato tendenzialmente presuppone le «disposizioni generali» e quelle «del processo di esecuzione» contenute nel Libro I e nel Libro III del codice di rito, mentre pone esso stesso la disciplina del «processo di cognizione» e di alcuni «dei procedimenti speciali», lasciando alle norme codicistiche dettate nel Libro II e in parte del Libro IV scarso campo di applicazione.

---

[40] Nel punto 5) del parere reso sempre sullo schema di decreto approvato dal Consiglio dei Ministri il 30 settembre 2002, la Commissione raccomandava «vivamente» di procedere in tal senso, osservando, al pari del C.S.M., che non è dato di comprendere quale possa essere la ragione di contemplare un'eccezione alla regola della collegialità proprio per le controversie indicate dal legislatore delegato.

[41] Osserva TARZIA, *Interrogativi sul nuovo processo societario*, in *Riv. dir. process.*, 2003, 646, che il rinvio operato dal 4° co. dell'art. 1 all'attuale codice di rito, e cioè a un testo normativo ispirato ad un modello processuale radicalmente diverso rispetto a quello adottato per il d.lgs. 5/2003, non mancherà di generare inevitabili difetti di coordinamento.

TITOLO II
DEL PROCESSO DI COGNIZIONE DAVANTI AL TRIBUNALE

CAPO I
DEL PROCEDIMENTO DI PRIMO GRADO DAVANTI AL TRIBUNALE IN COMPOSIZIONE COLLEGIALE

Articolo 2
Contenuto dell'atto di citazione

1. *La domanda si propone al tribunale mediante citazione contenente:*
   a) le indicazioni di cui ai numeri 1), 2), 3), 4), 5) e 6), dell'articolo 163 del codice di procedura civile;
   b) l'indicazione del numero di fax o dell'indirizzo di posta elettronica, presso cui il difensore dichiara di voler ricevere le comunicazioni e le notificazioni nel corso del procedimento;
   c) la fissazione di termine al convenuto, non inferiore a sessanta giorni dalla notificazione della citazione, per la notifica al difensore dell'attore della comparsa di risposta. In difetto di fissazione da parte dell'attore, o in caso di insufficienza, il termine è di sessanta giorni.
2. *Tutti i termini del procedimento possono essere ridotti alla metà con provvedimento reso a norma dell'articolo 163 bis, comma 2, del codice di procedura civile.*
3. *I termini sono ridotti alla metà nel caso di opposizione a norma dell'articolo 645 del codice di procedura civile. Ciascuna delle parti, al momento della costituzione, ovvero successivamente, può chiedere con ricorso che sia designato il magistrato per l'adozione, previa convocazione delle parti, dei provvedimenti di cui agli articoli 648 e 649 del codice di procedura civile.*

Articolo 3
Costituzione dell'attore

1. *L'attore, entro dieci giorni dalla notificazione della citazione, deve costituirsi in giudizio a mezzo di procuratore, depositando in cancelleria la nota d'iscrizione a ruolo e il fascicolo contenente l'originale o la copia della citazione, la procura e i documenti offerti in comunicazione. Il cancelliere forma il fascicolo d'ufficio, in esso inserendo tutti gli atti e documenti successivamente depositati dalle parti; analogamente provvede nel caso di cui all'articolo 13, comma 1.*

2. *Se la citazione è notificata a più persone, la costituzione dell'attore deve avvenire entro dieci giorni dall'ultima notificazione. In tale caso il termine di cui all'articolo 2, comma 1, lettera c), è prolungato, per ciascun convenuto, fino al sessantesimo giorno successivo all'iscrizione a ruolo.*

Articolo 4
Comparsa di risposta

1. *Nella comparsa di risposta il convenuto deve proporre tutte le sue difese prendendo posizione sui fatti posti dall'altra parte a fondamento della domanda, indicare i mezzi di prova di cui intende valersi e i documenti che offre in comunicazione; a pena di decadenza deve proporre le domande riconvenzionali dipendenti dal titolo dedotto in giudizio dall'attore o da quello che già appartiene alla causa come mezzo di eccezione, e dichiarare di voler chiamare in causa i terzi ai quali ritiene comune la causa o dai quali pretende di essere garantito precisandone le ragioni; deve formulare le conclusioni. Nella stessa comparsa il convenuto deve indicare il numero di fax o l'indirizzo di posta elettronica presso cui il difensore dichiara di voler ricevere le comunicazioni e le notificazioni nel corso del procedimento.*
2. *Nella comparsa di risposta il convenuto, fermo quanto disposto nell'articolo 8, comma 2, lettera c), fissa all'attore un termine non inferiore a trenta giorni dalla notificazione della stessa comparsa per eventuale replica. In caso di omessa o insufficiente indicazione, il termine è di trenta giorni. Nel caso di pluralità di convenuti, anche a seguito di chiamata in causa, il termine fissato all'attore per la replica non può eccedere i sessanta giorni; l'inosservanza di tale termine può essere eccepita anche dagli altri convenuti.*
3. *Se dichiara di voler chiamare in causa terzi, il convenuto deve notificare loro l'atto di citazione a norma dell'articolo 2.*

Articolo 5
Forme e termini della costituzione del convenuto

1. *Il convenuto deve costituirsi a mezzo di procuratore depositando in cancelleria, entro dieci giorni dalla notifica della comparsa di risposta, ovvero del termine di cui all'articolo 3, comma 2, il fascicolo contenente l'originale ovvero la copia della comparsa di risposta notificata all'attore, la copia della citazione notificata, la procura e i documenti che offre in comunicazione.*
2. *In assenza di documenti da depositare, di domande riconvenzionali o di chiamata di terzi, il convenuto che abbia tempestivamente notificato la comparsa di risposta può costituirsi entro dieci giorni dalla notificazione dell'istanza di fissazione dell'udienza a cui abbia provveduto altra parte.*

Articolo 6
Memoria di replica dell'attore

1. *Nel termine fissatogli a norma dell'articolo 4, comma 2, l'attore può replicare con memoria notificata al convenuto e depositata in cancelleria, nonché depositare nuovi documenti.*
2. *Nella memoria di replica l'attore può:*
   a) precisare o modificare le domande e le conclusioni già proposte;
   b) a pena di decadenza proporre nuove domande ed eccezioni che siano conseguenza della domanda riconvenzionale o delle difese proposte dal convenuto;
   c) a pena di decadenza dichiarare che intende chiamare un terzo ai sensi dell'articolo 106 del codice di procedura civile, se l'esigenza è sorta dalle difese del convenuto;
   d) depositare nuovi documenti in cancelleria, ovvero formulare nuove richieste istruttorie.
3. *L'attore, nella memoria di replica, deve fissare al convenuto un termine non inferiore a venti giorni per ulteriore memoria difensiva. Il termine è di trenta giorni se l'attore ha proposto nuove domande.*
4. *Nel caso della dichiarazione di cui al comma 2, lettera c), l'attore notifica al terzo l'atto di citazione ai sensi dell'articolo 2.*

Articolo 7
Repliche ulteriori

1. *Il convenuto, se non ritiene di notificare istanza di fissazione di udienza, può notificare, nel termine fissatogli a norma dell'articolo precedente o, in mancanza, nel termine di trenta giorni, una seconda memoria difensiva, contenente l'eventuale indicazione di nuovi documenti e di richieste istruttorie, la fissazione di un termine, non inferiore a venti giorni dalla notificazione, per una ulteriore replica, nonché, a pena di decadenza, le eccezioni non rilevabili d'ufficio che siano conseguenza delle nuove domande ed eccezioni proposte dall'attore a norma del secondo comma dell'articolo precedente.*
2. *L'attore, se non ritiene di notificare istanza di fissazione di udienza, può notificare al convenuto una ulteriore replica a norma dell'articolo 6, comma 2; in tale caso, il convenuto può notificare una memoria di controreplica nel termine, non inferiore a venti giorni, assegnatogli o, in mancanza, nel termine di venti giorni dalla notificazione.*
3. *L'attore, finché non ha notificato l'istanza di fissazione di udienza ed in al-*

ternativa alla sua proposizione, può notificare ulteriore memoria alle altre parti, nel termine perentorio di venti giorni dalla ricezione della memoria di controreplica del convenuto. Lo stesso potere spetta alle altre parti nei successivi venti giorni. Alle medesime condizioni è ammesso lo scambio di ulteriori memorie tra le parti, finché non è decorso il termine massimo di ottanta giorni dalla notifica della memoria di controreplica di cui al comma 2.

Articolo 8
Istanza di fissazione di udienza

1. *L'attore può notificare alle altre parti istanza di fissazione di udienza, entro venti giorni:*

a) dalla data di notifica della comparsa di risposta del convenuto cui non intende replicare, ovvero dalla scadenza del termine per la notifica della comparsa di risposta;

b) in caso di chiamata di terzo da parte del convenuto, dalla data di notifica della comparsa di risposta del terzo chiamato ovvero dalla scadenza del termine per la notifica della comparsa stessa;

c) dalla data della notifica dello scritto difensivo delle altre parti al quale non intenda replicare.

2. *Il convenuto può notificare alle altre parti istanza di fissazione di udienza, entro venti giorni:*

a) se ha proposto domanda riconvenzionale ovvero sollevato eccezioni non rilevabili d'ufficio, dalla data di notifica della memoria di replica dell'attore ovvero dalla scadenza del relativo termine;

b) se ha chiamato in causa terzi, dalla data di notifica della comparsa di risposta del terzo chiamato ovvero dalla scadenza del relativo termine;

c) al di fuori dei casi precedenti, dalla data della propria costituzione in giudizio ovvero dalla data della notifica dello scritto difensivo delle altre parti al quale non intende replicare.

3. *Il terzo chiamato, ovvero intervenuto, può notificare alle altre parti istanza di fissazione di udienza, entro venti giorni:*

a) se ha proposto domanda riconvenzionale ovvero ha sollevato eccezioni non rilevabili d'ufficio, dalla data di notifica della memoria di replica dell'attore o del convenuto ovvero dalla scadenza del relativo termine;

b) al di fuori del caso precedente, dalla data della propria costituzione in giudizio, ovvero dalla data della notifica dello scritto difensivo delle altre parti al quale non intende replicare.

4. *Il mancato deposito dell'istanza di fissazione di udienza nei venti giorni successivi alla scadenza dei termini di cui ai commi precedenti o del termine*

per il deposito della memoria di controreplica del convenuto di cui all'articolo 7, comma 2, ovvero dalla scadenza del termine massimo di cui all'articolo 7, comma 3, determina l'estinzione del processo rilevabile anche d'ufficio. Il rilievo d'ufficio è precluso se l'udienza si è comunque svolta con la partecipazione di almeno una parte; in tal caso l'estinzione deve comunque essere eccepita, a pena di decadenza, entro la stessa udienza.
5. *L'istanza di fissazione presentata fuori dei casi stabiliti dal presente articolo è dichiarata inammissibile, su richiesta della parte interessata depositata in cancelleria nel termine perentorio di dieci giorni dalla notifica dell'istanza, dal presidente che, sentite le parti, provvede con ordinanza non impugnabile; con lo stesso provvedimento, il presidente assegna il termine per lo svolgimento delle ulteriori attività eventualmente necessarie.*

Articolo 9
Contenuto dell'istanza di fissazione di udienza e termine per il deposito in cancelleria

1. *L'istanza di fissazione dell'udienza deve sempre contenere le conclusioni, di rito e di merito, con esclusione di ogni modificazione delle domande, nonché la definitiva formulazione delle istanze istruttorie già proposte. In mancanza, si intendono formulate le conclusioni di cui al primo atto difensivo dell'istante.*
2. *Nell'istanza di fissazione dell'udienza o nella nota di precisazione delle conclusioni di cui all'articolo 10, comma 1, ciascuna parte può indicare le condizioni alle quali sarebbe disposta a conciliare la lite. Questa indicazione non pregiudica in alcun modo la decisione della causa.*
3. *La parte è tenuta al deposito in cancelleria dell'istanza di fissazione di udienza nel termine perentorio di dieci giorni dall'ultima notificazione. Se l'istanza è fatta congiuntamente, ciascuna delle parti può provvedere al deposito.*

Articolo 10
Effetti della notificazione dell'istanza di fissazione di udienza

1. *A seguito della notificazione dell'istanza di fissazione di udienza, le altre parti devono, nei dieci giorni successivi, depositare in cancelleria una nota contenente la definitiva formulazione delle istanze istruttorie e delle conclusioni di rito e di merito già proposte, esclusa ogni loro modificazione. In mancanza, si intendono formulate le istanze e le conclusioni di cui al primo atto difensivo.*
2. *Salvo quanto disposto dall'articolo 12, comma 8, e dall'articolo 13, comma 3, a seguito della notificazione dell'istanza di fissazione di udienza tutte le parti decadono dal potere di proporre nuove eccezioni, di precisare o modificare domande o eccezioni già proposte, nonché di formulare ulteriori istanze*

istruttorie e depositare nuovi documenti. La decadenza può essere dichiarata soltanto su eccezione della parte interessata, da proporsi nella prima istanza o difesa successiva a norma dell'articolo 157 del codice di procedura civile.

Articolo 11
Istanza congiunta di fissazione di udienza

1. *Le parti possono presentare istanza congiunta di fissazione dell'udienza. Se intendono ottenere la decisione di questioni pregiudiziali di rito o preliminari di merito, ovvero relative alla integrità del contraddittorio, alla partecipazione di terzi al processo, o all'ammissibilità delle prove, in ogni caso devono precisare integralmente le rispettive conclusioni.*
2. *Il tribunale provvede con ordinanza non impegnabili in ogni caso in cui, decidendo le questioni di cui al comma 1, non definisce il giudizio. Il provvedimento sulla competenza è impugnabile ai sensi degli articoli 42 e seguenti del codice di procedura civile.*
3. *Entro il termine perentorio di novanta giorni dalla comunicazione dell'ordinanza, l'attore deve notificare alle altre parti memoria di replica o, se già era stata notificata, di ulteriore replica; si applicano, rispettivamente, gli articoli 6 e 7. In caso di provvedimento che conferma la competenza del tribunale adito, il termine decorre dalla sua comunicazione.*

Articolo 12
Designazione del giudice relatore e decreto di fissazione dell'udienza

1. *Decorsi dieci giorni dal deposito dell'istanza di fissazione dell'udienza, il cancelliere presenta senza indugio al presidente il fascicolo d'ufficio contenenti tutti gli atti e i documenti depositati dalle parti.*
2. *Il presidente, entro il secondo giorno successivo alla presentazione del fascicolo, designa il giudice relatore. Questi, entro cinquanta giorni dalla designazione, sottoscrive e deposita in cancelleria il decreto di fissazione dell'udienza, da comunicare alle parti costituite. Per comprovate ragioni, il presidente può prorogare il termine a norma dell'articolo 154 del codice di procedura civile.*
3. *Il decreto deve contenere:*
   a) la fissazione dell'udienza collegiale che deve tenersi non prima di dieci e non oltre trenta giorni dalla comunicazione del decreto stesso;
   b) l'ammissione di mezzi istruttori disponibili d'ufficio o dei mezzi di prova richiesti dalle parti, nonché la succinta esposizione delle ragioni di inammissibilità o irrilevanza delle istanze istruttorie;
   c) l'indicazione delle questioni, di rito e di merito, rilevabili d'ufficio;
   d) l'invito alle parti, ove appaia opportuno, a comparire personalmente

all'udienza per l'interrogatorio libero e il tentativo di conciliazione, nonché, ove taluna di esse abbia dichiarato le condizioni alle quali sia disposta a conciliare, l'invito alle altre parti a prendere all'udienza esplicita posizione sulle stesse;

e) l'invito alle parti a depositare, almeno cinque giorni prima dell'udienza, memorie conclusionali, anche indicando le questioni bisognose di trattazione;

f) il deferimento del giuramento suppletorio a norma dell'articolo 13, comma 2

4. *Il giudice relatore dichiara l'interruzione del processo con ordinanza non impugnabile se l'evento interruttivo, avveratosi nei riguardi della parte che si è costituita a mezzo di procuratore, è stato notificato alle altre parti entro il termine perentorio di giorni novanta dall'evento stesso. Nei casi in cui l'interruzione opera di diritto, a norma del codice di procedura civile, il giudice la dichiara con effetto dal momento del verificarsi dell'evento interruttivo.*

5. *Ove l'eccezione di estinzione proposta da una parte appaia fondata e nei casi previsti dagli articoli 8, comma 4, e 13, comma 1, il giudice relatore, convocate le parti costituite, dichiara l'estinzione del processo con ordinanza, reclamabile nel termine di dieci giorni dalla comunicazione. Il collegio provvede a norma dell'articolo 308, secondo comma, del codice di procedura civile.*

6. *Con il decreto, ove sussista l'esigenza di regolarizzazione ai sensi dell'articolo 182 del codice di procedura civile, il giudice assegna un termine non inferiore a trenta giorni e non superiore a sessanta per i necessari adempimenti e fissa l'udienza di discussione entro i successivi trenta giorni.*

7. *Con il decreto che dichiara la nullità della notificazione della citazione al convenuto, se questi non si è costituito, il giudice fissa all'attore un termine perentorio non superiore a sessanta giorni per la rinnovazione.*

8. *Con il decreto, se sussiste l'esigenza di integrare il contraddittorio a norma degli articoli 102 e 107 del codice di procedura civile, il giudice fissa un termine non inferiore a trenta giorni per provvedere alla notificazione ai litisconsorti e ai terzi di tutti gli scritti difensivi già scambiati; concede ai litisconsorti e ai terzi un termine non inferiore a quaranta giorni e non superiore a sessanta per costituirsi mediante deposito di memoria notificata alle altre parti, anche non costituite, e ulteriori trenta giorni alle parti originarie per l'eventuale replica. L'udienza davanti al collegio è fissata entro i successivi trenta giorni con decreto emesso a norma del presente articolo, ma il presidente può, su istanza dei litisconsorti o dei terzi, concedere loro un termine non superiore a sessanta giorni per controreplicare, fissando l'udienza entro i successivi trenta giorni.*

Articolo 13
Contumacia dell'attore e del convenuto; rilevabilità dell'inammissibilità di allegazioni, istanze istruttorie e produzioni documentali

1. *Se l'attore non si costituisce nel termine di cui all'articolo 3, il convenuto, costituendosi nel termine a lui assegnato a norma dell'articolo 5, comma 1, può, nella comparsa di risposta, eccepire l'estinzione del processo e depositare istanza di fissazione dell'udienza; altrimenti, procede a norma dell'articolo 4, comma 2.*
2. *Se il convenuto non notifica la comparsa di risposta nel termine stabilito a norma dell'articolo 2, comma 1, lettera c), ovvero dell'articolo 3, comma 2, l'attore, tempestivamente costituitosi, può notificare al convenuto una nuova memoria a norma dell'articolo 6, ovvero depositare, previa notifica, istanza di fissazione dell'udienza; in quest'ultimo caso i fatti affermati dall'attore, anche quando il convenuto abbia tardivamente notificato la comparsa di costituzione, si intendono non contestati e il tribunale decide sulla domanda in base alla concludenza di questa; se lo ritiene opportuno, il giudice deferisce all'attore giuramento suppletorio.*
3. *Se nessuna delle parti si sia costituita nel termine rispettivamente assegnato, l'istanza di fissazione dell'udienza può essere sempre proposta dalla parte che si sia costituita, mediante deposito in cancelleria, unitamente ai propri scritti difensivi e ai documenti offerti in comunicazione. Dell'avvenuto deposito dell'istanza deve essere data notizia mediante atto notificato alle altre parti, le quali possono costituirsi nei dieci giorni successivi, depositando i propri scritti difensivi, i documenti offerti in comunicazione e la nota contenente la formulazione delle rispettive conclusioni. Nei confronti della parte che non si costituisce, si applica, rispettivamente, il comma 1 o 2.*
4. *Fermo quanto disposto dai commi 1, 2 e 3, l'inosservanza dei termini previsti dagli articoli 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9 e 10, nonché le decadenze, sono rilevabili soltanto su eccezione della parte che vi abbia interesse da proporsi nella prima istanza o difesa successiva, a norma dell'articolo 157 del codice di procedura civile*
5. *Nel decreto di fissazione dell'udienza il giudice, valutata ogni circostanza, può rimettere in termini la parte che da irregolarità procedimentali abbia risentito pregiudizio nel suo diritto di difesa. Rimane ferma l'inammissibilità, purché eccepita, delle eccezioni non rilevabili d'ufficio, delle allegazioni, delle istanze istruttorie proposte, nonché dei documenti depositati dal convenuto dopo la seconda memoria difensiva ovvero dall'attore dopo la memoria successiva alla proposizione della domanda riconvenzionale.*

Articolo 14
Interventi autonomi

1. *Salvo che sia effettuato per l'integrazione necessaria del contraddittorio, ovvero a norma dell'articolo 107 del codice di procedura civile, l'intervento di terzi a norma dell'articolo 105, comma primo, del codice di procedura civile non può aver luogo oltre il termine previsto per la notifica da parte del convenuto della comparsa di risposta.*
2. *Il terzo deve costituirsi a norma dell'articolo 5, comma 1, fissando alle altre parti un termine per la replica non inferiore a trenta e non superiore a novanta giorni dalla notificazione della comparsa di intervento.*
3. *Ciascuna delle parti originarie, con propria memoria, può proporre istanza di fissazione dell'udienza affinché venga decisa la questione di ammissibilità dell'intervento, con ordinanza reclamabile nelle forme dell'articolo 669 terdecies del codice di procedura civile e nel termine perentorio di dieci giorni dalla sua comunicazione; ovvero può fissare un termine, non inferiore a trenta giorni, al terzo intervenuto perché questi provveda alla notificazione di una sua memoria; in quest'ultimo caso il terzo, se non procede alla notifica dell'istanza di fissazione dell'udienza, con la propria memoria fissa alle altre parti un termine non inferiore a venti giorni e non superiore a sessanta per una ulteriore replica.*

Articolo 15
Intervento adesivo dipendente

1. *Colui che, avendovi interesse, vuole sostenere le ragioni di alcuna delle parti, può intervenire fino al deposito dell'istanza di fissazione dell'udienza, ma non può compiere atti che, al momento dell'intervento, non sono più consentiti alle parti originarie. Tuttavia, se il terzo deduce il dolo o la collusione delle parti in suo danno, il giudice, ove ritenga fondata la deduzione, lo rimette in termini provvedendo a norma dell'articolo 13, comma 5.*
2. *In ogni caso, il terzo intervenuto a norma del presente articolo è legittimato all'impugnazione della sentenza.*
3. *Per intervenire, il terzo deve costituirsi in giudizio depositando in cancelleria una comparsa notificata alle altre parti, con i documenti che offre in comunicazione.*

Articolo 16
Udienza di discussione della causa

1. *Se nessuna delle parti costituite compare all'udienza, il tribunale ordina la cancellazione della causa dal ruolo.*

2. *Quando nel decreto è contenuto l'invito alle parti a comparire di persona, il presidente le interroga liberamente ed esperisce, se la natura della causa lo consente, il tentativo di conciliazione, eventualmente proponendo soluzioni di equa composizione della controversia. Nel relativo verbale è dato comunque atto delle posizioni assunte dalle parti. Ove il tentativo non abbia esito positivo, il tribunale può tenerne conto ai fini della distribuzione delle spese di lite, anche ponendole, in tutto o in parte, a carico della parte formalmente vittoriosa che non è comparsa o che ha rifiutato ragionevoli proposte conciliative. Se il tentativo riesce, il verbale di conciliazione costituisce titolo esecutivo anche per la consegna di cose mobili o il rilascio di immobili, nonché per l'esecuzione di obblighi di fare e non fare.*
3. *Se la lite non viene conciliata, i difensori delle parti illustrano le rispettive conclusioni. Il presidente dirige la discussione e può consentire brevi repliche.*
4. *Esaurita la discussione, il tribunale conferma o revoca, in tutto o in parte, il decreto con ordinanza, quindi procede, eventualmente delegandola al relatore, all'assunzione dei mezzi di prova ritenuti necessari, fissando in tale caso una nuova udienza di discussione nei trenta giorni successivi all'assunzione. Analogamente provvede se dispone consulenza tecnica, ispezione o altri mezzi di prova disponibili d'ufficio. Altrimenti, decide la causa in camera di consiglio con sentenza, anche a norma dell'articolo 187, secondo e terzo comme, del codice di procedura civile.*
5. *La decisione è emessa a norma dell'articolo 281 sexies del codice di procedura civile. In caso di particolare complessità della controversia, il tribunale dispone con ordinanza, di cui dà lettura in udienza, che la sentenza sia depositata nei trenta giorni successivi alla chiusura della discussione orale. La sentenza può essere sempre motivata in forma abbreviata, mediante il rinvio agli elementi di fatto riportati in uno o più atti di causa e la concisa esposizione delle ragioni di diritto, anche in riferimento a precedenti conformi.*
6. *Quando rileva che una causa promossa nelle forme di cui al presente decreto riguarda un rapporto diverso da quelli previsti dall'articolo 1, il tribunale, se è competente, dispone con ordinanza il cambiamento del rito, designa il giudice istruttore e fissa l'udienza di trattazione; altrimenti rimette la causa con ordinanza al giudice competente, fissando un termine perentorio non superiore a novanta giorni per il deposito del ricorso in riassunzione. Restano ferme le decadenze già maturate.*

Articolo 17
Notificazioni e comunicazioni nel corso del procedimento

1. *Tutte le notificazioni e comunicazioni alle parti costituite possono essere fatte, oltre che a norma degli articoli 136 e seguenti del codice di procedura civile:*

a) con trasmissione dell'atto a mezzo fax;

b) con trasmissione dell'atto per posta elettronica;

c) con scambio diretto tra difensori attestato da sottoscrizione per ricevuta sull'originale, apposta anche da parte di collaboratore o addetto allo studio del difensore.

2. *Le disposizioni di cui al comma 1 si applicano a tutti i procedimenti previsti dal presente decreto e le trasmissioni di atti ai sensi del comma 1, lettere a) e b), devono essere effettuate nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione e la trasmissione dei documenti informatici e teletrasmessi.*

CAPO II
DEL PROCEDIMENTO DI PRIMO GRADO DAVANTI AL TRIBUNALE IN COMPOSIZIONE MONOCRATICA

Articolo 18
Rinvio alle norme relative al procedimento davanti al collegio

1. *Le disposizioni di cui al capo I si applicano, in quanto compatibili, al procedimento di cognizione davanti al tribunale in composizione monocratica.*

2. *Il magistrato al quale è affidata la trattazione del procedimento è designato dal presidente del tribunale a norma dell'articolo 12.*

Commento di EUGENIO DALMOTTO

Sommario

1. Considerazioni introduttive – **1.1.** La delega e il «Progetto Vaccarella» – **2.** Fase preparatoria (dalla citazione all'istanza di fissazione dell'udienza: artt. 2 -11) – **2.1.** Gli atti introduttivi e la costituzione delle parti: la citazione – **2.2.** (Segue.) ... l'istanza per la dimidiazione dei termini e la costituzione dell'attore – **2.3.** (Segue.) ... la risposta e la costituzione del convenuto – **2.4.** La replica dell'attore e la seconda memoria del convenuto – **2.5.** Le ulteriori repliche dell'attore e le ulteriori controrepliche del convenuto – **2.6.** L'istanza per la fissazione dell'udienza: i termini per la proposizione – **2.7.** (Segue.) ... il contenuto e gli effetti nei confronti delle parti non istanti – **2.8.** L'istanza congiunta di fissazione dell'udienza: per la decisione della causa o per la decisione di «incidenti processuali» – **2.9.** (Segue.) ... la regola dell'inammissibilità dell'istanza non congiunta per la decisione di «incidenti processuali» e l'eccezione della decisione immediata sull'intervento del terzo – **2.10.** (Segue.) ... il problema del regolamento di giurisdizione e della querela di falso – **2.11.** Il deposito in

cancelleria dell'istanza di fissazione dell'udienza – **2.12.** L'interruzione e l'estinzione del giudizio – **2.13.** Le preclusioni – **2.14.** La rimessione in termini – **3.** Fase predibattimentale (dalla designazione del giudice relatore alla fissazione dell'udienza: art. 12) – **3.1.** La designazione del giudice relatore – **3.2.** Il decreto di fissazione dell'udienza: l'emanazione – **3.3.** (Segue.) ... la fissazione della data dell'udienza e i provvedimenti istruttori – **3.4.** (Segue.) ... l'indicazione delle questioni rilevabili d'ufficio e di quelle bisognose di ulteriore trattazione scritta – **3.5.** (Segue.) ... la convocazione delle parti e l'invito al deposito di memorie conclusionali – **3.6.** I provvedimenti di regolarizzazione della rappresentanza, rinnovazione della notifica della citazione e integrazione del contraddittorio – **3.7.** Il deposito delle memorie conclusionali – **4.** Rito contumaciale (art. 13) – **4.1.** La contumacia dell'attore – **4.2.** La «contumacia» del convenuto: l'effetto di *ficta confessio* – **4.3.** (Segue.) ... questioni relative alla riconvenzionale, all'indisponibilità dei diritti, ai riflessi sul grado di appello e al possibile abuso dell'istituto – **5.** Interventi (artt. 14-15) – **5.1.** L'intervento volontario: principale o adesivo autonomo – **5.2.** (Segue.) ... e adesivo dipendente – **6.** Fase dibattimentale (udienza, tentativo di conciliazione e decisione della causa: art. 16) – **6.1.** L'udienza: il principio di concentrazione – **6.2.** (Segue.) ... la comparizione delle parti – **6.3.** (Segue.) ... l'interrogatorio libero – **6.4.** (Segue.) ... il tentativo di conciliazione giudiziale – **6.5.** (Segue.) ... il mancato esperimento del tentativo di conciliazione stragiudiziale – **6.6.** (Segue.) ... la conciliazione in udienza – **6.7.** (Segue.) ... la discussione e la conferma o revoca delle statuizioni contenute nel decreto di fissazione dell'udienza – **6.8.** L'eventuale istruzione – **6.9.** La decisione: le questioni pregiudiziali e preliminari – **6.10.** (Segue.) ... la sentenza «contestuale» o in un termine breve – **6.11.** (Segue.) ... la motivazione in forma abbreviata – **6.12.** (Segue.) ... le valutazioni operate sulla nuova struttura della fase decisoria – **6.13.** Il cambiamento del rito – **7.** Notificazioni e comunicazioni (art. 17) – **7.1.** Gli strumenti tecnologici: presupposti e rinvio alla normativa di settore – **7.2.** (Segue.) ... il fax – **7.3.** (Segue.) ... la posta elettronica – **7.4.** Lo scambio diretto tra i difensori – **7.5.** L'ambito di applicazione della nuova disciplina su notifiche e comunicazioni – **8.** Procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo (art. 2 ult. co.) – **8.1.** La dimidiazione dei termini – **8.2.** I provvedimenti sull'esecuzione provvisoria – **9.** Procedimento dinanzi al tribunale monocratico (art. 18) – **9.1.** Il rinvio alle norme relative al procedimento collegiale e le previsioni speciali per il rito monocratico

1. Considerazioni introduttive

1.1. La delega e il «Progetto Vaccarella»

Il 1° co. dell'art. 12, l. 3 ottobre 2001 n. 366, di delega per la riforma del diritto societario, incaricava il Governo di «assicurare una più rapida ed efficace definizione» dei procedimenti in materia societaria, finanziaria e bancaria.

Il 2° co. del medesimo articolo precisava, enumerandoli, quali fossero i criteri direttivi sulla cui base conseguire tale scopo.

Due di questi criteri si prestavano ad essere applicati al processo di cognizione.

Ci si riferisce al criterio dettato dalla lett. a) del 2° co., secondo cui il legislatore delegato avrebbe potuto prevedere «la concentrazione del procedimento e la riduzione dei termini processuali», e il criterio dettato dalla lett. e), in forza del quale si sarebbe potuto prevedere la facoltà per il «giudice di operare un tentativo preliminare di conciliazione, suggerendone espressamente gli elementi essenziali, assegnando eventualmente un termine per la modificazione o la rinnovazione di atti negoziali su cui verte la causa ed, in caso di mancata conciliazione, tenendo successivamente conto

dell'atteggiamento al riguardo assunto dalle parti ai fini della decisione sulle spese di lite»[1].

La delega poteva quindi essere attuata, per quanto riguarda il processo di cognizione, modificando il rito ordinario di cognizione disciplinato nel Libro II del codice di procedura civile, il cui svolgimento avrebbe dovuto essere concentrato in un numero di udienze inferiore, i cui termini avrebbero dovuto essere ridotti (come ad esempio avviene nel giudizio dinanzi al giudice di pace e nelle opposizioni a decreto ingiuntivo), e nel quale l'istituto della conciliazione giudiziale avrebbe dovuto essere potenziato.

Ritenendo però che il Parlamento avesse impartito una delega ampia, non limitata alla concentrazione delle udienze o al potenziamento dell'istituto conciliativo, ma indirizzata, anziché alla pura e semplice «riduzione dei termini processuali», ad una generica e nel contempo ambiziosa «riduzione dei tempi processuali»[2], il Governo si è ritenuto legittimato a introdurre nel nostro ordinamento un nuovo processo a cognizione piena, specificamente dedicato alle controversie societarie, finanziarie e bancarie e caratterizzato da una struttura assai differente da quella propria del processo ordinario di cognizione di cui al codice di rito attualmente vigente.

Il fulcro di questo nuovo rito è rappresentato dal Capo I del Titolo II, del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, composto dagli artt. da 2 a 17, che disciplina il processo di cognizione di primo grado davanti al tribunale in composizione collegiale.

In estrema sintesi, ai sensi degli artt. 2 ss., l'intervento del giudice avviene solo dopo la conclusione di una fase introduttiva o «preparatoria» in cui le parti si scambiano direttamente tra loro, anche a mezzo *e-mail* o fax, citazioni, comparse di risposta ed eventuali repliche.

Più precisamente, l'autorità giudiziaria viene evocata nel momento in cui una delle parti, dopo che è avvenuto almeno un primo scambio di scritti difensivi, stimando inutile replicare ulteriormente all'altra, chiede, facendo così scattare definitivamente le preclusioni alla proposizione di nuove domande, eccezioni o istanze istruttorie, la nomina del giudice relatore. Quest'ultimo, designato dal presidente del tribunale, emana il decreto di fissazione dell'udienza, con cui, tra l'altro, è tenuto a decidere sull'ammissione delle prove.

Nel corso dell'udienza, il giudice prova, se possibile, a conciliare i contendenti, eventualmente proponendo soluzioni di equa composizione della con-

[1] Entrambi questi criteri, come pure la direttiva generale per la rapidità ed efficienza, erano già presenti all'art. 11 del d.d.l. C. 7123/XIII, decaduto con l'esaurirsi della scorsa legislatura e ripresentato nella successiva come C. 1137/XIV, poi tradotto, con modifiche su altri punti, nella l. 3 ottobre 2001, n. 366, di delega alla riforma del diritto societario.

[2] Così nella relazione illustrativa allo schema di decreto approvato dal Consiglio dei Ministri il 10 gennaio 2003 (poi riservatosi nel d.lgs. 5/2003 pubblicato in Gazzetta Ufficiale), dove si può leggere che con il nuovo rito ordinario per le controversie societarie, finanziarie e bancarie si vuole realizzare «la concentrazione del procedimento e la riduzione dei termini [*rectius*: tempi] processuali», operando così una interpretazione correttiva del testo della legge delega sulla cui base si è ritenuto legittimo un intervento molto ampio da parte del legislatore delegato.

troversia, e qualora il tentativo fallisca potrà tenere conto, ai fini della condanna alle spese processuali, dell'atteggiamento della parte che abbia rifiutato ragionevoli proposte transattive.

Se ritiene necessario assumere mezzi di prova, esperire consulenze tecniche o disporre ispezioni, il tribunale fissa una nuova udienza, altrimenti, subito dopo la discussione tra i difensori delle parti, decide la causa con sentenza emessa a norma dell'art. 281 sexies c.p.c. In caso di particolare complessità della materia, il giudice si può riservare di decidere nei trenta giorni successivi.

Questo modello si ispira, non tanto alla legge delega, che di per sé si limitava a chiedere maggiore efficienza e rapidità, quanto, piuttosto, al progetto di d.d.l. delega di riforma organica del codice di procedura civile recentemente redatto dalla Commissione di studio presieduta dal prof. Romano Vaccarella, presidente, altresì, della sottocommissione per l'attuazione dell'art. 12 della delega in materia societaria.

2. Fase preparatoria (dalla citazione all'istanza di fissazione dell'udienza: artt. 2-11)

2.1. Gli atti introduttivi e la costituzione delle parti: la citazione

La parte più innovativa della disciplina è costituita dalla fase introduttiva o preparatoria, palesemente mutuata dalle proposte della Commissione Vaccarella[3].

Tale fase, attraverso cui si giunge alla progressiva definizione del *thema decidendum* e del *thema probandum*, viene spostata fuori dell'udienza ed affidata esclusivamente alle parti.

---

[3] In particolare, il legislatore delegato sembra essersi rifatto ai punti 17), 18) e 19) del progetto presentato alla stampa il 12 luglio 2002, ora recepiti negli artt. 16, 17 e 19 del d.d.l. delega C. 4578/XIV.

Per il punto 17) occorre «prevedere che il processo sia introdotto con atto di citazione senza indicazione dell'udienza da depositarsi in cancelleria con i documenti offerti in comunicazione entro un termine perentorio (...); che nell'atto di citazione l'attore fissi al convenuto un termine, disciplinato dalla legge solo nel minimo, entro il quale il convenuto può replicare con una comparsa di risposta, da notificare, o comunicare, all'attore e che deve depositare in cancelleria con i documenti offerti in comunicazione; prevedere che, in caso di mancata costituzione in cancelleria dell'attore, il convenuto possa costituirsi chiedendo la fissazione dell'udienza di discussione ovvero, in difetto, l'estinzione del processo con salvezza degli effetti sostanziali della domanda; prevedere la facoltà per l'attore costituito di replicare con atto notificato o comunicato al convenuto ovvero anche di comunicare che intende depositare istanza di fissazione dell'udienza; prevedere la facoltà per il convenuto, ove l'attore abbia optato per la replica, di replicare a sua volta ovvero di comunicare che intende depositare istanza di fissazione dell'udienza; prevedere l'estensione della trattazione scritta tra le parti fin quando una di esse non comunichi che intende depositare istanza di fissazione dell'udienza, la quale deve comunque essere depositata, pena l'estinzione del giudizio, entro un termine perentorio decorrente dalla notifica della citazione» (nell'art. 16 del d.d.l. delega C. 4578/XIV si è precisato che la notifica alle altre parti dell'istanza di fissazione dell'udienza potrà avvenire «in luogo di replicare»).

Essa inizia con la notifica al convenuto di un atto di citazione privo dell'invito a comparire a data fissa dinanzi al giudice.

Dopo aver notificato la citazione, l'attore deve costituirsi in giudizio, tramite iscrizione a ruolo con deposito dei documenti in cancelleria, ma non per questo prende contatto con il giudice. È infatti previsto un meccanismo di scambio e deposito in cancelleria di atti difensivi che coinvolge le sole parti e che segue le cadenze che le stesse si assegnano reciprocamente. La legge individua l'ampiezza minima dei termini che debbono essere concessi all'altra parte, ma è sempre possibile, per chi abbia interesse ad una sollecita decisione, rispondere in un termine minore di quello concessogli e far decorrere dalla sua risposta il termine concesso all'avversario per la replica.

In particolare, la giostra dello scambio di memorie si avvia con la fissazione, contenuta nell'atto di citazione, di un termine al convenuto per difendersi e depositare i documenti ritenuti rilevanti. Segue la notifica all'attore della comparsa di risposta del convenuto e quindi una serie di eventuali repliche e controrepliche che può essere interrotta in qualunque momento dalla parte che, ritenendo di aver esaurito la trattazione e completato le proprie allegazioni e deduzioni, chieda la fissazione dell'udienza, con ciò facendo scattare le preclusioni per la controparte.

Solo con l'istanza di fissazione dell'udienza, la cui proposizione chiude la fase preparatoria, entra in campo l'autorità giudiziaria.

In questo modo, secondo quanto esposto, più che nella relazione governativa al d.lgs. 5/2003, nelle note illustrative del progetto di d.d.l. delega elaborato dalla Commissione Vaccarella, si intende evitare la considerevole perdita di tempo per le parti e per il giudice derivante dal dover svolgere in udienza anche attività dove l'apporto di quest'ultimo è, di norma, scarso, generalmente limitandosi, come dimostra l'esperienza maturata nell'applicazione delle norme sul processo ordinario di cognizione, a fissare termini nonché ad assistere al deposito e allo scambio di scritti difensivi. Non desterebbe dunque rimpianti, ma anzi libererebbe il giudice da incombenze mortificanti e sostanzialmente inutili, l'abbandono della struttura delineata dagli artt. 180, 183 e 184 c.p.c., in

---

Per il punto 18) bisogna «prevedere che l'istanza di fissazione dell'udienza contenga le conclusioni, di rito e di merito, e che analogamente debba provvedere l'altra parte; prevedere che l'istanza possa esser volta anche ad ottenere provvedimenti anticipatori di condanna o cautelari, ovvero su incidenti del processo (chiamata di terzi, integrità del contraddittorio, ecc.), ma debba anche in tali casi contenere le conclusioni finali di rito e di merito, salva sempre la facoltà di replica della controparte».

Per il punto 19) si deve «prevedere che le domande riconvenzionali e la chiamata in causa dei terzi siano, a pena d'inammissibilità rilevabile su istanza dell'altra parte, proposte nella comparsa di risposta tempestivamente depositata e che le eccezioni di rito non rilevabili d'ufficio siano dichiarate di ufficio inammissibili se non proposte nella prima difesa; prevedere che le eccezioni di merito non rilevabili di ufficio siano proposte dal convenuto non oltre la seconda memoria, salva per l'attore la facoltà di chiedere la fissazione dell'udienza dopo la comparsa di risposta con conseguente preclusione per il convenuto; prevedere che le eccezioni di merito non rilevabili di ufficio relative alla domanda riconvenzionale o alla *reconventio reconventionis* siano proponibili nella prima difesa successiva».

cui si assiste al susseguirsi, sgranato in un tempo più o meno lungo a seconda dell'affollamento del ruolo del giudice, dell'udienza di prima comparizione, dell'udienza di trattazione e di quella di ammissione delle prove.

Ma venendo al concreto dipanarsi del procedimento dettato dal d.lgs. n. 5 del 2003, l'atto introduttivo del giudizio è la citazione.

L'art. 2 dispone, in proposito, che la domanda si propone al tribunale mediante citazione, che rispetto alla citazione prevista nel rito ordinario di cognizione contiene alcuni elementi in più ed altri in meno.

La citazione, precisa la lett. a) dell'art. 2, deve contenere gli stessi elementi di cui ai nn. 1), 2), 3), 4), 5) e 6), del 3° co. dell'art. 163 c.p.c. e cioè l'indicazione del tribunale adito, l'identificazione dell'attore e del convenuto, la determinazione della cosa oggetto della domanda, l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda, con le relative conclusioni, l'indicazione specifica dei mezzi di prova dei quali l'attore intende valersi e in particolare dei documenti che offre in comunicazione, il nome e cognome del difensore e l'indicazione della procura.

Dall'art. 163 c.p.c. bisogna invece togliere il contenuto di cui al n. 7).

È in effetti facilmente comprensibile che non si debba indicare il giorno dell'udienza di comparizione, posto che la struttura del nuovo rito non consente, a differenza di quanto avviene nel processo disciplinato dalle norme del codice di procedura civile, di identificare sin dall'inizio il giorno dell'udienza di prima comparizione.

Ed è parimenti comprensibile che non sia possibile riprodurre nell'atto di citazione di cui al d.lgs. 5/2003 il medesimo invito al convenuto a costituirsi secondo termini e forme valevoli nel processo ordinario di cognizione ma privi di significato nel contesto del processo delineato dal legislatore delegato. Né, tanto meno, potrebbe essere riprodotto l'avvertimento al destinatario della citazione che, in caso di mancata osservanza di detti termini e forme, si decade dal potere di proporre domande riconvenzionali e di chiamare in causa terzi.

Tuttavia, per quanto fosse impossibile rinviare *sic et sempliciter* al n. 7) dell'art. 163 c.p.c., l'art. 2 avrebbe comunque potuto dettare una disciplina *ad hoc* capace di riproporre nel rito speciale in esame le finalità perseguite dal legislatore del rito ordinario. In particolare, si sarebbe potuto stabilire che l'atto introduttivo del giudizio dovesse, a pena di nullità, contenere l'avvertimento che con la comparsa di risposta il convenuto deve, a pena di decadenza, proporre, ai sensi dell'art. 4, 1° co., eventuali domande riconvenzionali e dichiarare di voler chiamare in causa terzi. Ma soprattutto si sarebbe potuto prevedere l'obbligo di avvertire che la mancata costituzione del convenuto (*rectius* la mancata replica del convenuto nel termine fissato dall'attore) determina l'importante conseguenza della *ficta confessio* prevista dal 2° co. dell'art. 13 (se il convenuto non notifica la comparsa di risposta nel termine fissato dall'attore e questi deposita istanza di fissazione dell'udienza, i fatti affermati dall'attore si intendono non contestati e il tribunale decide sulla domanda in base alla concludenza di questa). Forse rientra nella discrezionalità del legislatore prevedere o meno

l'avvertimento[4], che può anche ritenersi inutile, specie in un processo, come quello societario, che, svolgendosi dinanzi al tribunale, impone sempre l'assistenza obbligatoria di un difensore. Potrebbe però essere ritenuto lesivo del principio di uguaglianza aver imposto nel processo ordinario di cognizione l'obbligo per l'attore di avvertire il convenuto che la sua costituzione tardiva implica le decadenze di legge in ordine a riconvenzionali e chiamate in causa e non aver previsto nulla per il rito speciale disciplinato dal d.lgs. 5/2003, dove pure l'inerzia o anche solo il ritardo nel reagire può costare al convenuto la soccombenza e quindi avere conseguenze per lui ben più gravi.

Quanto poi agli elementi che sono previsti in aggiunta rispetto ad una normale citazione, l'art. 2 stabilisce che l'atto debba contenere, secondo quanto dispone la lett. b), il numero di fax o l'indirizzo di posta elettronica (ma nulla vieta di indicare sia l'uno che l'altro) presso cui «il difensore dichiara» di voler ricevere le comunicazioni e le notificazioni nel corso del procedimento, e, secondo quanto dispone la lett. c), la fissazione di un termine al convenuto, non inferiore a sessanta giorni dalla notificazione della citazione, per la notifica al difensore dell'attore della comparsa di risposta.

L'obbligo per l'attore di indicare il numero di fax o l'indirizzo di posta elettronica si collega alla possibilità, contemplata all'art. 17, che le notificazioni e comunicazioni alle parti costituite siano fatte con trasmissione dell'atto a mezzo fax o per posta elettronica ed è simmetrico rispetto all'analogo obbligo, posto a carico del convenuto dall'ultima parte del 1° co. dell'art. 4, di indicare nella comparsa di risposta il numero di fax o l'indirizzo di posta elettronica dove ricevere le comunicazioni e le notificazioni[5].

Naturalmente è però possibile che non tutte le parti dispongano di fax o di posta elettronica.

Ed è comunque possibile che, pur disponendo di questi strumenti, una o più parti, nonostante il tono imperativo dell'espressione utilizzata dalla lett. b)

---

[4] In effetti, è ad es. perfettamente tollerato che il ricorso introduttivo del processo del lavoro non contenga, secondo quanto risulta dall'art. 414 c.p.c., nessun avvertimento al convenuto, benché la mancata costituzione tempestiva di quest'ultimo comporti, ai sensi dell'art. 416 c.p.c., oltre alla perdita della facoltà di proporre domande riconvenzionali, la decadenza dal potere di avanzare eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio nonché dall'indicare mezzi di prova e dal depositare documenti.

[5] Trova così una prima attuazione, nel campo societario, finanziario e bancario, il punto 14) della proposta elaborata dalla Commissione Vaccarella per la riforma organica del processo civile, oggi trasfuso nell'art. 14 del d.d.l. delega C. 4578/XIV, che preannuncia la revisione dell'intero sistema delle comunicazioni e delle notificazioni prevedendo che esse possano avvenire, purché vi sia prova della ricezione, a mezzo fax o per *e-mail* al numero telefonico o indirizzo di posta elettronica indicati dal difensore.

Tutto ciò si inserisce nel quadro della futura generalizzata introduzione del processo civile telematico, già normativamente delineato dal d.m. 13 febbraio 2001, n. 123, e da altre leggi speciali, ma che nei progetti della Commissione Vaccarella si vorrebbe, secondo quanto previsto al punto 25) ed ora all'art. 21 del d.d.l. delega C. 4578/XIV, razionalizzare ed introdurre nel corpo del codice di rito, la cui disciplina dovrebbe essere coordinata con le caratteristiche e le esigenze del processo informatizzato.

dell'art. 2 («il difensore dichiara»), non dichiarino il numero di fax posseduto ovvero l'indirizzo di posta elettronica adottato.

In tali eventualità, nei confronti di quelle parti, le notificazioni e le comunicazioni non potranno che avvenire con le forme classiche di cui agli artt. 136 ss. c.p.c. ovvero, secondo la previsione di cui alla lett. c) dell'art. 17, con scambio diretto tra difensori attestato da sottoscrizione per ricevuta sull'originale, apposta anche da parte di collaboratore o addetto allo studio del difensore.

In presenza di modalità alternative di notificazione e comunicazione, che consentono di fare a meno della tecnologia, sarebbe invero eccessivo pensare che la mancata indicazione del numero di fax o dell'indirizzo di posta elettronica generi una qualche nullità dell'atto per inidoneità al raggiungimento dello scopo, tanto più che, per quanto improbabile, non può escludersi il caso di studi legali sprovvisti dell'idonea strumentazione.

D'altra parte, il problema della mancata indicazione dell'indirizzo di posta elettronica verrà progressivamente superato, nel corso degli anni, con l'attuazione del d.m. 13 febbraio 2001, n. 123, sulla disciplina sull'uso di strumenti informatici e telematici nel processo civile, nel processo amministrativo e nel processo dinanzi alle sezioni giurisdizionali della Corte dei conti. Tale regolamento prevede, tra l'altro, agli artt. 6 e 7, che, una volta predisposte le idonee strutture, le comunicazioni e notificazioni, se dirette al difensore della parte, possano avvenire all'indirizzo elettronico comunicato in via preventiva al Consiglio dell'ordine. E poiché, ai sensi del 3° co. dell'art. 3, d.m. 123/2001, gli indirizzi di posta elettronica comunicati dai difensori ai Consigli dell'ordine saranno trasmessi tempestivamente al Ministero della giustizia e resi da quest'ultimo consultabili anche in via telematica, ci si può attendere che l'omissione dell'indicazione dell'indirizzo di posta elettronica negli atti introduttivi del giudizio cessi di costituire un ostacolo all'utilizzo dell'*e-mail*. O meglio, solo gli avvocati che decideranno di tenersi fuori del tutto dal processo telematico, evitando di comunicare la propria *e-mail* al Consiglio dell'ordine di appartenenza, potranno evitare di ricevere comunicazioni e notificazione nella propria casella di posta elettronica.

In ogni caso, l'indicazione del numero di fax o dell'indirizzo di posta elettronica presso cui il difensore dichiara di voler ricevere le comunicazioni e le notificazioni nel corso del procedimento autorizza l'altra parte e l'ufficio del giudice a valersi del fax o dell'*e-mail*, ma non li obbliga a valersi di questi mezzi, essendo sempre possibile ricorrere alle modalità tradizionali. Deve pertanto ritenersi che continui a sussistere per l'attore (come pure per il convenuto) l'obbligo di eleggere domicilio nel luogo dove ha sede l'autorità giudiziaria adita, secondo quanto dispone l'art. 82, r.d. 22 gennaio 1934, n. 37[6], la cui *ratio*, volta ad agevolare il compi-

[6] È da ricordare che l'obbligo di domiciliazione deve ritenersi sopravvissuto all'entrata in vigore della l. 24 febbraio 1997, n. 27, che, abolendo l'albo dei procuratori legali, ha determinato l'effetto che gli avvocati possano esercitare validamente l'attività procuratoria anche *extra districtum*: in questo senso v. Trib. Sanremo, 14 novembre 1997, in *Giur. it.*, 1999, 243; Pret. Bergamo, 29 maggio 1997, in *Giur. it.*, 1998, 52, in *Foro it.*, 1997, I, 3058, e in *Giur. merito*, 1997, 689.

mento di notifiche e comunicazioni, verrebbe evidentemente meno se vi fosse un obbligo di veicolare notificazioni e comunicazioni tramite fax o posta elettronica.

Quanto poi alla fissazione di un termine al convenuto per la notifica al difensore dell'attore della comparsa di risposta, che l'atto di citazione deve contenere ai sensi della lett. c) dell'art. 2, tale previsione si collega alla struttura della fase introduttiva, composta da una sequenza di scambi diretti di atti tra le parti. In particolare, l'attore deve fissare al convenuto, perché questi gli notifichi la comparsa di risposta, un termine non inferiore a sessanta giorni dalla notificazione della citazione. L'attore deve cioè concedere al convenuto almeno sessanta giorni per replicare, cosa che, ovviamente, non impedisce al convenuto di notificare anche subito la comparsa di risposta, accorciando così i tempi della fase preparatoria.

La mancanza o la non rispondenza al parametro di legge del requisito di cui stiamo trattando non determina conseguenze sul piano della validità della citazione, in quanto, come dispone l'ultima parte della lett. c) dell'art. 2, in difetto di fissazione da parte dell'attore, o in caso di insufficienza, il termine entro il quale il convenuto dovrà notificare al difensore dell'attore la comparsa di risposta sarà di non oltre sessanta giorni dalla notificazione della citazione.

Passando infine al tema della nullità dell'atto di citazione sotto il profilo del vizio di *editio actionis*, è da notare che il decreto delegato nulla stabilisce in proposito.

Ciò consente di prospettare due alternative interpretative: o ritenere che, in virtù del generale richiamo alle disposizioni del codice di procedura civile di cui al 4° co. dell'art. 1, si applichino i meccanismi di sanatoria previsti dall'art. 164 c.p.c., o si ritiene che tale ultima disciplina sia incompatibile con la struttura del nuovo rito e che quindi la causa debba procedere verso la decisione senza possibilità di integrare l'atto viziato.

Questa seconda interpretazione appare decisamente preferibile.

Tutto il meccanismo processuale approntato dal d.lgs. 5/2003 è teso ad incentivare le parti a produrre atti completi sin dall'inizio: se non si redigessero atti completi, si sconterebbe il rischio che l'altra parte rinunci a replicare e chieda l'immediata fissazione dell'udienza facendo scattare le conseguenti preclusioni all'introduzione di nuove allegazioni e nuove deduzioni probatorie. Sarebbe quindi alquanto singolare che l'applicazione dell'art. 164 c.p.c. impedisca a tale meccanismo di operare proprio per l'atto introduttivo del processo. Non può pertanto dubitarsi che, nel nuovo contesto normativo, al cospetto di una citazione nulla per indeterminatezza dell'oggetto o carente nella esposizione dei fatti, sia possibile seguire la strategia di chiedere subito la fissazione dell'udienza, vincolando l'attore alla sua incompleta prospettazione e quindi alla soccombenza[7].

[7] Nel senso che questa sarebbe la strategia migliore, impedita però dalla circostanza che «la mancata previsione delle conseguenze della nullità dell'atto di citazione non esclude affatto l'applicabilità, con i necessari adeguamenti, dell'art. 164 c.p.c. e dei conseguenti meccanismi di sanatoria, v. COSTANTINO, *Il nuovo processo commerciale: la cognizione ordinaria in primo grado*, in *Riv. dir. process.*, 2003, 404.

C'è inoltre da considerare che ammettere l'applicazione dell'art. 164 c.p.c. comporterebbe l'effetto di far regredire il processo alla fase iniziale, imponendo la rinnovazione dell'intera fase preparatoria[8]. Ma una tale regressione non pare in linea generale consentita, dovendosi ritenere, anche per evitare eccessive complicazioni e gravi inconvenienti in ordine alla ragionevole durata del processo, che essa possa aversi solo quando sia espressamente prevista, come nel caso della nullità della notificazione della citazione o dell'integrazione del contraddittorio, di cui al 7° e all'8° co. dell'art. 12.

2.2. (Segue.) ... l'istanza per la dimidiazione dei termini e la costituzione dell'attore

La citazione può anche contenere una istanza diretta al presidente del tribunale per la riduzione a metà dei termini del procedimento.

In particolare, secondo quanto stabilisce il 2° co. dell'art. 2, introdotto dal Decreto di coordinamento e di modifica, tutti i termini del procedimento possono essere ridotti alla metà con provvedimento pronunciato a norma dell'art. 163 bis, 2° co., c.p.c. e quindi con decreto del presidente del tribunale reso in calce all'originale e alle copie della citazione.

Stando al tenore letterale della disposizione, ciò significa che nelle cause che richiedano «pronta spedizione» e cioè un veloce passaggio alla fase della decisione, l'attore può domandare al presidente del tribunale di abbreviare a metà non solo il termine da concedere al convenuto perché questi gli notifichi la comparsa di risposta ma, più in generale, di dimezzare ogni termine contemplato dal decreto per la scansione delle attività processuali. Il legislatore si è infatti inequivocabilmente riferito alla possibile dimidiazione di «tutti i termini del procedimento».

È, però, ragionevole immaginare che i decreti con i quali dovessero essere accolte istanze di dimezzamento dei termini orientino a dimidiare i termini

[8] È questa, in effetti, la conseguenza ipotizzata da COSTANTINO, *op. cit.*, 405, il quale osserva che, operando la sanatoria *ex nunc*, l'utilità per l'attore della regressione del processo è condizionata al «mancato realizzarsi *medio tempore* di fattispecie estintive del diritto dedotto in giudizio: basti pensare, ad esempio, alla nullità della citazione di impugnazione di una deliberazione; se sono decorsi i termini per impugnare e, quindi, è maturata la decadenza, la rinnovazione e la rimessione in termini si rivelano superflue; la domanda può essere rigettata nel merito. Nelle azioni di risarcimento danni per responsabilità extracontrattuale soggette a termini brevi di prescrizione, la strategia difensiva del convenuto dovrà fare i conti non solo con il maturarsi della fattispecie estintiva, ma anche con la sostanziale assenza di preclusioni fino a quando non sia presentata la istanza di fissazione d'udienza di cui all'art. 8 del decreto: l'attore potrebbe, infatti, integrare la domanda, aggiungendo l'indicazione di fatti omessa nell'atto di citazione, ma una troppo tempestiva istanza di fissazione d'udienza ne consentirebbe la rinnovazione prima che sia maturata la prescrizione». Tale ultima affermazione va peraltro ora valutata alla luce del decreto di coordinamento e di modifica, che ha introdotto un regime di preclusioni e decadenze operante sin dalla fase preparatoria.

della sola fase preparatoria, che coinvolge esclusivamente le parti e si realizza tramite lo scambio e deposito in cancelleria di atti difensivi. Una prassi di questo genere sarebbe perfettamente legittima, in quanto il 2° co. dell'art. 2 attribuisce al presidente del tribunale un potere che può essere esercitato, nella sua estensione più lata, per dimezzare «tutti i termini» ma che può essere anche modulato per dimezzare alcuni termini e non altri. Sembrerebbe pertanto opportuno concedere, ricorrendo il presupposto della necessità di pronta spedizione, la riduzione a metà dei termini per lo scambio delle memorie e per il loro deposito in cancelleria, nonché per proporre l'istanza di fissazione dell'udienza, ma non il dimezzamento dei termini della successiva fase dinanzi al giudice, che appare già sufficientemente concentrata[9].

Qualora la riduzione a metà dei termini non sia stata chiesta o comunque non sia stata concessa, l'attore, entro dieci giorni dalla notificazione della citazione, deve, ai sensi del 1° co. dell'art. 2, costituirsi in giudizio a mezzo di procuratore[10], depositando in cancelleria la nota d'iscrizione a ruolo e il proprio fascicolo di parte, contenente l'originale o la copia della citazione[11], la procura e i documenti offerti in comunicazione.

---

[9] Oltretutto i termini di questa fase sono quasi tutti di tipo ordinatorio, essendo rivolti soprattutto all'autorità giudiziaria, e quindi la riduzione a metà delle scadenze avrebbe comunque scarsa efficacia pratica.

[10] Poiché la l. 24 febbraio 1997, n. 27, ha abolito la professione del procuratore legale, sopprimendo il relativo albo, che è confluito in quello degli avvocati, la commissione parlamentare incaricata di redigere il parere sullo schema di decreto approvato dal Consiglio dei Ministri il 30 settembre 2002 aveva suggerito, al punto 10), di sostituire, nel 1° co. dell'art. 2 e in tutti gli altri passi in cui ricorre, la parola «procuratore» con la parola «difensore».

Il legislatore ha però ritenuto di mantenere, nel testo approvato dal Consiglio dei Ministri il 10 gennaio 2003 e poi pubblicato in Gazzetta Ufficiale, il riferimento al procuratore, volendo porre l'accento sul fatto che il difensore deve essere dotato del potere, oltre che di difendere, di rappresentare la parte in giudizio. In proposito nella relazione governativa si legge: «è il caso di ricordare, stante il tenore del dibattito tenutosi presso la competente commissione del Senato con riguardo allo schema di decreto, che le funzioni di procuratore sopravvivono alla soppressione della relativa figura professionale».

[11] Il decreto, ritenendo alternativo il deposito dell'originale o di una copia, consente dunque di iscrivere la causa a ruolo anche sulla base di una semplice «velina» dell'atto di citazione.

Quanto al processo ordinario di cognizione, Cass., 1° giugno 2000, n. 7263, in *Giur. it.*, 2001, 907, in *Giust. civ.*, 2001, I, 1051, e in *Foro it.*, 2001, I, 813, ha recentemente precisato che «la costituzione dell'attore, per essere efficace, implica il deposito in cancelleria dell'originale dell'atto di citazione», traendone la conseguenza che l'iscrizione a ruolo della causa accompagnata dal deposito di una mera copia o «velina» dell'atto introduttivo anziché dell'originale non impedisce le decadenze ricollegate ad una costituzione mancata o tardiva. Parrebbe pertanto *contra legem* la prassi, diffusa in taluni uffici giudiziari, di iscrivere a ruolo la causa sulla base di una velina dell'originale dell'atto di citazione, da sostituire con l'originale notificato quando questo sia stato restituito alla parte dall'ufficiale giudiziario che ha compiuto la notifica: prassi che CALIFANO, *Notificazione della citazione ... già iscritta a ruolo*, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, 1135-1139, attribuisce ad alcuni uffici giudiziari del foro napoletano e che a mia volta ho visto diffusa a Torino (dove peraltro oggi, in linea generale, non vige più, essendo subentrato un orientamento di maggior rigore delle cancellerie). Sul punto, è da segnalare che l'art. 6 del d.d.l. C. 2229/XIV, di iniziativa governativa, recante «Modifiche urgenti al codice di

Qualora invece la riduzione dei termini sia stata concessa, e specificamente sia stato concesso all'attore di abbreviare a metà il termine da concedere al convenuto perché questi gli notifichi la comparsa di risposta, il termine di costituzione dell'attore si riduce a cinque giorni[12] in virtù di quanto previsto nel decreto del presidente del tribunale o, ad ogni modo, in applicazione del principio di cui al 1° co. dell'art. 165 c.p.c., in base al quale i termini di costituzione dell'attore si dimezzano quando siano stati dimezzati i termini concessi al convenuto per difendersi dalla citazione.

Qualora poi la citazione sia diretta a più parti e quindi debba essere notificata a più persone, con una scelta diversa da quella di cui all'ult. co. dell'art. 165 c.p.c., che prevede che l'attore debba costituirsi entro dieci giorni dalla prima notificazione (salvo poter inserire nel fascicolo l'originale della citazione successivamente, entro dieci giorni dall'ultima notificazione)[13], il 2° co. dell'art. 2 prevede che il termine per la costituzione dell'attore decorra dall'ultima notificazione. In tal caso, dispone la seconda parte del 2° co. dell'art. 2, il termine di cui all'art. 2, 1° co., lett. c), entro il quale il convenuto deve notificare all'attore la propria comparsa di risposta, è prolungato, per ciascun convenuto, fino al sessantesimo giorno successivo all'iscrizione a ruolo. Ciò al fine di permettere ai convenuti contro cui siano state effettuate le prime notificazioni di non vedere «eroso» il proprio termine a difesa. Se i termini non fossero prorogati *ex lege*, i convenuti notificati per primi si troverebbero infatti nella situazione di dover elaborare le proprie difese in un periodo di tempo durante cui non c'è la possibilità di prendere visione dei documenti dell'attore, il quale, in forza della prima parte del 2° co. dell'art. 2, può legittimamente attendere il compimento dell'ultima notificazione per costituirsi. Ed è facile immaginare che attori spregiudicati avrebbero potuto approfittarne, ritardando l'ultima notifica (fatta magari ad un soggetto che non era necessario evocare in giudizio) per mettere in difficoltà i convenuti ai quali la notificazione sia stata effettuata prima.

Questo sistema presenta il pregio di permettere all'attore di costituirsi senza affanno, dopo aver verificato che tutte le notificazioni siano andate a buon fine, e nel contempo assicura che non siano compressi i termini a difesa di nessun convenuto.

---

procedura civile», nel testo risultante dall'unificazione con i d.d.l. C. 538, C. 672, C. 1508, C. 2092, e C. 2302, di iniziativa parlamentare, attualmente in discussione alla Commissione Giustizia della Camera, prevede che al 1° co. dell'art. 165 c.p.c. sia aggiunto il seguente periodo: «Il difensore, che faccia espressa riserva di produzione dell'originale all'udienza di comparizione, può depositare anche copia fotostatica dell'atto di citazione».

[12] Questa regola era espressamente prevista al 1° co. del testo originario dell'art. 2, ma il decreto di coordinamento e di modifica l'ha cancellata, probabilmente ritenendola assorbita nella previsione generale di cui al nuovo 2° co. dell'art. 2 (che in precedenza poteva ricavarsi, quanto al dimezzamento del termine da concedere al convenuto per la notifica della comparsa di risposta, solo per implicito e proprio dalla vecchia formulazione del 1° co. dell'art. 2).

[13] Nel senso che il termine di dieci giorni per la costituzione dell'attore decorre dalla prima notifica dell'atto di citazione, v. Cass., 16 luglio 1997, n. 6481, in *Mass. Giur. it.*, 1997, 630.

Naturalmente, per notificare la propria comparsa di risposta e costituirsi, i convenuti non sono tenuti ad attendere che l'attore iscriva la causa a ruolo (anche se l'attesa può essere opportuna, in quanto i documenti dell'attore sono destinati a rendersi disponibili solo a partire dal momento dell'iscrizione della causa a ruolo). Non è quindi necessario che inizino a decorrere i sessanta giorni previsti dalla seconda parte del 2° co. dell'art. 2. Infatti, nella fase preparatoria, gli atti scambiati tra le parti indicano termini per le repliche fissati nel massimo, nel senso che il destinatario dell'atto non potrà notificare la propria replica oltrepassato il termine assegnatogli, ma non nel minimo, potendosi replicare anche immediatamente. E così avviene pure nel caso in esame: il prolungamento del termine per i convenuti di notificare la comparsa di risposta e costituirsi fino al sessantesimo giorno successivo all'iscrizione a ruolo costituisce un prolungamento nel massimo e non anche nel minimo (che non esiste) del termine assegnato ai convenuti e, pertanto, non impedisce a ciascuno di essi di procedere senza indugio, anche subito dopo aver ricevuto la citazione, alla notifica della comparsa di risposta e poi alla costituzione[14].

Contestualmente alla costituzione dell'attore (e se l'attore non si costituisce nel termine di legge, al momento della costituzione tempestiva del convenuto), il cancelliere, ai sensi del 1° co. dell'art. 2, forma il fascicolo d'ufficio[15], inserendo in esso tutti gli atti e documenti successivamente depositati dalle parti[16].

La formazione del fascicolo d'ufficio avviene, dunque, al pari di quanto previsto per i fascicoli di parte, sin dalla fase preparatoria.

Nello schema di decreto approvato dal Consiglio dei Ministri il 30 settembre 2002 si prevedeva invece, ai sensi del 1° co. dell'art. 12, che il fascicolo d'ufficio venisse formato nei tre giorni successivi alla scadenza del termine di dieci giorni

[14] Rileva BALENA, *Prime impressioni sulla riforma dei procedimenti in materia societaria. La fase introduttiva del processo di cognizione*, in *Giur. it.*, 2003, 2204 s., che, qualora l'attore ometta una o più notificazioni (o, pur avendo provveduto a tutte le notificazioni, omette comunque di costituirsi e dunque d'iscrivere la causa a ruolo), il termine assegnato ai convenuti per la notifica all'attore della comparsa di risposta non scade mai e di conseguenza la causa potrebbe pendere a tempo indefinito, senza possibilità di farne dichiarare l'estinzione.

[15] Sennonché, nel regolamento sui registri di cancelleria approvato con d.m. 27 marzo 2000, n. 264, non v'è traccia di registri per cause non collegate alla attività di un magistrato. Come nota COSTANTINO, *op. cit.*, 406, «trattandosi di norme di produzione secondaria, la questione può essere risolta nel corso della lunga *vacatio legis*, integrando la previsione dell'art. 13, n. 1), del menzionato decreto: le controversie regolate dal nuovo modello processuale, infatti, sono indubbiamente *cause ordinarie*; ciò che le distingue dalle altre è che, fino alla presentazione dell'istanza di fissazione dell'udienza, non sono destinate ad essere assegnate ad alcun magistrato; sono pendenti ma non rilevano per l'ufficio».

[16] Giustamente osserva MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, III, Torino, 2003, 295, part. nota 7, che questa proposizione non può essere intesa alla lettera, nel senso che tutti gli atti e i documenti successivamente depositati debbano essere inseriti nel fascicolo d'ufficio anziché nel fascicolo di parte. In realtà, gli originali degli atti e i documenti continueranno ad essere inseriti nei fascicoli di parte, e dunque il riferimento del 1° co. dell'art. 2 è al «superfascicolo» che include anche i fascicoli di parte.

successivo alla notifica dell'istanza di fissazione dell'udienza (nel quale le parti devono formulare definitivamente le conclusioni). In accoglimento di un rilievo contenuto nel parere reso dal Consiglio Superiore della Magistratura su tale schema[17], al fine di una migliore tenuta degli atti, il legislatore ha però anticipato, dettando l'attuale ultima parte del 1° co. dell'art. 2, la formazione del fascicolo d'ufficio, ponendola in concomitanza con l'iscrizione a ruolo della causa[18].

Occorre infine ricordare che, dovendo iscrivere la causa a ruolo, l'attore è tenuto al pagamento dell'imposta unificata di iscrizione a ruolo anche se in questa fase l'attività dei pubblici uffici si limita alla custodia delle memorie e dei documenti depositati in cancelleria[19].

2.3. (Segue.) ... la risposta e la costituzione del convenuto

Prima della scadenza del termine fissato dall'attore, che, come si è detto, non può essere inferiore a sessanta giorni dalla notificazione della citazione, il convenuto deve notificare al difensore dell'attore la propria comparsa di risposta.

Il contenuto della comparsa di risposta rispecchia, per buona parte, quello di una normale comparsa di costituzione e risposta *ex* art. 167 c.p.c.

---

[17] Il C.S.M. aveva anche proposto, in alternativa all'anticipazione del momento della formazione del fascicolo d'ufficio, di lasciare «fuori dal circuito giudiziario l'intera fase preparatoria prevedendo che l'iscrizione a ruolo avvenga col deposito dell'istanza di fissazione dell'udienza corredata dagli atti di parte e dai documenti, col che si otterrebbe anche il considerevole beneficio di non conteggiare la fase medesima nel termine "ragionevole" di durata del processo».

[18] Per il difettoso coordinamento degli interventi, nonostante l'innesto dell'ultima parte del 1° co. dell'art. 2, la previsione contenuta nel 1° co. dell'art. 12 era stata mantenuta nel testo del d.lgs. 5/2003 pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 22 gennaio 2003. I redattori della legge si erano infatti dimenticati di far corrispondere all'aggiunta di cui all'art. 2 una corrispondente sottrazione all'art. 12. A questo errore materiale è stato posto rimedio con l'avviso di rettifica, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 9 settembre 2003 mediante comunicazione a cura della Presidenza del Consiglio, secondo cui, laddove all'art. 12, 1° co., si è scritto «il cancelliere, nei tre giorni successivi, forma il fascicolo contenente tutti gli atti e documenti depositati dalle parti e lo presenta senza indugio al presidente», si intendeva invece scrivere «il cancelliere, presenta senza indugio al presidente il fascicolo d'ufficio contenente tutti gli atti e documenti depositati dalle parti». Dunque, il 1° co. dell'art. 12 va ora letto (come in realtà non poteva che leggersi anche in precedenza e cioè) nel senso che nei tre giorni successivi alla scadenza del termine, il cancelliere trasmette al presidente il fascicolo già formato *ex* art. 2.

[19] È probabile che sia questa sproporzione tra l'imposta da pagare, che può essere notevole, e l'esiguità dei servizi resi in tale fase dal lato pubblico ad aver suggerito alla Commissione Vaccarella una soluzione di compromesso. Al punto 17) della proposta presentata alla stampa il 12 luglio 2002 si prevede infatti, al momento dell'iscrizione a ruolo, il pagamento solo di «una quota fissa ed uniforme del contributo unificato», da versare, nel residuo (proporzionale al valore delle domande), al momento del deposito dell'istanza di fissazione dell'udienza.

Questa previsione è tuttavia caduta trasfondendo la proposta Vaccarella nel d.d.l. delega C. 4578/XIV, dove non c'è traccia di una disciplina *ad hoc* per il contributo unificato (cfr., in particolare, l'art. 16).

Quanto agli aspetti comuni, come nel procedimento ordinario, ai sensi del 1° co. dell'art. 4, nella comparsa di risposta il convenuto deve proporre tutte le sue difese prendendo posizione sui fatti posti dall'altra parte a fondamento della domanda, indicare i mezzi di prova di cui intende valersi e i documenti che offre in comunicazione, proporre le eventuali domande riconvenzionali, dichiarare che intende chiamare in causa terzi, formulare le conclusioni.

Interessante, in particolare, è che il legislatore delegato abbia imposto al convenuto di proporre tutte le sue difese prendendo posizione sui fatti posti dall'altra parte a fondamento della domanda. Deve in proposito ritenersi che la mancata presa di posizione determini le stesse conseguenze che si ritiene derivino, nel processo ordinario di cognizione e nel processo del lavoro, dalla non contestazione *ex* art. 167 o *ex* art. 416 c.p.c. Deve cioè ritenersi che sorga obbligo del giudice di ritenere ammessi i fatti non contestati. Per evitare ciò, secondo l'orientamento ultimamente prevalente[20], la contestazione potrà avvenire anche tardivamente, ma non oltre la definitiva fissazione del *thema decidendum* e cioè dopo la scadenza del termine *ex* art. 183, 5° co., o 420, 1° co., c.p.c., per la modifica di domande, eccezioni e conclusioni già formulate. *Mutatis mutandis*, questo vuol dire che il convenuto, nel rito dettato dal d.lgs. 5/2003, potrà contestare i fatti con cui l'attore abbia supportato la propria domanda sino a che, proponendo l'istanza di fissazione dell'udienza, una delle parti non abbia definitivamente cristallizzato il *thema decidendum*, fotografando la situazione venutasi al momento a formare con i rispettivi scambi di memorie.

Importante, inoltre, è che il decreto di coordinamento e di modifica abbia precisato, colmando una originaria lacuna del 1° co. dell'art. 4, che, analogamente a quanto avviene nel processo ordinario di cognizione ai sensi del 2° e del 3° co. dell'art. 167 c.p.c., la proposizione delle domande riconvenzionali e la dichiarazione volta alla chiamata in causa di terzi debbano avvenire con la comparsa di risposta «a pena di decadenza».

Quanto poi alle differenze, se ne segnalano di significative.

Innanzi tutto, le domande riconvenzionali proponibili con la comparsa di risposta sono solo quelle che, in base alla formula di cui all'art. 36 c.p.c., consentano la modificazione della competenza e cioè quelle dipendenti dal titolo dedotto in giudizio dall'attore o da quello che già appartiene alla causa come mezzo di eccezione[21].

---

[20] Cfr. Cass., 3 febbraio 2003, n. 1562, e Cass., 15 gennaio 2003, n. 1562, entrambe in *Foro it.*, 2003, I, 1454, con osservazioni di DALFINO; Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2002, n. 761, in *Foro it.*, 2003, 604, con nota di PROTO PISANI, e in *Foro it.*, 2002, 2019, con nota di CEA.

[21] In mancanza di esplicite limitazioni oggettive alla proposizione di domande riconvenzionali, l'orientamento giurisprudenziale maggioritario ritiene che, quando non determini spostamento di competenza, nel rito ordinario la domanda riconvenzionale possa essere proposta anche al di fuori dell'ipotesi di connessione specifica prevista dall'art. 36 c.p.c., purché sia riscontrabile un qualunque collegamento obiettivo tra la domanda principale e quella riconvenzionale tale da rendere opportuno lo svolgimento del *simultaneus processus*: v. in proposito Cass., 19 settembre 1997, n. 9313, in *Giur. it.*, 1998, 882, con nota critica di VULLO.

In secondo luogo, oltre a dichiarare che intende chiamare in causa i terzi ai quali ritiene comune la causa o dai quali pretende di essere garantito, che deve essere contenuta nella comparsa di risposta, il convenuto deve precisare le ragioni della chiamata di tali terzi e, ai sensi del 3° co. dell'art. 4, deve notificare loro l'atto di citazione.

In terzo luogo, nella comparsa di risposta, come già avviene nell'atto di citazione, deve essere indicato il numero di fax o l'indirizzo di posta elettronica presso cui il difensore dichiara di voler ricevere le comunicazioni e le notificazioni nel corso del procedimento.

Infine, per il 2° co. dell'art. 4, con la comparsa di risposta, salvo il caso in cui, avendo la possibilità di farlo *ex* art. 8, abbia proposto istanza di fissazione dell'udienza, il convenuto deve fissare un termine non inferiore a trenta giorni dalla notificazione della stessa per l'eventuale replica dell'attore. Il termine non ha un limite nel massimo, ma, precisa l'ultima parte del 2° co., se il processo presenta una pluralità di convenuti, anche a seguito di chiamata in causa, il termine fissato all'attore per la replica non può eccedere i sessanta giorni e l'inosservanza di tale termine può essere eccepita dagli altri convenuti. L'attore deve vedersi dunque riconoscere almeno trenta giorni per notificare al convenuto una replica. Qualora poi il convenuto non abbia indicato nessun termine o ne abbia indicato uno insufficiente, il termine entro il quale l'attore può notificare la sua replica è, per legge, quello più ristretto possibile ossia quello di trenta giorni.

La notificazione della comparsa di risposta all'attore viene seguita dalla costituzione del convenuto.

Precisamente, ai sensi del 1° co. dell'art. 5, nei dieci giorni dalla notifica della comparsa di risposta (o, in caso di pluralità di convenuti, del termine, decorrente dall'iscrizione a ruolo, di cui all'art. 3, 2° co.), il convenuto deve costituirsi a mezzo di procuratore depositando in cancelleria il fascicolo contenente l'originale ovvero la copia della comparsa di risposta notificata all'attore, la copia della citazione notificata, la procura e i documenti che offre in comunicazione[22].

C'è però da osservare come il dato positivo rappresentato dall'art. 36 del codice di rito non lasci spazio ad una posizione interpretativa diversa dalla rigida alternativa di ritenere ammissibili tutte le domande riconvenzionali o di consentire la proposizione delle sole pretese del convenuto connesse con la domanda dell'attore in ragione del collegamento tipico previsto dalla norma in esame (dipendenza dal titolo dedotto in giudizio dall'attore o da quello che appartiene alla causa come mezzo di eccezione). Delle due l'una, infatti: o l'art. 36 è una norma sulla sola competenza, e allora non esiste alcun riferimento normativo dal quale sia possibile ricavare il principio per cui al convenuto sia consentito proporre solo quelle domande riconvenzionali che presentino un collegamento obiettivo con la pretesa dell'attore, o si ritiene che l'art. 36 regoli anche la proponibilità della riconvenzionale, e allora non è sufficiente un qualsiasi collegamento obiettivo ma la riconvenzionale sarà ammissibile solo in quanto dipenda dal titolo dedotto in giudizio dall'attore o da quello che appartiene alla causa come mezzo di eccezione.

[22] Originariamente, prima dei cambiamenti operati con il Decreto di coordinamento e modifica, l'art. 5, d.lgs. 5/2003 prevedeva che il termine per la costituzione del convenuto decorresse dalla scadenza del termine per replicare fissatogli dall'attore ai sensi del 1° co., lett. c), dell'art. 2.

In assenza di documenti da depositare, di domande riconvenzionali o di chiamate in causa di terzi, continua il 2° co., il convenuto che abbia tempestivamente notificato la comparsa di risposta può costituirsi anche dopo, non oltre dieci giorni dalla notificazione dell'istanza di fissazione dell'udienza a cui abbia provveduto altra parte.

Qualora con la comparsa di risposta non siano state proposte domande riconvenzionali né siano state sollevate eccezioni non rilevabili d'ufficio e neppure siano stati chiamati in causa terzi, entro venti giorni dalla costituzione (ovvero, in caso di processo con pluralità di parti, dalla data della notifica dello scritto difensivo delle altre parti al quale non intende replicare), il convenuto può, ai sensi della lett. c) del 2° co. dell'art. 8, notificare alle altre parti istanza di fissazione dell'udienza.

2.4. La replica dell'attore e la seconda memoria del convenuto

Nel termine assegnatogli con la comparsa di risposta dal convenuto che non abbia chiesto la fissazione dell'udienza, l'attore può replicare.

La replica dell'attore avviene, ai sensi dell'art. 6, con memoria notificata al convenuto e depositata in cancelleria insieme ad eventuali nuovi documenti.

Riguardo, in particolare, alla tempistica e alle modalità della replica, in forza del 1° co. dell'art. 6, il termine che il convenuto può fissare all'attore per replicare deve essere non inferiore a trenta giorni. È da ritenere che entro tale termine, l'attore debba non solo notificare la sua memoria di replica al convenuto ma, considerata la mancanza della previsione di un termine differenziato,

---

Tale regime lasciava al convenuto più tempo per costituirsi, ma avrebbe potuto suscitare alcuni inconvenienti. In particolare, alla luce del vecchio testo del 1° co. dell'art. 5, qualora l'attore avesse concesso al convenuto più dei prescritti sessanta giorni per replicare notificandogli comparsa di risposta e qualora il convenuto avesse provveduto subito, concedendo a sua volta all'attore solo trenta giorni dalla notifica per controreplicare, avendo il convenuto la facoltà, per costituirsi, di consumare sino all'ultimo il termine di dieci giorni dalla scadenza del termine fissato *ex* lett. c) del 1° co. dell'art. 2, l'attore avrebbe potuto essere posto nella condizione di dover replicare quando l'altra parte non si fosse ancora (legittimamente) costituita e quindi non avesse ancora depositato i propri documenti.

In ogni caso, al di là di ciò, pare corretto aver innovato il testo normativo stabilendo che il convenuto debba costituirsi entro dieci giorni non dalla scadenza del termine fissatogli dall'attore, ma dalla notifica della comparsa di risposta all'attore. Può infatti accadere che il convenuto intenda (o abbia interesse) a replicare in un termine minore rispetto a quello a lui assegnato dall'attore. E verificandosi questa eventualità sembra logico prevedere che il convenuto debba anche anticipare la sua costituzione. Non si può del resto dimenticare che già la commissione parlamentare chiamata ad esprimere il parere sullo schema di decreto approvato dal Consiglio dei Ministri il 30 settembre 2002 aveva suggerito di sostituire il 1° co. dell'art. 5 sottoposto al suo esame con il testo seguente: «1. Il convenuto deve costituirsi in giudizio a mezzo di difensore depositando in cancelleria, entro dieci giorni, il fascicolo contenente copia della stessa, copia della citazione notificata, la procura e i documenti che offre in comunicazione».

anche depositare in cancelleria la memoria stessa e gli eventuali nuovi documenti. La seconda parte del 1° co. dell'art. 3 stabilisce, infatti, che «tutti gli atti e documenti» vadano inseriti nel fascicolo d'ufficio (o meglio, nel «superfascicolo», in cui vanno inseriti il fascicolo d'ufficio vero e proprio nonché i fascicoli di parte) che il cancelliere forma al momento della costituzione dell'attore. Del resto, è evidente che i documenti debbano essere depositati in cancelleria per consentire all'altra parte di prenderne visione. Ed è altrettanto chiaro come il deposito in cancelleria di tutti gli atti scambiati tra le parti sia necessario, una volta ammessa la possibilità di notificare con modalità alternative, per consentire al destinatario dell'atto di controllare la conformità di quanto ricevuto rispetto all'originale. Non sembra peraltro obbligatorio che la memoria di cui qui si discute venga depositata in originale, parendo sufficiente (per essa al pari che per ogni altro atto scambiato tra le parti) inserire nel fascicolo, come gli artt. 3 e 5 permettono con riferimento alla citazione e alla comparsa di risposta, una semplice velina, in attesa che si renda disponibile l'originale.

Riguardo poi al contenuto dell'atto, il 2° co. dell'art. 6, stabilisce che con la memoria di replica l'attore può precisare o modificare le domande e le conclusioni già proposte; proporre nuove domande ed eccezioni che siano conseguenza della domanda riconvenzionale o delle difese proposte dal convenuto; dichiarare che intende chiamare un terzo ai sensi dell'art. 106 c.p.c., se l'esigenza è sorta dalle difese del convenuto (nel qual caso, in base al 4° co., bisogna notificare al terzo atto di citazione, senza che occorra, a differenza di quanto prevede l'art. 269, 3° co., c.p.c., l'autorizzazione del giudice per effettuare la chiamata); depositare nuovi documenti in cancelleria, ovvero formulare nuove richieste istruttorie. Tra queste attività, la proposizione di nuove domande ed eccezioni nonché la dichiarazione che si intende chiamare in causa un terzo debbono essere svolte con la memoria di replica «a pena di decadenza», secondo quanto è stato precisato dal decreto di coordinamento e di modifica, che ha integrato la lett. b) e c) del 2° co. dell'art. 6, dove in origine mancava il riferimento all'effetto di decadenza.

Il 3° co. dell'art. 6 dispone inoltre che l'attore, nella memoria di replica, deve fissare al convenuto un termine non inferiore a venti giorni per un'ulteriore memoria difensiva e che il termine aumenta a trenta giorni se con la memoria di replica l'attore ha proposto nuove domande.

In alternativa alla replica l'attore può, ai sensi della lett. a) del 1° co. dell'art. 8, entro venti giorni dalla data di notifica della comparsa di risposta del convenuto, notificare alle altre parti l'istanza di fissazione dell'udienza.

Il convenuto, a sua volta, ai sensi del 1° co. dell'art. 7, se non ritiene di notificare istanza di fissazione di udienza, può notificare, senza eccedere il termine fissatogli dall'attore o, in mancanza, non oltre il termine di trenta giorni, una seconda memoria difensiva, contenente l'eventuale indicazione di nuovi documenti e richieste istruttorie, nonché la fissazione di un termine, non inferiore a sedici giorni dalla notificazione, per una ulteriore replica. In base a quanto ha aggiunto il Decreto di coordinamento e modifica, tale seconda memoria difen-

siva dovrà anche contenere, a pena di decadenza, le eccezioni non rilevabili d'ufficio che siano conseguenza delle nuove domande ed eccezioni eventualmente proposte dall'attore a norma del 2° co. dell'art. 6.

Nell'assenza di specifiche previsioni normative, è da ritenere, per le medesime ragioni in precedenza esposte, che anche la seconda memoria difensiva del convenuto vada depositata, in originale o, provvisoriamente, in copia, nella cancelleria, insieme ai nuovi documenti eventualmente prodotti. Ed è parimenti da ritenere che ciò debba avvenire rispettando il termine fissato dall'attore perché la memoria del convenuto gli sia notificata.

2.5. Le ulteriori repliche dell'attore e le ulteriori controrepliche del convenuto

Per il 2° co. dell'art. 7, se non ritiene di notificare istanza di fissazione di udienza, l'attore può notificare al convenuto una ulteriore replica a norma dell'art. 6, 2° co.

In tale caso, prosegue il medesimo comma, il convenuto può notificare una memoria di controreplica entro il termine, non inferiore a venti giorni, assegnatogli o, in mancanza, entro il termine di venti giorni dalla notificazione.

Dopo il terzo scritto, infine, secondo il 3° co. dell'art. 7, in alternativa costante alla richiesta di fissazione dell'udienza, ciascuna delle parti continua a disporre della facoltà di replicare nel rispetto del termine massimo di venti giorni dalla ricezione della memoria dell'altra parte.

Tutte queste memorie, non diversamente dalla memoria di replica dell'attore e dalla seconda memoria difensiva del convenuto, andranno anch'esse, per i motivi già illustrati, depositate in cancelleria nel termine fissato dall'altra parte per la loro notificazione. Pure qui, dovrebbe essere sufficiente depositare una semplice copia dell'atto notificato, sinché non torni nella disponibilità del notificante l'originale dello stesso.

Lo scambio e il deposito di atti può andare avanti finché non è decorso il termine massimo di ottanta giorni dalla notifica della memoria di controreplica di cui al 2° co. e cioè dalla notifica della terza memoria del convenuto.

Il legislatore delegato ha così accolto l'opzione per una forma di contingentamento della durata della fase preliminare, che altrimenti avrebbe potuto, in teoria, durare all'infinito.

D'altra parte, però, prima di arrivare al momento in cui scatta il termine di ottanta giorni dalla notifica della terza memoria del convenuto, la fase dello scambio di memorie e repliche è caratterizzata dalla presenza di termini minimi ma dall'assenza di termini massimi di legge entro cui va comunicato l'atto successivo.

Pertanto, qualora i difensori delle parti siano d'accordo nel concedersi per le repliche termini (anche molto) più ampi dei termini minimi che sono tenuti a rispettare, lo scambio di atti scritti può durare un arco di tempo considerevole prima che il convenuto notifichi la memoria di controreplica di cui al 2° co. dell'art. 7 innescando il conto alla rovescia degli ottanta giorni.

Ciò non sembra in linea né con il criterio direttivo per la rapidità della definizione delle cause, dettato dal 1° co. dell'art. 12 della legge delega, né con il disposto del nuovo testo dell'art. 111 Cost., a cui tenore la legge assicura la ragionevole durata del processo.

Sarebbe stato allora meglio prevedere un termine massimo di durata comprensivo anche del periodo anteriore alla notifica del terzo scritto del convenuto, stabilendo che la facoltà di ciascuna parte di chiedere al giudice la fissazione dell'udienza di discussione dovesse essere esercitata entro una certa data, pena la cancellazione della causa dal ruolo[23].

Non è infatti corretto affermare che comunque la direttiva costituzionale appare rispettata, poiché ciascuna delle parti può porre fine in ogni momento alla fase preparatoria chiedendo la fissazione dell'udienza[24]. La circostanza che le lungaggini dipendano dal comportamento delle parti (o meglio dei loro difensori) può invero escludere la possibilità per queste ultime di chiedere l'equa riparazione di cui all'art. 2, l. 24 marzo 2001, n. 89, per l'eccessiva durata del processo, ma non giustifica la mancata ottemperanza alla direttiva programmatica della durata ragionevole dei processi, che il legislatore dovrebbe saper imporre indipendentemente dalla collaborazione dei privati[25].

2.6. L'istanza per la fissazione dell'udienza: i termini per la proposizione

Come accennato, dopo che, con la reciproca notifica della citazione e della comparsa di risposta, si sia articolato un primo contraddittorio, la parte che per prima ritenga di poter affrontare la trattazione della causa dinanzi al giudice, domanderà la fissazione dell'udienza, notificando alle altre istanza di fissazione dell'udienza e rinunciando a replicare all'atto che le è stato notificato.

L'istanza di fissazione dell'udienza è dunque lo strumento attraverso il quale la parte, che consideri sterile il protrarsi del dialogo con la controparte e

[23] Tale era il suggerimento espresso dal C.S.M. nel parere allo schema di decreto approvato in prima lettura dal Consiglio dei Ministri il 30 settembre 2002. La stessa Commissione Vaccarella ha del resto immaginato, al punto 17) della proposta presentata alla stampa il 12 luglio 2002 ed adesso all'art. 16 del d.d.l. delega C. 4578/XIV, che lo scambio di scritti difensivi nella fase preliminare sia soggetto ad un termine massimo, decorrente dalla notifica della citazione, trascorso il quale, ove nessuna delle parti chieda la fissazione dell'udienza, il processo si estingue.

[24] In questo senso, v. invece la relazione governativa allo schema di decreto approvato definitivamente il 10 gennaio 2003 e poi tradottosi nel d.lgs. n. 5 del 2003.

[25] Nel senso che, pur essendo vero che il tempo della fase preliminare non può essere addebitato al giudice, il meccanismo previsto dalla legge, che affida in sostanza ai difensori delle parti la decisione se far durare poco o tanto il processo «non sembra adeguarsi alla direttiva della legge delega ed al principio costituzionale di cui all'art. 111 Cost. che fa obbligo al legislatore di organizzare i sistemi processuali in modo da garantire la ragionevole durata del giudizio», v. il parere del C.S.M. allo schema di decreto approvato dal Consiglio dei Ministri il 30 settembre 2002.

ritenga, dal punto di vista del proprio interesse, che la causa sia stata sufficientemente trattata, provoca nel processo l'intervento del giudice[26].

Il termine per la notifica dell'istanza è di venti giorni, decorrenti da momenti diversi a seconda della parte da cui proviene e a seconda delle situazioni processuali.

Un primo gruppo di ipotesi riguarda la parte attrice.

Se il convenuto ha tempestivamente notificato comparsa di risposta, il termine per l'attore che non intenda replicare decorre, ai sensi della prima parte della lett. a) del 1° co. dell'art. 8, dalla data di notifica della comparsa di risposta del convenuto.

Se il convenuto non ha tempestivamente notificato la propria comparsa di risposta, il termine per l'attore decorre, ai sensi della seconda parte della lett. a) del 1° co. dell'art. 8, modificato dal Decreto di coordinamento e modifica[27], dalla scadenza del termine fissato al convenuto per notificare la propria comparsa.

Se il convenuto ha chiamato in causa un terzo, il termine per l'attore decorre, ai sensi della lett. b) del 1° co. dell'art. 8, anch'esso modificato dal Decreto di coordinamento e modifica, dalla data di notifica della comparsa di risposta del terzo oppure dalla scadenza del termine per la notifica della comparsa stessa[28].

Se le altre parti hanno notificato scritti difensivi, il termine per l'attore che non intenda replicare decorre, ai sensi della lett. c) del 1° co. dell'art. 8, dalla loro data di notifica.

Un secondo gruppo di ipotesi riguarda la parte convenuta.

Se ha proposto domanda riconvenzionale ovvero sollevato eccezioni non rilevabili d'ufficio, il termine per il convenuto decorre, ai sensi della lett. a) del 2° co. dell'art. 8, dalla data di notifica della memoria di replica dell'attore ovvero dalla scadenza del relativo termine di notifica.

Se ha chiamato in causa terzi, il termine per il convenuto decorre, ai sensi della lett. b) del 2° co. dell'art. 8, dalla data di notifica della comparsa di risposta del terzo chiamato ovvero, a seguito delle modifiche operate dal Decreto di coordinamento e modifica, dalla scadenza del relativo termine di notifica[29].

Se non ha proposto domanda riconvenzionale, non ha sollevato eccezioni non rilevabili d'ufficio, né ha chiamato in causa terzi, il termine per il convenuto decorre, ai sensi della lett. c) del 2° co. dell'art. 8, dalla data della propria costituzione in giudizio ovvero dalla data della notifica dello scritto difensivo delle altre parti al quale non intende replicare.

---

[26] In questi termini, cfr. le note illustrative al punto 18) della proposta elaborata dalla Commissione Vaccarella e quindi all'art. 17 del d.d.l. delega C. 4578/XIV.

[27] Nella primitiva versione del d.lgs. 5/2003, il termine decorreva dalla scadenza del termine di costituzione del convenuto, qualora questi fosse rimasto contumace.

[28] Pure qui, in precedenza, in caso di contumacia, questa volta del terzo chiamato, il termine decorreva dalla scadenza del termine di costituzione di quest'ultimo.

[29] Come negli altri casi, prima si faceva riferimento non al termine di notifica ma al termine di costituzione.

Un terzo gruppo di ipotesi riguarda il terzo chiamato e, come ha precisato il Decreto di coordinamento e modifica, integrando il testo originario, il terzo intervenuto (intendendosi come tale il terzo intervenuto volontariamente ai sensi dell'art. 14).

Se ha proposto domanda riconvenzionale ovvero sollevato eccezioni non rilevabili d'ufficio, il termine per il terzo chiamato o intervenuto decorre, ai sensi della lett. a) del 3° co. dell'art. 8, dalla data di notifica della memoria di replica dell'attore o del convenuto ovvero dalla scadenza del relativo termine.

Se non ha proposto domanda riconvenzionale, né sollevato eccezioni non rilevabili d'ufficio, il termine per il terzo chiamato o intervenuto decorre, ai sensi della lett. b) del 3° co. dell'art. 8, dalla data della propria costituzione in giudizio ovvero dalla data della notifica dello scritto difensivo delle altre parti al quale non intende replicare.

Secondo il 5° co. dell'art. 8, l'istanza di fissazione presentata fuori dei casi indicati dalla legge è dichiarata inammissibile, su richiesta della parte interessata depositata in cancelleria nel termine perentorio di dieci giorni dalla notifica dell'istanza, dal presidente del tribunale che, sentite le parti, provvede con ordinanza non impugnabile.

2.7. (Segue.) ... il contenuto e gli effetti nei confronti delle parti non istanti

La devoluzione della controversia al giudice non può essere parziale ma deve essere sempre totale, così che questi possa decidere integralmente la causa, dopo aver provocato il contraddittorio tra le parti.

L'istanza di fissazione dell'udienza deve pertanto contenere, secondo il 1° co. dell'art. 9, le conclusioni di rito, di merito ed istruttorie.

In mancanza, dispone il 1° co., si intendono richiamate le conclusioni di cui al primo atto difensivo dell'istante, il che, letteralmente, impone al giudice di non tener conto di eventuali nuove domande od eccezioni non rilevabili d'ufficio nonché di nuove istanze istruttorie proposte dopo il primo atto difensivo (e quindi non contemplate nelle originarie conclusioni) ma prima dell'istanza di fissazione dell'udienza.

Le conclusioni contenute nell'istanza di fissazione dell'udienza, secondo quanto si ricava dal testo normativo, costituiscono la formulazione definitiva, senza possibilità di modifica, delle domande, eccezioni ed istanze istruttorie già proposte.

La formulazione definitiva delle conclusioni operata da colui che propone l'istanza di fissazione dell'udienza fa scattare un analogo onere anche per le altre parti che non abbiano assunto l'iniziativa di notificare l'istanza.

In base al 1° co. dell'art. 10, esse, infatti, nei dieci giorni successivi alla notifica dell'istanza, devono depositare in cancelleria una nota contenente la definitiva formulazione delle istanze istruttorie e delle conclusioni di rito e di merito già proposte, esclusa ogni loro modificazione (anche qui, in mancanza, si intendono formulate le istanze e conclusioni di cui al primo atto difensivo).

La notificazione dell'istanza di fissazione di udienza produce dunque l'effetto, come spiega il 2° co. dell'art. 10, di far definitivamente decadere le altre parti dal potere di proporre nuove eccezioni[30], di modificare o anche solo precisare[31] domande o eccezioni già proposte, nonché di formulare ulteriori istanze istruttorie e depositare nuovi documenti.

La decadenza può essere dichiarata, peraltro, soltanto su eccezione della parte interessata, da proporsi nella prima istanza o difesa successiva a norma dell'art. 157 c.p.c.

Nell'ottica di favorire una soluzione transattiva, secondo l'indirizzo contenuto nella lett. e) del 2° co. dell'art. 12, il legislatore delegato ha inoltre previsto, al 2° co. dell'art. 9, che tanto nell'istanza di fissazione dell'udienza, per l'istante, quanto nella nota di precisazione delle conclusioni, per gli altri, ciascuna parte possa indicare le condizioni alle quali sarebbe disposta a conciliare la lite.

Questa indicazione, si specifica nel 2° co. dell'art. 9, non pregiudica in alcun modo la decisione della causa.

Ciò però non significa che la formulazione di una proposta transattiva sia priva di riflessi processuali.

Ove una delle parti abbia dichiarato le condizioni alle quali sia disposta a conciliare, il giudice relatore è infatti tenuto, ai sensi della lett. d) del 3° co. dell'art. 12, a invitare le altre, con il decreto di fissazione, a prendere all'udienza esplicita posizione sulle stesse.

Inoltre, il giudice potrà tener conto della dichiarazione della parte nel proporre all'udienza, ai sensi del 2° co. dell'art. 16, soluzioni di equa composizione della controversia.

Infine, aver avanzato una proposta transattiva ben calibrata potrà rilevare, qualora il tentativo di conciliazione operato dal giudice non sortisca esito positivo, ai fini della distribuzione delle spese di lite, che, sempre ai sensi del 2° co. dell'art. 16, possono essere poste dal giudice, in tutto o in parte, a carico della parte formalmente vittoriosa che abbia rifiutato ragionevoli proposte conciliative.

---

[30] Originariamente, per il 2° co. dell'art. 10, la decadenza dal potere di proporre nuove eccezioni riguardava solo le «eccezioni non rilevabili d'ufficio». Ora invece, a seguito del decreto di coordinamento e di modifica, la disposizione è stata modificata nel senso di precludere *tout court* la proposizione di nuove eccezioni. Poiché peraltro nulla impedisce alle parti di sollecitare il giudice ad esercitare poteri officiosi, il nuovo assetto pare distinguersi dal precedente solo perché il giudice potrà esimersi dal rispondere all'eccezione rilevabile anche d'ufficio sollevata dalla parte dopo la notificazione dell'istanza di fissazione dell'udienza senza per questo incorrere in una ipotesi di omessa pronuncia (che costituirebbe fonte di responsabilità tanto disciplinare quanto civile, ai sensi della l. 13 aprile 1988, n. 117).

[31] Essendo vietata anche l'attività di semplice precisazione, non si comprende, dunque, a cosa possa servire la nota di precisazione delle conclusioni, contenente la definitiva formulazione delle conclusioni già proposte, che, ai sensi del 1° co. dell'art. 10, le parti destinatarie della notifica dell'istanza di fissazione devono depositare entro dieci giorni dalla notifica dell'istanza.

2.8. L'istanza congiunta di fissazione dell'udienza: per la decisione della causa o per la decisione di «incidenti processuali»

Che la causa debba passare alla trattazione dinanzi al giudice è decisione che le parti possono raggiungere anche congiuntamente.

Ciò può avvenire per due motivi.

O perché concordano sulla definitività delle allegazioni in fatto e diritto e dell'articolazione delle richieste istruttorie.

O perché entrambe intendono ottenere la decisione di questioni pregiudiziali di rito o preliminari di merito, oppure relative alla integrità del contraddittorio, alla partecipazione di terzi al processo[32] o all'ammissibilità delle prove.

In questo secondo caso, previsto dalla seconda parte del 1° co. dell'art. 11, il giudice può essere evocato, con l'istanza di fissazione dell'udienza, per la soluzione dei menzionati «incidenti» processuali.

L'istanza congiunta di fissazione di udienza per la decisione di questioni preliminari e pregiudiziali nonché sulle prove non impedisce al giudice di decidere la causa nella sua interezza, tanto è vero che le parti devono, in ogni caso, precisare integralmente le rispettive conclusioni.

In ciò, dunque, il d.lgs. 5/2003, non si differenzia dall'impianto recepito nel codice di rito, secondo il quale il giudice può sempre pronunciare su tutto il merito della causa anche quando essa venga assunta immediatamente in decisione[33].

Tuttavia, il nuovo testo normativo si discosta dalla disciplina codicistica perché, ricorrendo il caso dell'istanza congiunta, al giudice viene sottratto il potere di delibare l'attendibilità delle questioni sottopostegli e gli si impone di decidere subito su di esse. In altri termini, il giudice, se vuole, può decidere il merito della causa insieme alle questioni preliminari e pregiudiziali di cui sia stato investito, ma non può, ritenendole infondate, riservare la decisione di queste ultime al momento in cui verrà deciso il merito della causa.

La decisione delle questioni di cui alla seconda parte del 1° co. dell'art. 11 può portare alla definizione della causa, con sentenza impugnabile secondo le regole ordinarie.

Ove invece la pronuncia su tali questioni non definisca il giudizio e il giudice non ritenga di decidere, insieme all'incidente processuale, anche il

---

[32] Potrebbe, ad es., sorgere questione circa la qualificazione e quindi la tempestività dell'intervento, posto che, ai sensi del 1° co. dell'art. 14 e del 1° co. dell'art. 15, l'intervento adesivo autonomo non può aver luogo oltre il termine previsto per la notifica da parte del convenuto della comparsa di risposta, mentre l'intervento adesivo dipendente può avvenire anche dopo, fino al deposito dell'istanza di fissazione dell'udienza.

[33] Tale potere del giudice sussiste anche nel nuovo processo societario, finanziario e bancario, posto che, come l'ultima parte del 4° co. dell'art. 16 espressamente dispone, la causa può essere decisa anche a norma dell'art. 187, 2° e 3° co., c.p.c. Naturalmente, però, tale potere potrebbe essere esercitato solo in una fase avanzata del procedimento, dopo che sia stata svolta la fase preparatoria. Si comprende dunque che il legislatore abbia sentito l'esigenza di attribuire alle parti la facoltà di rimettere immediatamente la causa al giudice proprio per la decisione delle questioni preliminari o pregiudiziali.

merito della causa, il tribunale provvede, come stabilisce la prima parte del 2° co. dell'art. 11, con ordinanza, espressamente qualificata come «non impugnabile»[34].

Il ricorso alla forma dell'ordinanza è finalizzato ad impedire l'impugnabilità immediata della definizione in senso non impediente di questioni pregiudiziali di rito e preliminari di merito, attualmente invece consentita dal codice di rito per le sentenze non definitive[35]. È però dubbio che il semplice *nomen iuris* di ordinanza possa impedire l'impugnazione di provvedimenti con contenuto decisorio, dalla cui natura di sentenze non definitive dovrebbe discendere (se non l'applicazione del regime impugnatorio previsto in via generale dall'art. 340 c.p.c., precluso dal carattere inimpugnabile legislativamente attribuito al provvedimento, comunque) l'esperibilità del ricorso straordinario in cassazione *ex* art. 111 Cost. In ogni caso, nonostante la forma rivista, se si tratta di provvedimento confermativo della competenza, l'ordinanza è sicuramente impugnabile, ai sensi della seconda parte del 2° e del 3° co. dell'art. 11 con regolamento di competenza ed il termine per proporre il regolamento decorre dalla comunicazione del provvedimento[36].

Dopo l'emissione dell'ordinanza, la prosecuzione del processo è rimessa all'iniziativa delle parti, che tornano alla fase dello scambio delle repliche e controrepliche.

---

[34] La precisazione che l'ordinanza fosse «non impugnabile» non risultava, in verità, dal testo originario pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 22 gennaio 2003. Essa si ricava infatti dal comunicato della Presidenza del Consiglio, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 9 settembre 2003 ed avente ad oggetto un avviso di rettifica relativo al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, con cui si è reso noto che, a causa di un errore materiale in cui si era in precedenza incorsi, all'art. 11, 2° co., primo rigo, anziché «Il tribunale provvede con ordinanza quando, decidendo», deve intendersi «Il tribunale provvede con ordinanza non impugnabile in ogni caso in cui, decidendo».

[35] Tale scopo viene messo in rilievo da SASSANI e TISCINI, *Il nuovo processo societario. Prima lettura del d.lgs. n. 5 del 2003*, in *Giust. civ.*, 2003, II, 54, nonché da VACCARELLA, *La riforma del processo societario: risposta ad un editoriale*, in *Corr. giur.*, 2003, 262, il quale chiarisce che «la forma di ordinanza riservata alla definizione, in senso non impediente, di questioni pregiudiziali (...) mira ad impedire l'impugnabilità immediata delle (attuali) sentenze non definitive».

In senso critico rispetto alla soluzione adottata dal legislatore delegato, di cui si sottolinea la contrarietà rispetto alle scelte operate «non solo dal codice del 1865 come del 1942, ma anche da tutti i progetti di riforma che si sono succeduti nel corso del novecento», tanto da dirsi «propenso ad una interpretazione correttiva dell'art. 11, 2° co., diretta ad affermare che tale disposizione non si applica alla decisione delle questioni pregiudiziali di rito o di merito astrattamente idonee a definire il giudizio, e che, ove tali questioni siano decise nel senso di non definire il giudizio, esse debbano essere decise con sentenza non definitiva (impugnabile ai sensi degli artt. 42, 279, 4° co., e 340 c.p.c.) e non con ordinanza modificabile e revocabile», v. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo societario (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2003, V, 10 s.

[36] Le precisazioni in ordine ai provvedimenti sulla competenza sono state operate, integrando il testo originariamente approvato dal Consiglio dei Ministri il 30 settembre 2002, approvando, in seconda lettura, il 10 gennaio 2003, il testo che poi è stato trasfuso nel d.lgs. 5/2003. È stata così soddisfatta la richiesta di chiarimenti contenuta nel parere del C.S.M. sul testo del 30 settembre 2003, ove si lamentava che nulla si dicesse sulla disciplina dell'ordinanza sulla competenza.

In proposito, il 3° co. dell'art. 11 dispone che entro il termine perentorio di novanta giorni dalla comunicazione dell'ordinanza, l'attore deve notificare alle altre parti memoria di replica *ex* art. 6 o, se già era stata notificata, di ulteriore replica *ex* art. 7.

Il procedimento dunque si riannoda a partire dallo stato in cui si trovava lo scambio delle memorie tra le parti al momento in cui è stata notificata l'istanza di fissazione dell'udienza e prosegue, nell'alternanza tra repliche e controrepliche, fino a che nuovamente entrambe (o una sola di esse) ritengano la causa matura per proporre nuova istanza di fissazione dell'udienza.

2.9. (Segue.) ... la regola dell'inammissibilità dell'istanza non congiunta per la decisione di «incidenti processuali» e l'eccezione della decisione immediata sull'intervento del terzo

È stato detto che l'art. 11 induce, senza risolverlo, il dubbio se per decidere su una questione preliminare o pregiudiziale e, più in generale, su ogni incidente processuale sia necessaria in ogni caso l'istanza congiunta di entrambe le parti[37].

Ma il tenore letterale della disposizione porta a ritenere che l'istanza congiunta sia necessaria.

Del resto, la circostanza che entrambe le parti investano il giudice assicura della serietà del tema sollevato ed è dunque ragionevole, specie se si tiene conto che nel nuovo rito il giudice non può evitare di pronunciarsi subito sulla questione sottopostagli, che non sia ammessa l'iniziativa unilaterale di uno solo degli avversari processuali[38].

L'unica ipotesi in cui il d.lgs. 5/2003 attribuisce a ciascuna delle parti, singolarmente, la possibilità di rimettere immediatamente al giudice un incidente processuale è previsto dal 3° co. dell'art. 14. In tale disposizione si dispone che ciascuna delle parti originarie, con propria memoria, possa proporre istanza di fissazione dell'udienza affinché venga decisa la questione dell'ammissibilità dell'intervento principale o adesivo autonomo del terzo.

---

[37] Così il parere del C.S.M. sullo schema di decreto approvato dal Consiglio dei Ministri il 30 settembre 2002.

[38] In termini critici, v. invece Proto Pisani, *La nuova disciplina del processo societario*, cit., 10, secondo cui il fatto che il convenuto il quale abbia ad es. «eccepito l'incompetenza (facendo in tal modo sorgere una questione pregiudiziale di rito astrattamente idonea a definire il giudizio) o abbia eccepito la prescrizione (facendo in tal modo sorgere una questione pregiudiziale di merito come tale sempre astrattamente idonea a definire il giudizio), non ha il potere – senza il consenso dell'attore – di provocare una immediata statuizione sulla sua eccezione» testimonia dell'«efficacia molto ridotta dell'art. 11». Per una valutazione di scarsa incisività dell'istituto, condizionato dalla circostanza di essere condizionato all'accordo delle parti, v. anche Riva Crugnola, *Le attività del giudice nel nuovo «processo societario» di cognizione di primo grado: fissazione dell'udienza, istruzione, fase decisoria*, in *Soc.*, 2003, 787.

Come già nel caso del rigetto della questione preliminare di merito o pregiudiziale di rito diversa dalla questione di competenza, allo scopo di impedirne l'immediata impugnazione, il provvedimento che decide sull'ammissibilità dell'intervento del terzo assume la forma dell'ordinanza[39]. Con una particolarità, però. Secondo il 3° co. dell'art. 14, la pronuncia sull'ammissibilità dell'intervento è reclamabile, nel termine perentorio di dieci giorni dalla sua comunicazione, nelle forme dell'art. 669 terdecies c.p.c. Poiché nelle liti in esame il tribunale giudica in composizione collegiale (salvo, ai sensi del 3° co. dell'art. 1, che nelle controversie tra banche su materie di cui al d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385), questo comporterà delle incertezze in ordine all'individuazione dell'organo competente sul reclamo[40]. L'art. 669 terdecies c.p.c. stabilisce infatti chi sia competente sul reclamo contro il provvedimento del giudice singolo del tribunale e sul provvedimento emesso dalla corte d'appello, ma non specifica se ricorso contro il provvedimento del tribunale in composizione collegiale debba essere proposto alla corte d'appello o a altra sezione del tribunale (e, se il tribunale non è abbastanza grande da essere suddiviso in sezioni o quanto meno da consentire la composizione di altri collegi, al tribunale più vicino). Sul punto si sono formati due orientamenti di pari plausibilità[41], sicché, in mancanza di una presa di posizione del d.lgs. 5/2003, appare arduo optare per una soluzione piuttosto che

[39] Pure qui vale la considerazione secondo cui appare dubbio che la semplice qualificazione come ordinanza di un provvedimento a contenuto decisorio possa sottrarlo al regime ordinario delle impugnazioni o, quanto meno, del ricorso straordinario in Cassazione. Ed in effetti, secondo MANDRIOLI, *op. cit.*, 305, part. nota 26, e BALENA, *Prime impressioni sulla riforma*, cit., 2209, la decisione sull'ammissibilità dell'intervento, una volta esperito il reclamo previsto dal 3° co. dell'art. 14, è impugnabile ai sensi dell'art. 111 Cost.

[40] Lo nota anche RIVA CRUGNOLA, *op. cit.*, 787, part. nota 28. Per BALENA, *Prime considerazioni sulla riforma*, cit., invece, tali problemi non sussistono in quanto, in applicazione analogica dell'art. 12, 5° co., sulla dichiarazione di estinzione del processo, l'organo competente a decidere sull'ammissibilità dell'intervento dovrebbe essere il giudice relatore e il reclamo dovrebbe proporsi al collegio.

[41] Nel senso che la competenza a conoscere del reclamo cautelare di cui all'art. 669 terdecies c.p.c., qualora tale rimedio sia proposto contro il provvedimento pronunciato dal tribunale in sede collegiale, sia da riconoscere, in applicazione analogica della disposizione in materia di reclamo contro i provvedimenti resi dalla corte d'appello, ad altra sezione (o comunque, secondo una variante interpretativa, ad altro collegio della medesima sezione) o, in mancanza, al tribunale più vicino, v. App. Venezia, 17 novembre 1999, decreto, in *Giur. it.*, 2000, 749, con osservaz. di MARINELLI; App. Lecce, 18 dicembre 1999, in *Arch. civ.*, 2000, 1117; Trib. Roma, 17 aprile 1997, ord., in *Giur. it.*, 1999, 78 (a cui avviso, occorrendo rispettare le specializzazioni di fatto tra le varie sezioni, nel caso di provvedimento emesso dall'unica sezione lavoro il reclamo deve essere proposto, pur in presenza di altre sezioni, alla sezione lavoro del tribunale più vicino); Trib. Milano, 21 luglio 1995, ord., in *Giur. it.*, 1995, I, 2, 878, con nota di VULLO, e in *Riv. dir. process.*, 1996, 874, con nota di BIANCHI; MERLIN, voce «Procedimenti cautelari ed urgenti in generale», in *Digesto/civ.*, XIV, Torino, 1996, 415; TARZIA, *Il provvedimento negativo. Il reclamo*, in TARZIA (a cura di), *Il nuovo processo cautelare*, Padova, 1993; 396; ID., *sub* art. 669 terdecies c.p.c., in CIPRIANI e TARZIA (a cura di), *L. 26 novembre 1990, n. 353*, in *Nuove leggi comm.*, 1992, 398.

per un'altra. Resta solo da auspicare che il giudice del reclamo, avendo la possibilità di argomentare tanto per la propria competenza come per la propria incompetenza, scelga la prima strada e decida nel merito la questione dell'ammissibilità dell'intervento del terzo.

2.10. (Segue.) ... il problema del regolamento di giurisdizione e della querela di falso

L'assenza del giudice nella fase preparatoria e l'impossibilità di evocarlo per la decisione di incidenti processuali a meno che tutte le parti siano d'accordo determina alcuni inconvenienti, soprattutto per quanto riguarda le questioni di giurisdizione e quelle inerenti alla verifica della scrittura privata nonché alla querela di falso.

Quanto alla verifica della scrittura privata e alla querela di falso, sembra inevitabile ammettere che i relativi procedimenti, volendoli proporre in cor-

---

Nel medesimo senso, ma esprimendo l'opinione che, qualora manchi la pluralità di sezioni, si debba proporre il reclamo non al tribunale più vicino bensì alla corte d'appello, v. ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 1991, 258 s.

Nel senso invece che, applicando analogicamente le norme in tema di reclamo contro i provvedimenti resi in camera di consiglio, la competenza spetti sempre alla corte d'appello, v. Trib. Napoli, 3 ottobre 1995, ord., in *Giur. merito*, 1996, 450; App. Milano, 12 agosto 1994, ord., e Trib. Milano, 5 agosto 1994, ord., entrambe in *Foro it.*, 1995, I, 327; App. Bologna, 17 giugno 1994, ord., in *Dir. e giur. agr.*, 1995, 506, con nota di MORSILLO; CONSOLO, *sub* art. 669 terdecies c.p.c., in CONSOLO, LUISO, SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996, 710; CIRULLI, *La nuova disciplina dei rimedi contro i provvedimenti cautelari*, Padova, 1996, 180 ss.; RAUSEO, *Il reclamo ex art. 669 terdecies c.p.c. nel processo agrario*, in *Dir. e giur. agr.*, 1995, 472 s.; SALETTI, *Appunti sulla nuova disciplina delle misure cautelari*, in *Riv. dir. process.*, 1991, 377 s.

Non è mancato nemmeno chi ha ritenuto inammissibile, in quanto non espressamente previsto, il reclamo contro i cautelari emessi dal collegio del tribunale: v. App. Lecce, 4 marzo 1995, ord., in *Giur. it.*, 1996, I, 2, 598, con nota di VOLPE.

Infine, per l'equivalenza della tesi della competenza di altra sezione del tribunale o della corte d'appello, v. FRUS, *sub* art. 669 terdecies c.p.c., in CHIARLONI (a cura di), *Le riforme del processo civile*, Bologna, 1992, 786; PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, 372; CECCHELLA, *Il processo cautelare*, Torino, 1997, 196 s., DINI e MAMMONE, *I provvedimenti d'urgenza*, Milano, 1997, 664; ed il mio, *Eccezioni alla monocraticità cautelare del tribunale e competenza per il reclamo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1997, 1101 ss., dove si giunge al punto di sostenere che, essendo parimenti ricavabili dall'ordinamento, entrambe le competenze sussistono in via alternativa e regolano i loro rapporti sulla base del principio di prevenzione, e cioè sulla base della data del deposito del ricorso con cui si propone il reclamo.

In un quadro così confuso, App. Lecce, con ordinanza emessa il 20 novembre 1995 e depositata in cancelleria il 3 gennaio 1996 (in *Giur. it.*, 1996, I, 2, 598, con nota di VOLPE, e in *Nuova giur. comm.*, I, 436, con mia nota), ha rimesso la questione alla Corte costituzionale che però, con sentenza 27 dicembre 1996, n. 421, (in *Giur. it.*, 1997, I, 358, in *Giust. civ.*, 1997, I, 584, e in *Nuova giur. comm.*, I, 436, con mia nota) ha respinto il ricorso del giudice *a quo* affermando che appare indifferente, sul piano della legittimità costituzionale, preferire il criterio della sovraordinazione (corte d'appello) o dell'alterità (altra sezione del tribunale o in mancanza il tribunale più vicino).

so di causa e non in via principale, possano essere instaurati solo dopo la fissazione dell'udienza e quindi, se le parti non hanno concordemente chiesto la fissazione dell'udienza, solo dopo che si sia esaurita la fase preparatoria.

Quanto invece alle questioni di giurisdizione, l'esaurimento della fase preparatoria, quando le parti non abbiano concordemente chiesto la fissazione dell'udienza, non appare necessaria. È infatti sempre possibile, per la parte che intenda avere una decisione immediata, proporre il regolamento di giurisdizione in base alle regole ordinarie. L'assenza di un giudice davanti a cui penda la causa rende tuttavia inapplicabile l'art. 367 c.p.c., secondo cui questi sospende il processo, salvo quando ritenga il regolamento manifestamente inammissibile o la contestazione della giurisdizione manifestamente infondata. L'inapplicabilità della regola della sospensione del processo in conseguenza della proposizione del regolamento di giurisdizione appare del resto opportuna, dal momento che rende impossibile abusare in chiave dilatoria dell'istituto e rende quindi superflua la valutazione di manifesta inammissibilità o infondatezza affidata dal legislatore del 1990 al giudice *a quo*[42].

2.11. Il deposito in cancelleria dell'istanza di fissazione dell'udienza

Tornando a descrivere lo svolgimento del processo, l'istanza di fissazione dell'udienza deve essere depositata in cancelleria dall'istante, che deve provvedervi, in forza del 3° co. dell'art. 9, nel termine perentorio di dieci giorni[43] dall'ultima notificazione alle altre parti.

Se l'istanza è fatta congiuntamente, ciascuna delle parti può provvedere al deposito.

---

[42] Prima delle modifiche operate dalla l. 353/1990, il regolamento di giurisdizione è stato spesso impiegato non nella sua tipica funzione di mezzo per addivenire rapidamente al giudicato sulla questione di giurisdizione bensì per ottenere la strumentale sospensione del processo di merito. La Cassazione, verificandosi questa situazione, aveva cercato di rimediare, disponendo la condanna della parte al risarcimento del danno per responsabilità processuale aggravata *ex* art. 96 c.p.c. ed il deferimento del difensore agli organi delegati ad attuare il provvedimento disciplinare ai sensi dell'art. 88 c.p.c. (v. Cass., Sez. Un., 3 novembre 1986, n. 6420; Id., 3 novembre 1986, n. 628, ord., in *Foro it.*, 1987, I, 1, 58, con note di CARISTO, e BARONE, CIPRIANI, PIZZORUSSO, PROTO PISANI). Questi rimedi non si erano però dimostrati risolutivi, tanto da suggerire la modifica dell'art. 367 c.p.c., sostituendo l'effetto di sospensione automatica all'atto della proposizione del regolamento con la previsione che la sospensione del processo si ha soltanto se il proposto regolamento non appaia manifestamente inammissibile o infondato e riservando l'ordinanza di sospensione al giudice istruttore o al collegio: sul punto v., per tutti, BESSO, *sub* art. 367 c.p.c., in CHIARLONI (a cura di), *Le riforme del processo civile*, Bologna, 1992, 481 ss.

[43] Che il termine sia perentorio è stato precisato, integrando il testo approvato dal Consiglio dei Ministri il 30 settembre 2002, con l'approvazione, sempre da parte del Consiglio dei Ministri, il 10 gennaio 2003, del testo poi pubblicato in Gazzetta Ufficiale.

2.12. L'interruzione e l'estinzione del giudizio

Secondo il 4° co. dell'art. 8, come integrato dal Decreto di coordinamento e modifica, il mancato deposito dell'istanza di fissazione di udienza nei venti giorni successivi alla scadenza dei termini previsti, dai primi tre commi del medesimo articolo, per la proposizione dell'istanza[44] o successivi alla scadenza del termine per il deposito della memoria di controreplica del convenuto di cui all'art. 7, 2° co., ovvero successivi alla scadenza del termine massimo di cui all'art. 7, 3° co., determina l'estinzione del processo rilevabile anche d'ufficio (ma il rilievo d'ufficio è precluso se l'udienza si è comunque svolta con la partecipazione di almeno una parte, ed in tale caso, l'estinzione deve comunque essere eccepita, a pena di decadenza, entro la stessa udienza).

La norma, se può operare qualora sia stata presentata un'istanza tardiva e un'udienza sia stata fissata, è inidonea a regolare il caso opposto, in quanto in mancanza di fissazione dell'udienza il giudice non è in alcun modo investito della controversia.

Nel caso appena esposto dal 4° co. dell'art. 8, in cui l'istanza di fissazione dell'udienza non sia stata tempestivamente depositata, nel caso di cui al 1° co. dell'art. 13, della contumacia o della costituzione tardiva dell'attore seguita dall'istanza di fissazione dell'udienza, nonché nelle altre ipotesi nelle quali una delle parti abbia proposto un'eccezione di estinzione del processo apparentemente fondata, il giudice relatore, in forza del 5° co. dell'art. 12, convocate le parti costituite, dichiara l'estinzione del processo con ordinanza, reclamabile nel termine di dieci giorni dalla comunicazione. Sul reclamo il collegio provvede, a norma dell'art. 308, 2° co., c.p.c., pronunciando sentenza, se respinge il reclamo, e con ordinanza non impugnabile, se l'accoglie.

Quanto all'interruzione del processo, ai sensi del 4° co. dell'art. 12, il giudice relatore la dichiara con ordinanza non impugnabile se l'evento interruttivo, avveratosi nei riguardi della parte che si è costituita a mezzo di procuratore, è stato notificato alle altre parti entro il termine perentorio di novanta giorni dall'evento stesso. Il medesimo comma inoltre precisa che, nei casi in cui l'interruzione operi di diritto, a norma del codice di procedura civile, il giudice la dichiara con effetto dal momento del verificarsi dell'evento interruttivo.

2.13. Le preclusioni

Le norme di chiusura del complesso sistema di adempimenti che caratterizza la fase preparatoria sono contenute nel 4° co. dell'art. 13 e nel 2° co. dell'art 10.

[44] Il riferimento a questa ipotesi è stato introdotto dal Decreto di coordinamento e modifica.

L'art. 13, 4° co., subordina all'eccezione di parte l'operare di preclusioni e decadenze maturate nel corso della fase preparatoria.

Più precisamente, tale disposizione dispone che l'inosservanza dei termini previsti dagli artt. 2, 3, 4, 5, 6 e 7, nonché, come ha precisato il Decreto di coordinamento e modifica, l'inosservanza dei termini di cui agli artt. 9 e 10 e delle decadenze, sia rilevabile solo ad istanza della parte che vi abbia interesse. L'eccezione dovrà essere proposta, sempre secondo quanto ha precisato il decreto di coordinamento e di modifica, nella prima istanza o difesa successiva, a norma dell'art. 157 c.p.c.

Già si è avuto modo di illustrare il contenuto degli artt. 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 e 10, attraverso i quali il legislatore ha dettato le cadenze entro cui le parti debbono scambiarsi gli atti della fase preliminare, costituirsi e poi approdare all'udienza dinanzi al giudice. In particolare, l'art. 2 prevede il termine per la notifica della comparsa di costituzione e risposta del convenuto, l'art. 3 il termine per la costituzione dell'attore, l'art. 4 il termine per la notifica della replica da parte di quest'ultimo, l'art. 5 il termine per la costituzione del convenuto, l'art. 6 il termine per la notifica della controreplica del convenuto, l'art. 7 il termine per la notifica delle ulteriori memorie dell'attore e del convenuto, l'art. 9 il termine per il deposito in cancelleria dell'istanza di fissazione di udienza, l'art. 10 il termine per il deposito della nota contenente la definitiva formulazione delle istanze istruttorie e delle conclusioni di rito e di merito già proposte.

Il compimento tempestivo di alcune di queste attività è contemplato, a seguito delle integrazioni operate dal decreto di coordinamento e di modifica, a pena di decadenza.

Così, ai sensi dell'art. 4, la domanda riconvenzionale e la dichiarazione di voler chiamare in causa terzi debbono essere proposte dal convenuto con la comparsa di risposta tempestivamente notificata. L'attore, a sua volta, se non vuole incorrere nella relativa decadenza, deve, ai sensi dell'art. 6, proporre con la memoria di replica anch'essa tempestivamente notificata nuove domande ed eccezioni che siano conseguenza della domanda riconvenzionale o delle difese proposte dal convenuto e dichiarare che intende chiamare in causa terzi, se l'esigenza è sorta dalle difese del convenuto. Ed ancora, l'art. 7 ricollega ad una decadenza il termine previsto a carico del convenuto per proporre le eccezioni non rilevabili d'ufficio che siano conseguenza di nuove domande ed eccezioni proposte dall'attore a norma dell'art. 6, 2° co.

In base alla regola di cui al 4° co. dell'art. 13, in precedenza ricordata, tali decadenze non possono essere rilevate d'ufficio, ma debbono essere eccepite, nella prima istanza o difesa successiva all'attività tardivamente compiuta, esclusivamente dalla parte che vi abbia interesse.

E per le attività per il cui compimento non è prevista alcuna preclusione?

L'inosservanza delle scadenze per il loro compimento può ugualmente determinare qualche conseguenza?

Questi interrogativi rivestivano notevole importanza prima dei cambiamenti operati dal Decreto di coordinamento e modifica, quando né i termini

per la proposizione di domande riconvenzionali né i termini per la chiamata in causa di terzi erano previsti a pena di decadenza[45].

La problematica sollevata mantiene peraltro un notevole significato anche adesso, soprattutto per quanto riguarda l'indicazione dei mezzi di prova e la produzione dei documenti, in relazione a cui continua a non essere ricollegata alcuna espressa preclusione, tanto è vero che, per quanto gli artt. 2, 3 e 4, prevedano l'onere per le parti di indicare i mezzi di prova e di produrre i documenti sin dal momento dello scambio degli atti introduttivi e dalla conseguente costituzione in cancelleria, gli artt. 6 e 7 consentono di formulare nuove richieste istruttorie, ovvero depositare nuovi documenti, anche con la memoria di replica dell'attore, con la seconda memoria del convenuto, nonché con le successive eventuali repliche e controrepliche.

Sul punto, non si può prescindere dal principio, desumibile dal 2° co. dell'art. 152 c.p.c., della tassatività delle preclusioni.

Sembra pertanto inevitabile dedurre che, mancando una espressa comminatoria di decadenza, le attività tardivamente compiute, pur potendo essere dichiarate inefficaci in ragione della loro tardività, restino consentite e possano essere quindi compiute nel prosieguo della fase preparatoria nonostante sia stata rilevata l'inosservanza dei termini della procedura. In altre parole, nulla oggi impedisce che i mezzi di prova formulati o depositati dopo la scadenza dei termini correlati allo scambio dell'atto di citazione e della comparsa di risposta siano riproposti, qualora fosse eccepita la loro tardività, con la seconda memoria difensiva del convenuto o con le ulteriori repliche dell'attore o controrepliche del convenuto consentite dalla legge. Né vi sarebbero stati ostacoli, in base al testo originario del d.lgs. 5/2003, alla rinnovazione, con un successivo atto, della riconvenzionale o della chiamata in causa, se avanzate in ritardo.

Come si è accennato, il sistema appena descritto è stato parzialmente corretto dal Decreto di coordinamento e modifica, che ha espressamente ricolle-

[45] L'assenza di termini di decadenza era stata rilevata, tra l'altro, al punto 11) del parere del Senato sullo schema di decreto approvato dal consiglio dei Ministri del 30 settembre 2002, in relazione all'eventuale non tempestiva osservanza, con la comparsa di costituzione e risposta, degli obblighi stabiliti per il convenuto (indicazione dei mezzi di prova e, in particolare, proposizione delle domande riconvenzionali e della chiamata in causa di terzi).

La mancanza della previsione della sanzione della decadenza aveva dato adito a differenti interpretazioni. Secondo VULLO, *Il nuovo processo delle società*, in *Studium iuris*, 2003, 555, ma del tutto apoditticamente, «sebbene l'art. 4 non stabilisca che tali attività devono essere compiute *a pena* di decadenza, come prevede invece l'art. 167 c.p.c.», l'ultimo momento utile a favore del convenuto per proporre domanda riconvenzionale o per chiamare in causa un terzo doveva ritenersi quello della notifica della comparsa di risposta nel termine indicato dall'art. 2, 1° co., lett. c). Per COSTANTINO, *op. cit.*, 406 s., invece, «in base al principio di tassatività dei termini perentori, ai sensi dell'art. 152, 2° co., c.p.c., ed a quello di tassatività delle nullità, ai sensi dell'art. 156, 1° co, c.p.c., l'elenco di quanto il convenuto *deve* indicare nella comparsa ha il valore di una mera esortazione, perché se il requisito non è espressamente previsto a pena di nullità o se non è espressamente comminata una decadenza, la nuova domanda, l'eccezione, la mera difesa o la richiesta istruttoria potranno essere proposte anche in prosieguo di giudizio».

gato la mancata tempestiva proposizione di riconvenzionali e chiamate in causa alla sanzione della decadenza, rendendo così impossibile una loro rinnovazione dopo che il tardivo compimento delle stesse sia stato fatto valere dalla parte che ne abbia interesse.

La ricostruzione operata rimane però valida in relazione all'indicazione dei mezzi di prova e alla produzione dei documenti.

Occorre allora completare il ragionamento, considerando che, proponendo l'istanza di fissazione dell'udienza contestualmente all'eccezione di tardività, chi rilevi l'altrui inosservanza di termini può comunque rendere impossibile all'altra parte di rinnovare gli atti intempestivi.

Basta lasciare operare il meccanismo di cui al 2° co. dell'art. 10, in forza del quale, a seguito della notificazione dell'istanza di fissazione di udienza, tutte le parti decadono dal potere di proporre nuove eccezioni, di precisare o modificare domande o eccezioni già proposte, nonché di formulare ulteriori istanze istruttorie e depositare nuovi documenti.

È vero che postulare il ricorso al 2° co. dell'art. 10 per impedire all'avversario di rimediare al compimento tardivo dell'attività in relazione a cui non sia espressamente prevista una preclusione impone a colui il quale intenda far valere l'inosservanza dei termini di rinunciare a notificare un proprio ulteriore atto difensivo, dal momento che la proposizione dell'istanza di fissazione dell'udienza è permessa solo a chi rinunci alla replica.

Ma imporre l'onere di chiedere la fissazione dell'udienza rinunciando a replicare non comporta effetti negativi, permettendo anzi di rafforzare lo stimolo a scambiare atti il più possibile completi, tali da poter immediatamente portare la causa all'attenzione del giudice senza indugiare oltre nella fase preparatoria dello scambio di memorie tra le parti.

Ciò appare del resto nella linea della riforma posto che, secondo le intenzioni del legislatore, la struttura del processo dovrebbe garantire la tendenziale esaustività, sin dall'origine, delle difese, essendo immanente al modello che collegare le preclusioni alla richiesta di fissazione dell'udienza e alla contestuale rinuncia alla replica costituisca un formidabile impulso alla completezza dell'attività difensiva. Tale impulso dovrebbe poter discendere dall'azione di due convergenti fattori. Uno consisterà nella circostanza che chi notifichi alla controparte atti per i quali sia prevedibile la necessità di successive integrazioni sconta il rischio che quest'ultima rinunci ad incrementare le proprie difese con ulteriori memorie e, ponendo fine allo scambio di memorie, chieda, con l'istanza di fissazione dell'udienza, che la causa venga definita *rebus sic stantibus*, sulla base di quanto fino a quel momento tempestivamente introdottovi[46]. L'altro sarà rappresentato dal fatto che chi, al contrario, notifichi atti contenenti un compiuto sviluppo della propria attività difensiva si pone, a fronte di una replica incompleta o tardiva, nella condizione di poter rinunciare a con-

[46] In questo senso, v. la Relazione governativa.

troreplicare e quindi di poter far scattare la trappola delle preclusioni proponendo l'istanza di fissazione dell'udienza.

2.14. La rimessione in termini

Un temperamento al sistema di preclusioni sopra illustrato è rappresentato dal 5° co. dell'art. 13, secondo cui, nel decreto di fissazione dell'udienza il giudice, valutata ogni circostanza, può rimettere in termini la parte che da irregolarità procedimentali abbia risentito pregiudizio nel suo diritto di difesa.

Ma in ogni caso, soggiunge la seconda parte del medesimo comma, rimane ferma l'inammissibilità, purché eccepita, delle eccezioni non rilevabili d'ufficio, delle allegazioni, delle istanze istruttorie proposte, nonché dei documenti depositati dal convenuto dopo la seconda memoria difensiva ovvero dall'attore dopo la memoria successiva alla proposizione della domanda riconvenzionale. Contro il decorso di queste ultime preclusioni non è dunque ammessa alcuna rimessione in termini, anche se esse possono senz'altro ledere il diritto di difesa di chi le subisce. Probabilmente, il legislatore ha ritenuto ingiustificato concedere la rimessione in termini quando la trappola delle preclusioni sia scattata in una fase avanzata del procedimento, ma sarebbe stato certo meglio lasciare al giudice la discrezionalità di decidere, anche in questa ipotesi, se, tenuto conto delle particolarità della singola vicenda processuale, far operare o meno il rimedio restitutorio.

Più grave ancora appare peraltro l'ambiguità della formula «irregolarità procedimentali», al cui verificarsi il legislatore subordina la possibilità della rimessione.

L'espressione può essere infatti intesa in almeno due sensi.

Le irregolarità procedimentali possono essere riferite all'attività dell'altra parte o del giudice e dei suoi ausiliari. In questo caso non si comprende però perché non debbano ritenersi sufficienti i normali rimedi che l'ordinamento concede a chi sia pregiudicato da una altrui irregolarità e comunque si offrirebbe una interpretazione restrittiva dell'istituto di cui al 5° co. dell'art. 13. Inoltre, la parte non potrebbe essere rimessa in termini quando la decadenza sia dovuta a caso fortuito o forza maggiore o comunque a fatti che di per sé non integrano una irregolarità dell'altra parte, del giudice o dei suoi ausiliari, come ad esempio quando una notificazione sia stata compiuta in un tempo superiore a quello usuale per l'eccessiva lentezza (che di per sè non costituisce una «irregolarità procedimentale») dell'ufficiale giudiziario o del servizio postale[47].

[47] In quest'ultimo caso, per il vero, un problema di decadenza non dovrebbe più porsi dopo che C. Cost., 26 novembre 2002, n. 477, in *Foro it.*, 2003, I, 13, con nota di Caponi, in *Corr. giur.*, 2003, 23, con nota di Conte, e in *Giur. it.*, 2003, 1549, con mia nota, ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il combinato disposto dell'art. 149 c.p.c. e dell'art. 4, 3° co., l. 20 novembre 1982, n. 890, sulle notificazioni di atti a mezzo posta, nella parte in cui prevede che la notificazione si

Oppure le irregolarità procedimentali possono essere riferite alla stessa parte che domanda la rimessione in termini e che è caduta in qualche decadenza proprio per non aver regolarmente compiuto le attività processuali prescritte dalla legge. Tale proposta interpretativa ha tuttavia il difetto di attribuire al giudice un potere discrezionale eccessivamente ampio in ordine alla possibilità di rimettere la parte in termini, considerato che tutte le decadenze dipendono dal mancato rispetto di un termine e quindi da una «irregolarità procedimentale».

In realtà, sarebbe stato meglio, piuttosto che fare riferimento al concetto di irregolarità procedimentali, porre come requisito della rimessione in termini la circostanza della non imputabilità della decadenza alla parte che vi sia incorsa. Del resto, la regola secondo cui la rimessione in termini può essere concessa solo alla parte che dimostri di essere incorsa in decadenze per causa ad essa non imputabile è già adottata all'art. 184 bis c.p.c., sicché sorprende che nel d.lgs. 5/2003 non abbia confermato la dizione codicistica[48].

3. Fase predibattimentale (dalla designazione del giudice relatore alla fissazione dell'udienza: art. 12)

3.1. La designazione del giudice relatore

Decorsi dieci giorni dal deposito dell'istanza di fissazione dell'udienza, ossia decorso il termine nell'ambito del quale, ai sensi dell'art. 10, anche le parti non istanti devono depositare in cancelleria la definitiva formulazione delle rispettive istanze istruttorie e delle conclusioni di rito e di merito già proposte, si apre il termine dei tre giorni non oltre cui, in base al 1° co. dell'art. 12, il cancelliere presenta al presidente del tribunale il fascicolo d'ufficio, contenente tutti gli atti e documenti depositati dalle parti ed inseriti nei rispettivi fascicoli[49].

---

perfezioni, per il notificante, alla data di ricezione dell'atto da parte del destinatario anziché a quella, antecedente, di consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario. È inoltre da segnalare che, come era prevedibile, sulla scia di tale pronuncia (espressione del principio generale secondo cui al notificante può essere fatto carico esclusivamente del compimento delle formalità che non sfuggono alla sua disponibilità), C. Cost., 23 gennaio 2004, n. 28, ha chiarito che anche la notifica effettuata direttaemnte dal'ufficiale giudiziario, senza l'intermediazione del servizio postale, si perfeziona, per il notificante, alla data di consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario e non in quella successiva della ricezione da parte del destinatario.

[48] La formula della remissione in termini per inosservanza dovuta a causa non imputabile alla parte è stata invece ribadita, al punto 15), nella proposta di revisione complessiva del codice di rito elaborata dalla Commissione Vaccarella, nonché, ora, nell'art. 15 del d.d.l. delega C. 4578/XIV.

[49] Nel testo pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 22 gennaio 2003, l'art. 12 parlava di «formazione» del fascicolo d'ufficio, ma questa previsione era priva di senso in quanto, come si è visto, tale fascicolo viene già formato, ai sensi dell'ultima parte del 1° co. dell'art. 3, al momento della costituzione dell'attore. L'illogicità era peraltro facilmente spiegabile: poiché l'ultima parte del 1° co. dell'art. 3 era assente nel testo originario del 30 settembre 2002 ed è stata inserita suc-

Entro il secondo giorno successivo alla presentazione del fascicolo, dispone poi il 2° co. dell'art. 12, il presidente deve designare il giudice relatore.

Si è dunque definitivamente usciti dalla fase preparatoria, svoltasi senza la partecipazione del giudice e si apre la fase che va dalla designazione del giudice relatore al deposito da parte di quest'ultimo del decreto di fissazione dell'udienza: decreto nel quale il giudice, dopo avere necessariamente studiato la controversia, deve determinare il programma dell'udienza di discussione e delle attività successive. Con il decreto di fissazione dell'udienza, il giudice deve infatti invitare, se del caso, le parti a comparire personalmente per essere liberamente interrogate, deve pronunciarsi sull'ammissibilità dei mezzi di prova eventualmente richiesti dalle parti, e deve indicare loro le questioni, di rito e di merito, rilevabili d'ufficio.

Questa fase può essere detta predibattimentale, in quanto vede la partecipazione di un giudice e precede immediatamente quella dell'udienza dinanzi al collegio, a cui pare potersi invece attagliare la definizione, mutuata dalla terminologia processualpenalistica, di fase dibattimentale, contemplando la partecipazione in unità di tempo e di luogo di tutti i soggetti del processo.

3.2. Il decreto di fissazione dell'udienza: l'emanazione

Il giudice relatore, entro cinquanta giorni dalla designazione, deve, ai sensi del 2° co. dell'art. 12, sottoscrivere e depositare in cancelleria il decreto di fissazione dell'udienza, da comunicare alle parti costituite.

Quello di cinquanta giorni è, naturalmente, un termine ordinatorio[50], ma sottoposto a un regime diverso da quello degli altri termini a cui il giudice è tenuto ad ubbidire.

Come tutti i termini ordinatori esso può essere infatti prorogato.

Tuttavia, il potere di proroga non è riconosciuto al giudice della causa, come vorrebbero le regole generali, bensì, secondo quanto dispone l'ultima par-

---

cessivamente, recependo una sollecitazione del C.S.M., nel testo approvato dal Consiglio dei Ministri del 10 gennaio 2003, la formula originariamente adottata nel 1° co. dell'art. 12 costituiva evidentemente il frutto di un difetto di coordinamento e precisamente del fatto che non si fosse tenuto conto dell'anticipazione del momento della formazione del fascicolo d'ufficio. L'esattezza di questa ricostruzione è ora confermata dal comunicato relativo al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, diramato dalla Presidenza del Consiglio e pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 9 settembre 2003, in cui si precisa che il 1° co. dell'art. 12 va letto nel senso che «il cancelliere, presenta senza indugio al presidente il fascicolo d'ufficio contenente tutti gli atti e documenti depositati dalle parti» e non, come originariamente era scritto, nel senso che «il cancelliere, nei tre giorni successivi, forma il fascicolo contenente tutti gli atti e documenti depositati dalle parti e lo presenta senza indugio al presidente».

[50] In questo senso, v. anche CARRATTA, *Riflessioni «a prima lettura» sui riti per le controversie societarie e finanziarie*, in *Dir. e Giust.*, 22 febbraio 2003, n. 7, 108, a cui avviso il carattere ordinatorio «emerge chiaramente dal fatto che lo stesso art. 12 ne ammette la prorogabilità da parte del presidente "per comprovate ragioni", a norma dell'art. 154 c.p.c.».

te del 2° co. dell'art. 12, dal presidente del tribunale, che può esercitarlo solo quando sussistano «comprovate ragioni»[51].

In tale maniera il legislatore delegato ha inteso segnalare l'eccezionalità del mancato rispetto del termine. Ma ciò ha un significato prevalentemente simbolico, non valendo certo ad impedire, qualora le nuove pendenze non riescano ad essere smaltite e il carico di lavoro dei giudici conseguentemente cresca, che si formino le condizioni obiettive per concedere la proroga. Potrebbe quindi essere inevitabile, nonostante il controllo esercitato dal presidente del tribunale, che, nella normalità dei casi, il periodo tra il deposito dell'istanza di fissazione dell'udienza e l'emanazione del decreto ecceda il limite dei cinquanta giorni, divenendo una «cassa di compensazione» analoga a quella che nelle controversie rette dal rito ordinario anteriore alla riforma del 1990 veniva identificata con l'intervallo frapposto fra la precisazione delle conclusioni e l'udienza collegiale e nel rito successivo alla Novella viene a collocarsi fra la fine della fase di trattazione o istruzione e la precisazione delle conclusioni[52].

3.3. (Segue.) ... la fissazione della data dell'udienza e i provvedimenti istruttori

La funzione del decreto di fissazione dell'udienza è innanzitutto quella di individuare la data per lo svolgimento dell'udienza collegiale, che, ai sensi della lett. a) del 3° co. dell'art. 12, deve tenersi non prima di dieci e non oltre trenta giorni dalla comunicazione alle parti del provvedimento di fissazione.

Ma il decreto in esame non si limita a stabilire puramente e semplicemente quando dovrà tenersi l'udienza.

Il decreto di fissazione dell'udienza è in realtà un provvedimento dal contenuto complesso[53], che il giudice può pronunciare soltanto dopo aver attenta-

[51] Osserva il C.S.M. nel parere reso sullo schema di decreto approvato dal Consiglio dei Ministri del 30 settembre 2002, che sotto questi aspetti non ha subito modifiche nel testo nuovamente approvato il 10 gennaio 2003 e poi pubblicato in Gazzetta Ufficiale, che «è singolare che, a fronte della rilassatezza dei termini relativi alla fase preliminare, improvvisamente si tenta di dare un'accelerazione al giudizio, nel momento in cui compare il giudice, con la previsione di termini (art. 12 ss.) tanto brevi per gli adempimenti della cancelleria, del Presidente, del giudice relatore, del Collegio da apparire, con tutta evidenza, insufficienti dato il presumibile carico di lavoro gravante sugli uffici giudiziari».

[52] Secondo RICCI, *Verso un nuovo processo civile?*, in *Riv. dir. process.*, 2003, 221, una volta richiesta la fissazione dell'udienza da una qualunque delle parti, la pronuncia del relativo provvedimento da parte del giudice ha molte probabilità di dover essere attesa a lungo. Nel medesimo senso, v. PROTO PISANI, *Verso una nuova stagione di riforme?*, in *Foro it.*, 2002, V, 189 ss., part. 192, e CARRATTA, *op. cit.*, 107 s., e, secondo cui la redazione del decreto di fissazione dell'udienza rappresenta una incombenza «che il giudice potrebbe agevolmente assolvere ove avesse modo di prender parte anche alla fase preparatoria, ma che, invece, diventa estremamente difficile per un giudice che – come prevede il decreto legislativo – rimane (deve rimanere) rigorosamente in disparte».

[53] Si tratta di un contenuto analogo a quello di cui al punto 20) della proposta presentata alla

mente studiato gli atti precedentemente scambiati tra le parti e che definisce il «programma di lavoro»[54] della successiva trattazione della causa davanti al collegio. Esso, infatti, come dispone il 3° co. dell'art. 12, risolve importanti questioni istruttorie relative alla definizione del *thema probandum* (tutte comunque propriamente decise dal collegio, *ex* art. 16, all'esito della discussione svoltasi in udienza nel contraddittorio tra le parti, con ordinanza che conferma, revoca o modifica quanto in precedenza decretato dal giudice relatore), indirizza i difensori alla trattazione di questioni ritenute importanti per la decisione, convoca, se lo ritiene utile, le parti.

In particolare, con il decreto, il giudice relatore deve assumere provvedimenti relativi all'istruzione della causa, deve indicare alle parti le questioni di rito e di merito rilevabili d'ufficio che potrebbero influire sulla decisione, deve disporre, ove appaia opportuno, la comparizione personale dei contendenti per esperire il tentativo di conciliazione e l'interrogatorio libero.

Quanto ai provvedimenti relativi all'istruzione, il 3° co. dell'art. 12 dispone, ai sensi della lett. b), che il decreto di fissazione dell'udienza contenga l'ammissione di mezzi istruttori disponibili d'ufficio o dei mezzi di prova richiesti dalle parti, nonché la succinta esposizione delle ragioni di inammissibilità o irrilevanza delle istanze istruttorie[55].

Il giudice relatore, dunque, si pronuncia sull'ammissibilità e rilevanza dei mezzi di prova chiesti dalle parti e dispone l'assunzione di mezzi istruttori ammissibili d'ufficio, per individuare i quali, in mancanza di diverse indicazioni, occorre fare riferimento al codice civile e di procedura civile[56].

---

stampa il 12 luglio 2002 dalla Commissione Vaccarella, in seguito recepito nell'art. 19 del d.d.l. delega C. 4578/XIV, in cui si suggerisce di «prevedere che l'udienza sia fissata con decreto, il quale deve sempre contenere l'indicazione delle questioni, di rito e di merito, rilevabili d'ufficio; una pronuncia, succintamente motivata, sull'ammissibilità delle prove disponibili d'ufficio o su istanza di parte; l'invito alle parti, ove appaia opportuno ai fini dell'interrogatorio libero e/o del tentativo di conciliazione, a comparire personalmente all'udienza; l'autorizzazione o anche l'invito, ove appaia opportuno, a depositare brevi memorie conclusionali prima dell'udienza, eventualmente indicando le questioni bisognose di trattazione; eventuali provvedimenti volti alla regolarizzazione della costituzione delle parti, alla integrazione del contraddittorio, alla chiamata in causa di terzi, alla rinnovazione della notificazione della citazione, con conseguente adeguato differimento dell'udienza al fine di consentire il pieno contraddittorio anche con i terzi evocati in giudizio o intervenuti».

[54] L'espressione è di CARRATTA, *op. cit.*, 107.

[55] È da ritenere che le regole di ammissibilità e rilevanza dei mezzi di prova siano le medesime valide per il processo ordinario di cognizione.

Si deve però ricordare che, ai sensi del 3° co., dell'art. 40, le dichiarazioni rese dalle parti nel corso dell'eventuale tentativo di conciliazione stragiudiziale (che di per sé potrebbero rivestire anche carattere confessorio) non possono essere utilizzate, salvo che ai fini della decisione sulle spese, né possono essere oggetto di prova testimoniale. Per considerazioni sul punto, v. SANZO e MIGLIACCIO, *sub* artt. 38-40, d.lgs. 5/2003, in questo Commentario, par. 3.2; NEGRINI, *sub* art. 40, d.lgs. 5/2003, in CHIARLONI (a cura di), *Il nuovo processo societario*, Bologna, 2004, par. 1.

[56] Il punto 19) del parere del Senato sullo schema di decreto approvato dal Consiglio dei Ministri il 30 settembre 2002, invitava il Governo a chiarire, «con riferimento alla previsione del 3° co., lett. b) dell'art. 12, quali devono intendersi essere i mezzi istruttori che possono essere disposti

Tra gli altri mezzi istruttori ammissibili d'ufficio è da ritenere non escluso il deferimento d'ufficio del giuramento suppletorio *ex* art. 2736, n. 2), c.c., quando la domanda o le eccezioni non siano pienamente provate ma non siano nemmeno del tutto sfornite di prova ovvero, nella forma del giuramento estimatorio, al fine di stabilire il valore della cosa domandata. Nel senso dell'inammissibilità del deferimento del giuramento suppletorio *ex* art. 2736, n. 2), c.c., potrebbe invero sostenersi che la lett. f) dell'art. 12 non contempla, tra i vari contenuti possibili del decreto di fissazione dell'udienza, il deferimento del giuramento suppletorio di cui al n. 2) dell'art. 2736 c.c. ma solo il deferimento del giuramento suppletorio a norma dell'art. 13, 2° co., e cioè il giuramento deferibile all'attore quando il convenuto non si sia tempestivamente costituito per poter considerare come non contestati i fatti posti a fondamento della domanda. Tuttavia, prescindendo dall'opportunità di mantenere l'istituto[57], l'argomento è debole e non tiene conto del fatto che il potere di deferire il giuramento suppletorio ai sensi dell'art. 2736 c.c. con il decreto di fissazione dell'udienza può comunque discendere dalla previsione generale di cui alla lett. b) del 3° co. dell'art. 12.

L'ammissione o viceversa la non ammissione con il decreto di fissazione dell'udienza delle prove disponibili d'ufficio non consuma peraltro il potere del giudice di esercitare poteri istruttori officiosi in momenti successivi.

L'esercizio dei poteri istruttori officiosi da parte del giudice è infatti collegato alla valutazione della capacità delle prove portate dalle parti di condurre ad una decisione sulla base della regola dell'onere della prova. In linea di massima, se queste prove non sono sufficienti a sorreggere domande o eccezioni, l'istruttoria potrà essere integrata con il legittimo esercizio dei poteri d'ufficio del giudice.

Talora una valutazione del tipo di quella descritta potrà essere operata sin

---

d'ufficio e quali le condizioni con cui gli stessi possono essere ammessi». Poiché il legislatore delegato non ha ritenuto di operare alcun chiarimento in merito, occorre tuttavia ricavare i relativi principi dal codice di rito.

[57] Il deferimento del giuramento suppletorio è statisticamente infrequente, preferendo i giudici applicare la regola dell'onere della prova.

È del resto comprensibile che l'istituto venga, in pratica, disapplicato. Sembra infatti difficile giustificare, sul piano del rispetto del principio di uguaglianza, che una medesima situazione possa risolversi in maniera diametralmente opposta, con l'accoglimento della domanda o al contrario con la sua reiezione in applicazione della regola dell'onere della prova, a seconda della discrezionale valutazione del giudice di deferire o no il giuramento suppletorio. Oggi, inoltre, l'attribuzione al giudice di un potere discrezionale così ampio come quello di cui al n. 2) dell'art. 2736 c.c. desta altresì perplessità sotto il profilo della possibile violazione del nuovo testo dell'art. 111 Cost., che riserva alla legge la regolamentazione del processo (per l'incostituzionalità sotto numerosi ulteriori profili e comunque per la contrarietà del giuramento suppletorio ai principi del giusto processo, v. DE VITA, *L'«ingiustizia» del giuramento suppletorio: nuove prospettive di incostituzionalità dell'istituto alla luce del riformato art. 111 Cost.*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 910 ss., part. 936 ss., il quale si esprime criticamente nei confronti dell'ampliamento della fruibilità dell'istituto operato, prevedendone la deferibilità anche in una nuova ipotesi, con il d.lgs. 5/2003. In giurisprudenza, per la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 2736, n. 2), c.c., v. Trib. Napoli, 21 settembre 2001, ord., in *Riv. dir. process.*, 2003, 908, ed al contrario, per la manifesta infondatezza, Cass., 15 gennaio 2003, n. 525, in *Giur. it.*, 2003, 2027, con osservaz. di LUPANO.

dal momento dell'emanazione del decreto di fissazione dell'udienza. Così, ad esempio, quando le parti non abbiano chiesto l'ammissione di mezzi di prova costituendi o tali mezzi siano inammissibili, e l'attore fondi la propria domanda su una documentazione da cui emerga una *semiplena probatio*, nulla impedisce che il giuramento suppletorio sia subito deferito dal Collegio, confermando, sotto questo aspetto, il decreto di fissazione dell'udienza.

Ma è anche possibile che solo dopo l'assunzione delle prove chieste dalle parti sia possibile giudicare in ordine alla necessità di esercitare i poteri istruttori officiosi[58]. Così, tornando all'esempio del giuramento suppletorio, quando lo svolgimento dell'attività istruttoria chiesta dalle parti si sia dimostrato inconcludente e non abbia aggiunto né tolto nulla rispetto ad una precedente *semiplena probatio* documentale (o al contrario abbia messo in forse, rendendola *semiplena*, una *probatio* documentale apparentemente salda), non dovrebbe essere precluso al giudice di esercitare, a quel punto, i propri poteri officiosi, che nel frattempo non si possono certo considerare esauriti. Né appare precluso, nel nuovo rito, che il giudice disponga d'ufficio la citazione di nuovi testimoni *ex* art. 257 c.p.c., quando alcuno dei testimoni si sia riferito, per la conoscenza dei fatti, ad altre persone, cosa che, evidentemente, non può avvenire con il decreto di fissazione dell'udienza, ma solo dopo che si sia tenuta l'udienza di assunzione della prova.

3.4. (Segue.) ... l'indicazione delle questioni rilevabili d'ufficio e di quelle bisognose di ulteriore trattazione scritta

Il decreto di fissazione dell'udienza deve inoltre contenere, ai sensi della lett. c) del 3° co. dell'art. 12, l'indicazione delle questioni, di rito e di merito, rilevabili d'ufficio.

Si intende in tal modo scongiurare il rischio dell'emanazione di «sentenze della terza via», vale a dire pronunce in cui il giudice decide sulla base di una questione rilevata d'ufficio e non sottoposta al contraddittorio tra le parti.

Peraltro, il fatto che, analogamente a quanto dispone la lett. c) del 3° co. dell'art. 12, di segnalare alle parti le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritenga opportuna la trattazione non ha impedito di assistere, nel processo ordinario di cognizione, alla pronuncia di sentenze su aspetti non esaminati nel contraddittorio tra le parti.

---

[58] Sulla necessità di assumere prima le prove chieste dalle parti v. il parere espresso dal C.S.M. sullo schema di decreto approvato dal Consiglio dei Ministri il 30 settembre 2002, in cui si critica l'anticipazione del momento individuato dal legislatore per l'ammissione dei mezzi di prova officiosi rispetto alla formazione delle risultanze istruttorie. Per la medesima opinione, v. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo societario*, cit., 8, il quale giudica «un non senso» che, con il decreto di fissazione dell'udienza, vengano contemporaneamente ammessi tanto i mezzi di prova richiesti dalle parti quanto quelli disponibili d'ufficio, perché normalmente «l'esercizio dei poteri istruttori d'ufficio presuppone l'assunzione delle prove richieste dalle parti, avendo come sua base legittimante proprio le lacune istruttorie residuate alla assunzione delle prove richieste dalle parti».

La verità è quindi che l'esistenza di un astratto obbligo di sottoporre al contraddittorio tra le parti le questioni rilevabili d'ufficio conta poco quando il giudice conduce la trattazione senza essere adeguatamente preparato, come è non raro costume nella prassi dell'attuale processo ordinario di cognizione, dove il fascicolo viene studiato a fondo solo dopo l'assunzione della causa in decisione e, quindi, quando il contraddittorio tra le parti non può più ormai essere suscitato.

Se dunque la struttura del nuovo processo si dimostrerà effettivamente capace di garantire che il giudice arrivi all'udienza conoscendo la causa, il meccanismo della segnalazione delle questioni rilevabili d'ufficio con il decreto di fissazione dell'udienza potrà efficacemente prevenire la pronuncia di sentenze della terza via.

Diversamente, opererà il solo rimedio successivo della declaratoria di nullità, riconosciuto dalla giurisprudenza quando il giudice abbia omesso di sottoporre al contraddittorio tra le parti una questione da lui rilevata d'ufficio[59].

Oltre a segnalare le questioni rilevabili d'ufficio, con il decreto di fissazione dell'udienza, ai sensi dell'ultima parte della lett. e) del 3° co. dell'art. 12, il giudice deve indicare alle parti le questioni bisognose di trattazione nelle memorie conclusionali, che devono essere depositate almeno cinque giorni prima dell'udienza. Tali questioni saranno quelle che non siano state trattate (o quanto meno non siano state trattate con il sufficiente approfondimento) nella fase preliminare svoltasi esclusivamente tra le parti e che appaiano al giudice rilevanti ai fini della decisione.

In sostanza, pertanto, se per l'ammissione delle prove ha contenuto *lato sensu* decisorio, il decreto di fissazione dell'udienza, sotto i profili illustrati, costituisce invece uno strumento attraverso cui il giudice «collabora» con le parti, indicando ai loro difensori gli aspetti della causa a suo avviso fondamentali e mettendoli quindi in grado di adottare le adeguate strategie.

È tuttavia da notare che tale collaborazione arriva in una fase nella quale le parti non possono ormai più modificare le proprie domande o eccezioni e tanto meno proporne di nuove. Né sono più ammesse nuove produzioni documentali o nuove richieste istruttorie[60]. Il contraddittorio suscitato dal giudice non po-

[59] In questo senso, innovando il precedente orientamento, v. Cass., 21 novembre 2001, n. 14637, in *Corr. giur.*, 2001, 17, in *Giust. civ.*, 2002, I, 1611, con nota di LUISO, e in *Giur. it.*, 2002, 1363, con nota di CHIARLONI.

L'opinione che le sentenze della terza via siano nulle è sempre stata prevalente in dottrina: v. MONTESANO e ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, I, 1, Padova, 2001, 348, e *ivi*, I, 2, 1112; CIVININI, *Poteri del giudice e poteri delle parti nel processo ordinario di cognizione. Rilievo officioso delle questioni e contraddittorio*, in *Foro it.*, 1999, V, 8; TARZIA, *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*, Milano, 1996, 85; ID., *Manuale del processo del lavoro*, Milano, 1999, 141; FERRI, *Sull'effettività del contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1988, 780-795; DENTI, *Questioni rilevabili di ufficio e contraddittorio*, in *Riv. dir. process.*, 1968, 271 ss. *Contra*, CHIARLONI, *Questioni rilevabili di ufficio, diritto di difesa e «formalismo delle garanzie»*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1987, 577 ss.

[60] RIVA CRUGNOLA, *op. cit.*, 787, part. nota 32, rileva come, sotto questo aspetto, il rito ordinario di cognizione si dimostri maggiormente flessibile, dal momento che le parti alle quali il giudice istruttore abbia indicato questioni rilevabili d'ufficio possono sempre chiedere i termini previsti

trebbe quindi dispiegarsi pienamente, restando precluso alle parti di modificare il *thema decidendum* e il *thema probandum* in relazione a quanto rilevato d'ufficio dal giudice.

Questo assetto, così come delineato, potrebbe sembrare incostituzionale, specie dopo che la legge cost. 23 novembre 1999, n. 2, ha modificato l'art. 111 Cost., enfatizzando la regola, già ricavabile dall'art. 24 Cost., secondo cui «ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti». Impedire alle parti di modulare le proprie domande, eccezioni e prove, in relazione a quanto il giudice faccia emergere proprio per stimolare il contraddittorio sembrerebbe infatti costituire una tanto inaccettabile quanto irragionevole compressione del diritto al contraddittorio che l'ordinamento riconosce alle parti. Ma a ben vedere, quanto rilevato d'ufficio dal giudice avrebbe potuto benissimo essere in precedenza discusso tra le parti, le quali avrebbero potuto costruirvi domande, eccezioni e prove. Sarebbe stato, anzi, doveroso, per le parti, non ignorare questioni la cui importanza ne giustifica la rilevabilità anche d'ufficio. In altre parole, la limitazione al diritto al contraddittorio non è censurabile in quanto discende dalla negligenza delle stesse parti. Ed il fatto che le parti siano incorse in preclusioni alla modifica del *thema decidendum* e del *thema probandum* a causa della loro negligenza impedisce di ipotizzare l'operatività del rimedio sistematico costituito dall'istituto della rimessione in termini per decadenza incolpevole ricavabile dall'art. 184 bis c.p.c., applicabile anche nel nuovo processo in virtù del rinvio alla disciplina del codice di procedura civile operato dal 4° co. dell'art. 1[61].

3.5. (Segue.) ... la convocazione delle parti e l'invito al deposito di memorie conclusionali

Infine, il decreto di fissazione dell'udienza, secondo la lett. d) del 3° co. dell'art. 12, deve contenere l'invito alle parti, ove appaia opportuno, a comparire per-

dagli artt. 183, ult. co., e 184 c.p.c. per modificare le domande e le eccezioni già proposte, nonché per produrre documenti e indicare nuovi mezzi di prova.

[61] Per l'applicabilità, nella fattispecie, dell'art. 184 bis c.p.c., v. invece RIVA CRUGNOLA, *op. cit.*, 788, secondo cui, per evitare limitazioni del principio del contraddittorio, «nell'ipotesi nella quale il decreto di fissazione dell'udienza contenga l'indicazione di questioni rilevabili d'ufficio, il giudice relatore dovrebbe anche assegnare alle parti termini per lo svolgimento di attività difensive per così dire *consequenziali* rispetto al rilievo d'ufficio». Nello stesso non condivisibile senso, invero «distruttivo» del principio di concentrazione che dovrebbe caratterizzare la fase *apud iudicem*, v. CARRATTA, *op. cit.*, 108, secondo cui «il maturare delle preclusioni, con l'istanza di fissazione dell'udienza, non pare essere pienamente coordinato con il potere di rilievo ufficioso che il giudice può esercitare con la pronuncia del decreto di fissazione dell'udienza (...). E dunque si dovrà pur ammettere una rimessione in termini (e la conseguente garanzia del preventivo contraddittorio) per le parti tutte le volte che il giudice eserciti, in sede di pronuncia del decreto di fissazione dell'udienza di trattazione, qualcuno dei poteri ufficiosi in tema, ad es., di rilevabilità di eccezioni in senso lato o di disponibilità di prove ufficiose». In particolare, sarebbe «indispensabile – anche alla luce del necessario rispetto della garanzia del diritto di difesa e del principio del contraddittorio – che in questi casi si debbano concedere alle parti i necessari termini per le eventuali repliche e controrepliche».

sonalmente all'udienza per l'interrogatorio libero e il tentativo di conciliazione, nonché, ove taluna di esse abbia dichiarato le condizioni alle quali sia disposta a conciliare, l'invito alle altre parti a prendere all'udienza esplicita posizione sulle stesse.

La comparizione personale delle parti non è pertanto obbligatoria, come invece avviene *ex* art. 183 c.p.c. nel processo ordinario di cognizione, ma viene disposta solo quando il giudice la ritenga effettivamente utile al fine di una possibile conciliazione ovvero al fine di conseguire chiarimenti in fatto dall'interrogatorio libero.

Il giudice è peraltro tenuto a convocare le parti quando una di esse abbia dichiarato, nell'istanza di fissazione dell'udienza o nella nota di precisazione delle conclusioni di cui all'art. 10, le condizioni alle quali sia disposta a conciliare. In questo caso, infatti, il decreto deve contenere l'invito alle altre parti a prendere all'udienza esplicita posizione sull'altrui offerta di conciliazione.

3.6. I provvedimenti di regolarizzazione della rappresentanza, rinnovazione della notifica della citazione e integrazione del contraddittorio

Può accadere che, studiando il fascicolo di causa per predisporre il decreto di fissazione dell'udienza, il giudice relatore si accorga di difetti di rappresentanza della parte, di vizi della notificazione della citazione quando il convenuto non si sia costituito o dell'esigenza dell'integrazione del contraddittorio.

Nel primo caso, riscontrata l'esigenza di regolarizzazione *ex* art. 182 c.p.c., il giudice, ai sensi del 6° co. dell'art. 12, assegna un termine non inferiore a trenta giorni e non superiore a sessanta per i necessari adempimenti e fissa l'udienza di discussione entro i successivi trenta giorni.

Nel secondo caso, dichiarata la nullità della notificazione della citazione, il giudice, ai sensi del 7° co. dell'art. 12, fissa all'attore un termine perentorio non superiore a sessanta giorni per la rinnovazione.

Nel terzo caso, che contempla tanto l'ipotesi dell'integrazione del contraddittorio *ex* art. 102 c.p.c nei confronti del litisconsorte necessario quanto l'ipotesi dell'integrazione del contraddittorio per motivi di opportunità *ex* art. 107 c.p.c. nei confronti dei terzi a cui il giudice ritenga comune la causa, il giudice, ai sensi dell'8° co. dell'art. 12, fissa un termine non inferiore a trenta giorni perché la parte più diligente provveda alla notificazione ai litisconsorti e ai terzi di tutti gli scritti difensivi già scambiati[62]. Il giu-

[62] Le conseguenze della mancata notificazione nel termine assegnato dal giudice deve ritenersi siano quelle previste, in generale, dal codice di rito e cioè l'estinzione del giudizio ai sensi degli artt. 102 e 307, 3° co., c.p.c., ovvero la cancellazione della causa dal ruolo ai sensi degli artt. 107 e 270, 2° co., c.p.c.

dice inoltre concede ai litisconsorti e ai terzi un successivo termine di un minimo di quaranta e un massimo di sessanta giorni per costituirsi, mediante deposito di memoria notificata alle altre parti, e ulteriori trenta giorni alle parti originarie per l'eventuale replica. Quindi il giudice dovrà fissare, con il decreto di cui all'art. 12, l'udienza davanti al collegio entro i successivi trenta giorni, evidentemente decorrenti dalla scadenza del termine per la replica[63], ma il presidente potrà, su istanza dei litisconsorti o dei terzi, concedere loro un termine non superiore a sessanta giorni per controreplicare, fissando l'udienza entro i successivi trenta giorni[64].

Naturalmente, i meccanismi illustrati non sono esenti da difetti, insiti nel fatto che il controllo del giudice sopravviene in un momento avanzato del procedimento.

In particolare, va rilevato che nei processi con pluralità di parti di cui solo una o solo alcune siano rimaste contumaci, il sistema dettato dal 7° co. dell'art. 12 potrà determinare un notevole spreco di attività processuale, poiché prima del momento in cui il giudice possa accertare la nullità della notifica (e disporre che il processo ricominci dall'inizio con la rinnovazione dell'atto di citazione) dovrà essersi tenuta tutta la fase preparatoria, con conseguente rischio di azzeramento dello scambio di memorie e contromemorie avvenuto tra le parti costituite.

Deve inoltre osservarsi come la soluzione escogitata per l'integrazione del contraddittorio penalizzi i soggetti coinvolti tardivamente nel processo *ex* artt. 102 o 107 c.p.c. Mentre infatti le altre parti processuali possono scambiarsi un numero indefinito di memorie, e decidere quando far scattare le preclusioni per sé e per gli altri notificando l'istanza di fissazione d'udienza, i litisconsorti necessari pretermessi e gli interventori *iussu iudicis* possono notificare una sola memoria difensiva, soggetta alla replica delle parti originarie, a cui si potrà controreplicare solo su autorizzazione del presidente.

3.7. Il deposito delle memorie conclusionali

Nel termine di almeno cinque giorni prima dell'udienza dinanzi al collegio, secondo l'invito che il giudice relatore è tenuto a formulare nel decreto di fissa-

[63] Così il parere reso dal C.S.M. sullo schema di decreto approvato dal Consiglio dei Ministri il 30 settembre 2002.

[64] La possibilità che il presidente conceda un termine per controreplica, non presente nel testo approvato dal Consiglio dei Ministri il 30 settembre 2002, è stata introdotta nel testo approvato dal Consiglio dei Ministri il 10 gennaio 2000 e poi pubblicato in Gazzetta Ufficiale, in accoglimento di un rilievo contenuto nel parere del C.S.M. sullo schema del 30 settembre 2002, dove si criticava che per i chiamati in causa per integrare il contraddittorio o per ordine del giudice non fosse previsto «un diritto di controreplica, così ampiamente riconosciuto alle parti originarie», suggerendo di «modulare in modo più ampio il diritto al contraddittorio dei soggetti originariamente pretermessi, e quindi esclusi dalla lunga fase preparatoria».

zione dell'udienza, le parti, ai sensi della lett. e) del 3° co. dell'art. 12, possono depositare memorie conclusionali.

In mancanza di diverse indicazioni, è da ritenere che tali memorie abbiano contenuto analogo a quello delle comparse conclusionali nel rito ordinario e cioè contengano il compiuto svolgimento delle difese in fatto e in diritto della parte.

Le memorie conclusionali costituiscono, in altre parole, progetti di motivazione (laddove l'istanza di fissazione dell'udienza e la nota di precisazione delle conclusioni di cui all'art. 10 costituiscono altrettanti, contrapposti, progetti di dispositivo) che le parti sottopongono al tribunale nella speranza che questo ne tragga ispirazione nel redigere la sentenza.

Le differenze rispetto alle comparse conclusionali del rito ordinario sono però, per altro verso, notevoli.

Intanto, il contenuto delle memorie conclusionali di cui all'art. 12, 3° co., lett. e), diversamente dal contenuto delle comparse conclusionali, può essere, almeno in parte, suggerito dal giudice, posto che quest'ultimo può indicare alle parti, con il decreto di fissazione dell'udienza, le questioni a suo avviso bisognose di trattazione e quindi da sviluppare in memoria.

In secondo luogo, poi, le memorie conclusionali previste dal d.lgs. 5/2003 non possono tener conto degli esiti dell'eventuale istruzione e di tutta la fase svolta dinanzi al giudice, che al momento del deposito delle stesse deve ancora tenersi.

4. Rito contumaciale (art. 13)

4.1. La contumacia dell'attore

Il d.lgs. 5/2003 contiene inoltre una articolata disciplina della contumacia, tanto dell'attore quanto del convenuto (per il quale in verità, come si vedrà tra poco, dovrebbe semmai parlarsi di mancata o tardiva contestazione) , che può rilevare sia ai fini dell'estinzione del processo sia ai fini dell'ammissione dei fatti posti a fondamento delle domande.

In particolare, ai sensi del 1° co. dell'art. 13, se l'attore non si costituisce nel termine di cui all'art. 3 e quindi, secondo l'ipotesi generale, entro dieci giorni dalla notificazione della citazione, il convenuto, costituendosi nel termine a lui assegnato a norma dell'art. 5, 1° co., può, nella comparsa di risposta, eccepire l'estinzione del processo e depositare istanza di fissazione dell'udienza.

Il convenuto può però decidere di coltivare il processo anche nella contumacia dell'attore.

Questa facoltà viene riconosciuta dall'ultima parte del 1° co. dell'art. 13, secondo cui, se non eccepisce l'estinzione del processo, il convenuto procede a norma dell'art. 4, 2° co., notificando all'attore comparsa di risposta in cui fissa a quest'ultimo un termine per l'eventuale replica.

4.2. La «contumacia» del convenuto: l'effetto di *ficta confessio*

Quanto alla contumacia del convenuto, essa, come viene esposto nei lavori preparatori, determina che il giudice debba, sulla base di ciò solo, ritenere ammessi i fatti costitutivi della domanda dell'attore.

In realtà, nonostante il riferimento alla «contumacia del convenuto» contenuto nella rubrica dell'art. 13, la conseguenza della *ficta confessio*, che costituisce uno dei punti qualificanti anche del progetto di riforma globale del codice di rito elaborato dalla Commissione Vaccarella[65], non è ricollegata alla contumacia del convenuto, intesa come mancata o intempestiva costituzione in cancelleria ai sensi dell'art. 5, bensì alla circostanza che il convenuto non riesca a notificare tempestivamente la comparsa di risposta o non notifichi affatto una comparsa di risposta (per sua scelta a causa del vizio di inesistenza in cui sia incorsa la notifica)[66].

Il 2° co. dell'art. 13 prende infatti in esame il caso in cui il convenuto non notifichi la comparsa di risposta o la notifichi tardivamente, scaduto il termine fissato a norma dell'art. 2, 2° co., lett. c), ovvero dell'art. 3, 2° co., a nulla rilevando se questi si sia costituito o se, nel costituirsi, abbia rispettato o ecceduto il termine, indicato dall'art. 5, dei dieci giorni successivi alla notifica della comparsa di risposta.

Naturalmente è possibile ipotizzare che il convenuto non sia riuscito a notificare tempestivamente la propria comparsa di risposta, riuscendo invece a costituirsi in tempo in cancelleria senza oltrepassare il limite dei dieci giorni dalla notifica di quest'ultima. La tempestiva costituzione però non impedisce il dispiegarsi degli effetti della *ficta confessio*, che, come già accennato, la legge ricollega al diverso fenomeno della mancata o tardiva notificazione della comparsa di risposta[67]. E viceversa, quando il convenuto, dopo aver

---

[65] In proposito, il punto 23) della proposta presentata alla stampa il 12 luglio 2002 dalla Commissione Vaccarella suggerisce di «prevedere che, nel caso di contumacia della parte convenuta, il giudice ritenga ammessi i fatti costitutivi della domanda ed emetta un'immediata ordinanza di condanna esecutiva a seguito di valutazione della concludenza della domanda previo eventualmente, ove il *quantum* non sia adeguatamente documentato, deferimento del giuramento suppletorio o estimatorio, penalmente sanzionato; prevedere l'appellabilità dell'ordinanza con potere di inibitoria del giudice d'appello ove l'appellante fornisca prova scritta o di pronta soluzione» e di «prevedere che, nel caso di contumacia erroneamente dichiarata, l'inibitoria possa essere negata dal giudice di appello solo se la domanda dell'attore è assistita dalle prove documentali che giustificherebbero la immediata esecutività del decreto ingiuntivo». Queste indicazioni sono oggi contenute nell'art. 23 del d.d.l. delega C. 4578/XIV, che, in aggiunta, ha avuto cura di precisare che la contumacia potrà portare all'ammissione dei fatti costitutivi della domanda in quanto essa sia «relativa a diritti disponibili».

[66] L'improprietà della terminologia dal legislatore è rilevata anche da VULLO, *op. cit.*, 555.

[67] Nel senso che gli effetti della *ficta confessio* non sono collegati alla mancata o alla tardiva costituzione in giudizio, ma alla mancata o alla tardiva notifica della comparsa di risposta, v. anche COSTANTINO, *op. cit.*, 421 s., secondo cui per evitare il rischio di incorrere nelle gravi conseguenze di cui al 2° co. dell'art. 13, buone regole di prudenza suggeriranno al convenuto di non avvalersi delle

tempestivamente notificato la comparsa di risposta, ometta o ritardi la propria costituzione in cancelleria, non potrà ritenersi che i fatti posti dall'attore a fondamento della propria domanda siano per questo ammessi[68].

Ma andando per ordine, a fronte dell'omessa o tardiva notificazione della comparsa di risposta, l'attore tempestivamente costituitosi ha due possibilità.

Può notificare al convenuto una nuova memoria a norma dell'art. 6, il che però dovrebbe avvenire di rado, dal momento che a fronte di una mancata risposta del convenuto non si comprende a cosa dovrebbe replicare l'attore.

Oppure, previa una notifica all'altra parte, può depositare l'istanza di fissazione dell'udienza.

In quest'ultimo caso, come stabilisce l'ultima parte del 2° co. dell'art. 13, i fatti affermati dall'attore, anche quando il convenuto abbia tardivamente notificato la comparsa di risposta[69], si intendono non contestati e il tribunale decide valutando la concludenza della domanda, e cioè se i fatti, così come allegati dall'attore e dati per esistenti in virtù della contumacia della controparte, sono sussumibili in una fattispecie astratta, da cui scaturisca il diritto fatto valere[70]. Il giudice dovrà pertanto limitarsi a verificare che dai fatti allegati possa logicamente scaturire, applicandole norme sostanziali di legge, l'accoglimento della domanda proposta.

Non necessariamente, però, ciò comporta l'accoglimento della domanda dell'attore, che potrà essere eventualmente rigettata sulla base di eccezioni rilevabili d'ufficio risultanti dagli atti di causa o qualora i fatti allegati non rientrino nella fattispecie legale invocata[71], ma quasi sempre accadrà che alla mancata o tardiva contestazione consegua la soccombenza del convenuto.

Si tratta una conseguenza assai grave e sorprende come una disciplina così

---

notificazioni con mezzi tecnologici o formalità semplificate consentite dall'art. 17, che potrebbero far insorgere questioni relative alla prova della avvenuta tempestiva ricezione dell'atto da parte dell'attore.

[68] Così BALENA, *op. cit.*, 2207.

[69] Originariamente il d.lgs. 5/2003 stabiliva che i fatti affermati dall'attore sarebbe stati considerati non contestati «anche quando il convenuto si sia tardivamente costituito». Ma evidentemente il legislatore intendeva scrivere «anche quando il convenuto abbia tardivamente notificato la comparsa di costituzione», come poi il decreto di coordinamento e di modifica ha avuto cura di correggere. Del resto, anche se il legislatore non avesse provveduto a rettificare il 2° co. dell'art. 13, un'interpretazione correttiva del testo della disposizione sarebbe stata l'unica sensata. In proposito, BALENA, *op. loc. cit.*, affermava che l'inciso «anche quando il convenuto si sia tardivamente costituito», di cui al 2° co. dell'art. 13, «per la sua collocazione nel testo normativo, non sembra voler alludere ad una seconda fattispecie, diversa da quella menzionata nella parte iniziale del comma in esame («se il convenuto non notifica...»), bensì serve a chiarire che, se non è stato rispettato il termine per la comparsa di risposta, la costituzione del convenuto deve reputarsi comunque tardiva e non evita la conseguenza della legale "non contestazione" delle allegazioni avverse».

[70] In questo modo le note illustrative al punto 23) del progetto Vaccarella, ora recipito nell'art. 23 del d.d.l. delega C. 4578/XIV, spiegano il concetto di «concludenza».

[71] Così VULLO, *op. cit.*, 556.

innovativa[72] e così severa per il convenuto quale quella illustrata sia stata introdotta nonostante l'assenza di una specifica delega[73].

Evidentemente il legislatore delegato considerava della massima importanza quanto espresso nelle note illustrative del progetto «Vaccarella» e cioè che «se una parte manifesta la volontà di disinteressarsi dell'esito del processo non vi è nessuna ragione di costringere l'altra parte a sostenere un'istruttoria, che costa denaro ed allunga i tempi del processo»[74].

In sostanza, al modello vigente nel rito ordinario, secondo cui chi propone la domanda deve comunque provare i fatti costitutivi della stessa anche se la controparte resta contumace, «può farsi la critica di essere più realista del re, in quanto impone il compimento di attività, anche quando una delle parti ha manifestato la propria indifferenza per l'esito del processo»[75]. Le ragioni di rapidità ed efficacia nella definizione delle controversie societarie, che in base al 1° co. dell'art. 12 della legge delega debbono costituire il generale criterio direttivo al quale improntare la legislazione delegata, imporrebbero dunque che l'attore non resti onerato di una istruttoria, probabilmente lunga e costosa, di fronte alla volontà del convenuto di disinteressarsi dell'esito del processo.

Il rigore dell'esposto regime della contumacia del convenuto viene peraltro temperato dalla possibilità per il giudice di disporre il giuramento suppletorio[76]

---

[72] VULLO, *op. cit.*, 555 s., parla di «vistosa soluzione di continuità con il passato» e di «principio assolutamente nuovo per il nostro ordinamento». Ed in effetti, solo l'istituto della non contestazione dei fatti allegati dall'attore, ricavato dagli artt. 167 e 416 c.p.c., che, nel processo ordinario di cognizione e nel processo del lavoro, accollano al convenuto l'onere di prendere posizione sui fatti posti a fondamento della domanda attorea, appare simile alla *ficta confessio* prevista dal 2° co. dell'art. 13. Tuttavia, diversamente dalla *ficta confessio* di cui al 2° co. dell'art. 13, l'istituto della non contestazione *ex* artt. 167 e 416 c.p.c. non opera in relazione ai processi contumaciali e inoltre ammette che la contestazione possa avvenire anche in un momento successivo rispetto a quello fissato dalla legge per la tempestiva costituzione del convenuto (la contestazione non potrà comunque validamente avvenire dopo che si sia definitivamente formato il *thema decidendum* e cioè dopo la scadenza del termine *ex* artt. 183, 5° co., o 420, 1° co., c.p.c., per la modifica di domande eccezioni e conclusioni già formulate: per una panoramica sull'ultima giurisprudenza, indirizzatasi nel senso descritto, cfr. Cass., 3 febbraio 2003, n. 1562, e Cass., 15 gennaio 2003, n. 1562, entrambe in *Foro it.*, 2003, I, 1454, con osservaz. di DALFINO; Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2002, n. 761, in *Foro it.*, 2003, 604, con nota di PROTO PISANI, e in *Foro it.*, 2002, 2019, con nota di CEA).

[73] Lo nota il parere del C.S.M. allo schema di decreto approvato dal Consiglio dei Ministri del 30 settembre 2002, che, pur considerando auspicabile l'introduzione di un rito contumaciale semplificato, rileva come sul punto il legislatore sia incorso in un eccesso di delega. Problemi di eccesso di delega sono rilevati anche da PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo societario*, cit., 11, che pure ritiene opportuna una cauta introduzione della *ficta confessio.*

[74] Note illustrative al punto 23) del progetto Vaccarella, adesso art. 23 del d.d.l. delega C. 4578/XIV.

[75] *Ibidem*.

[76] Per la proposta, non recepita dal Governo, di volgere da discrezionale in obbligatorio il deferimento del giuramento all'attore, v. il parere approvato il 22 gennaio 2004 dalle commissioni Giustizia e Finanze del Senato, relativo allo schema del Decreto di coordinamento e modifica.

e di rimettere in termini la parte che abbia tardivamente notificato la comparsa di risposta.

Il giudice può sempre, infatti, ai sensi dell'ultima parte del 2° co. dell'art. 13, deferire all'attore[77] il giuramento suppletorio, eventualmente nella specie del giuramento estimatorio. Ciò avverrà qualora la quantificazione della somma o più in generale della prestazione, oggetto della domanda, sia ritenuta dal giudice non del tutto attendibile[78].

Inoltre, ai sensi del 5° co. dell'art. 13, nel decreto di fissazione dell'udienza il giudice, valutata ogni circostanza, può rimettere in termini «la parte che da irregolarità procedimentali abbia risentito pregiudizio nel suo diritto di difesa». Ed è questo, volendo aderire all'interpretazione più largheggiante del 5° co. dell'art. 13, il caso del convenuto che, per l'appunto, non abbia tempestivamente notificato la comparsa di risposta, il quale da un lato incorre in una «irregolarità procedimentale», non avendo rispettato i termini fissati dall'attore per la notifica, e dall'altro subisce un «grave pregiudizio al diritto di difesa», perché i fatti allegati dall'attore, essendo considerati ammessi, possono essere posti a fondamento della decisione anche se non sono provati.

4.3. (Segue.) ... questioni relative alla riconvenzionale, all'indisponibilità dei diritti, ai riflessi sul grado di appello e al possibile abuso dell'istituto

La disciplina della *ficta confessio* di cui all'art. 12, oltre ai problemi interpretativi suscitati dalla confusione che sembra essere stata operata tra la tardività della notificazione della comparsa e la tardività della costituzione, su cui ci si è in precedenza soffermati, presenta altre gravi difficoltà di ricostruzione.

Innanzitutto, ci si può chiedere cosa avvenga se l'attore non replica tempestivamente alla domanda proposta dal convenuto, in via di riconvenzione, nella comparsa di costituzione e risposta.

Nulla prevede il legislatore al riguardo, ma sembra chiaro che per l'attore convenuto in riconvenzione il regime degli effetti della mancata contestazione debba essere il medesimo che per il convenuto vero e proprio. Qualora poi si ritenesse che, nell'assenza di appigli testuali, l'interpretazione estensiva del 2° co. dell'art. 13 non sia consentita, non resterebbe che rilevare l'incostituzionalità della norma nella parte in cui non prevede espressamente l'ammissione dei fatti non contestati con la replica tempestiva alla domanda riconvenzionale.

---

[77] Non è previsto ed è quindi da escludere che il giuramento possa essere deferito al convenuto, anziché all'attore. La ragione di questo diverso trattamento è probabilmente da cercare nel fatto che è più agevole chiamare a giurare una parte costituita. Forse sarebbe stato però meglio lasciare alla discrezionalità del giudice decidere se deferire il giuramento suppletorio all'attore o deferirlo, con atto notificato a mezzo di ufficiale giudiziario, al convenuto (il che parrebbe opportuno specie quando la domanda, più che «non del tutto attendibile», appaia manifestamente infondata).

[78] Così le note illustrative ricordate in precedenza.

In secondo luogo, ci si può domandare se la regola della *ficta confessio* possa operare quando il processo abbia ad oggetto diritti indisponibili.

Sul punto, il d.lgs. 5/2003 non si esprime, ma la risposta negativa non pare possa essere messa in dubbio[79]. Se il diritto non è disponibile, non solo non sono ammesse forme dirette di disposizione dello stesso, come può essere la disposizione operata in una conciliazione, ma non sono ammesse nemmeno forme indirette di disposizione, quale potrebbe essere quella operata mediante la confessione o la mancata contestazione *ex* art. 12, 2° co., dei fatti posti a fondamento di un'altrui domanda giudiziale[80].

In terzo luogo, pare interessante analizzare i riflessi della *ficta confessio* sul giudizio di appello.

Bisogna, al riguardo distinguere l'ipotesi in cui in primo grado il convenuto sia rimasto volontariamente contumace dall'ipotesi in cui la contumacia sia stata involontaria.

Nel caso in cui l'appello venga proposto da chi si è volontariamente disinteressato al processo di primo grado, la circostanza che la sentenza di prime cure si sia fondata su fatti non provati ma semplicemente allegati dall'attore non comporta che questi sia tenuto a fornire la prova in grado di appello. È infatti corretto ritenere che la tardiva attivazione del convenuto non determini a carico dell'attore vittorioso in primo grado l'onere di provare i fatti posti a fondamento delle proprie domande. Sarà semmai l'appellante a dover provare che quanto ratificato nella sentenza di primo grado non corrisponda al vero, così da poter ottenere la riforma della sentenza impugnata. Certo, questo obiettivo si dimostrerà una missione quasi sempre impossibile, posto che, in forza del rinvio operato dal 2° co. dell'art. 20 agli artt. 341 ss. c.p.c., nel giudizio di appello deve ritenersi operante il divieto di prove nuove sancito all'art. 345 c.p.c.[81]. Ma ciò dimostra soltanto che rispondere per tempo alla citazione avversaria, senza cadere nella trappola della *ficta confessio*, è di cruciale importanza.

Nell'altro caso, ossia quando il convenuto sia rimasto contumace per motivi indipendenti dalla propria volontà, il che avviene quando non si abbia avuto il perfezionamento una valida notificazione dell'atto di citazione, la situazione è

[79] Tant'è che nell'art. 23 del d.d.l. delega C. 4578/XIV, ad integrazione e chiarimento di quanto originariamente previsto nel punto 23) della proposta presentata alla stampa il 12 luglio 2002 dalla Commissione Vaccarella, si è stabilito che dalla contumacia potrà conseguire l'ammissione dei fatti costitutivi della domanda solo quando la domanda stessa sia «relativa a diritti disponibili».

[80] Pur dovendosi censurare la cattiva tecnica di redazione del testo legislativo, non pare dunque che la «grave pecca» di non aver espressamente limitato la *ficta confessio* ai soli processi relativi a diritti disponibili, lamentata da Proto Pisani, *La nuova disciplina del processo societario*, cit., 11, possa avere conseguenze pratiche.

[81] In assenza di indicazioni del legislatore delegante, il Governo ha ritenuto di non poter ripristinare il sistema del c.d. appello aperto, abolito dalla Novella del 1990, la cui reintroduzione viene auspicata, ferma restando la sola preclusione a nuove domande, alla lett. f) del punto 32) della proposta di riforma globale del codice di procedura civile elaborata dalla Commissione Vaccarella ed ora alla lett. f) dell'art. 30 del d.d.l. delega C. 4578/XIV.

diversa. Nell'accogliere l'appello, il giudice dovrà dichiarare nulla la notificazione della citazione introduttiva e, in applicazione del 1° co. dell'art. 354 c.p.c., dovrà rimettere la causa al primo giudice. È da immaginare che la fondatezza delle ragioni sulla base delle quali venga dedotta la nullità della notificazione della citazione introduttiva integri la condizione dei gravi motivi richiesti dall'art. 283 c.p.c. per concedere l'inibitoria in appello all'esecuzione provvisoria della sentenza di primo grado assunta *ex* art. 12, 2° co.

Naturalmente, poi, il contumace involontario, quando il giudizio di primo grado non risulti ancora concluso, potrà chiedere la rimessione in termini *ex* art. 294 c.p.c. e la conseguente inoperatività delle nuove norme sulla *ficta confessio*, dimostrando che la nullità della citazione o della sua notificazione gli ha impedito di avere conoscenza del processo o che la costituzione è stata impedita da causa a lui non imputabile[82].

Infine, si è osservato che la disciplina della *ficta confessio* presenta l'inconveniente di obbligare, anche di fronte ad una domanda palesemente infondata e magari inverosimile, il convenuto a costituirsi in giudizio pure quando l'attore sia nullatenente (o una società in liquidazione) con la certezza di dover sopportare le proprie spese processuali, che non potranno mai essere recuperate[83]. Ciò potrebbe dar luogo a fenomeni di abuso del processo che sarebbe stato opportuno scoraggiare, consentendo al giudice di rigettare la domanda, nonostante la sua concludenza e la mancata costituzione del convenuto, quando essa appaia manifestamente infondata[84].

5. Interventi (artt. 14-15)

5.1. L'intervento volontario: principale o adesivo autonomo

Quanto alla materia dell'intervento volontario in causa, il d.lgs. 5/2003, analogamente, anche in questo caso, a quanto prefigurato nel progetto della Commissione Vaccarella, limita lo spazio temporale per l'esercizio della relativa facoltà ed opera alcuni interventi razionalizzatori, distinguendo tra le due categorie di intervento di cui, rispettivamente, al 1° e al 2° co. dell'art. 105 c.p.c.[85].

---

[82] In questo senso, cfr. anche VULLO, *op. cit.*, 556.

[83] COSÌ DIDONE, *Risorge la* matricula mercatorum*, il rito speciale per le società*, in *Dir. e Giust.*, 1° febbraio 2003, n. 4, 52, ora *Appunti sul nuovo processo societario di cognizione (con l'ausilio del «commento anticipato» del Mortara e del Ricci)*, in *Giur. it.*, 2003, 1980.

[84] O, quanto meno, si sarebbe potuto prevedere che in tali casi il giudice possa deferire il giuramento suppletorio, anziché all'attore, al convenuto, a cui l'invito a giurare dovrebbe essere notificato a mezzo di ufficiale giudiziario.

[85] Il punto 12) della proposta elaborata dalla Commissione Vaccarella, riprodotto all'art. 13 del d.d.l. delega C. 4578/XIV, suggerisce il criterio direttivo di «razionalizzare la disciplina dell'intervento prevedendo in particolare la delimitazione del tempo dell'intervento principale e adesivo autonomo e il potere del giudice di estromettere il terzo in ipotesi di intervento inammissibile,

Nell'art. 14 viene regolamentato l'intervento principale e quello adesivo autonomo, le cui nozioni sono ricavabili dal 1° co. dell'art. 105 c.p.c.

Nell'art. 15 si trova invece la disciplina dell'intervento adesivo dipendente, definito dal 2° co. del medesimo art. 105.

L'intervento volontario principale è l'intervento di chi intenda far valere un proprio diritto, relativo all'oggetto o al titolo dedotto nel processo già pendente, nei confronti di tutte le parti in causa. In tale ipotesi, l'interveniente principale si afferma titolare di un diritto proprio in contrasto sia con l'attore sia con il convenuto.

Pure nell'intervento volontario adesivo autonomo, detto anche litisconsortile, l'interveniente si afferma titolare di un diritto proprio e questo diritto deve essere connesso per il *petitum* o per la *causa petendi* con quello che costituisce oggetto del processo già pendente. Solo che il terzo fa valere il suo diritto in confronto non di tutte ma esclusivamente di alcune delle parti[86].

Per i due tipi di intervento appena descritti, ossia per l'intervento principale e per quello litisconsortile, il 1° co. dell'art. 14 detta una stringente limitazione temporale all'esercizio della relativa facoltà da parte del terzo, tanto da rendere in pratica molto difficile intervenire[87].

Secondo il nuovo rito, infatti, salvo che sia effettuato per l'integrazione necessaria del contraddittorio, ovvero *ex* art. 107 c.p.c., su ordine del giudice quando questi ritenga opportuno che il processo si svolga in confronto di un terzo al quale la causa è comune, l'intervento di terzi a norma dell'art. 105, 1° co., c.p.c. non può aver luogo oltre il termine previsto per la notifica da parte del convenuto della comparsa di risposta.

Evidentemente, il legislatore della riforma si è ispirato alla previsione, operante nel processo del lavoro, di cui al 1° co. dell'art. 419 c.p.c., in base alla quale, l'intervento volontario del terzo (a differenza che nel processo ordinario di cognizione, dove può avvenire *ex* art. 268 c.p.c. sino alla precisazione delle conclusioni salva la preclusione al compimento degli atti non più consentiti alle al-

---

con ordinanza ricorribile al collegio con le modalità dell'attuale reclamo cautelare; concedere all'interventore adesivo dipendente il potere di impugnare la sentenza; prevedere il potere del convenuto di chiamare in causa il garante o il vero legittimato passivo ovvero il terzo che potrebbe proporre intervento volontario, con conseguente facoltà per l'attore di estendere a costoro la sua domanda; previsione del potere del giudice di ordinare la denuncia della lite ai terzi che potrebbero intervenire volontariamente, e di dichiarare d'ufficio l'estinzione del processo nel caso di mancata denuncia della lite al titolare di un diritto dipendente da quello dedotto in giudizio che sarebbe legittimato all'opposizione di terzo revocatoria».

[86] Esempi caratteristici di intervento adesivo autonomo si hanno nel caso di chi intervenga in un processo, in cui una parte agisce per il risarcimento del danno, sostenendo che anch'egli è stato danneggiato dal medesimo fatto illecito; nel caso del concreditore solidale che intervenga a fianco degli altri concreditori per far valere il suo credito parziario nei confronti del debitore; nel caso del socio che intervenga a fianco di altri soci i quali abbiano impugnato una delibera assembleare ritenuta invalida per ottenerne l'annullamento.

[87] Consolo, *Esercizi imminenti sul c.p.c.: metodi asistematici e penombre*, in *Corr. giur.*, 2002, 1543, parla di «sostanziale cancellazione degli interventi principale e litisconsortile».

tre parti) non può aver luogo oltre il termine stabilito per la costituzione del convenuto[88].

Simile dev'essere anche la finalità perseguita, che è quella di assicurare la concentrazione del processo.

Per raggiungere tale obiettivo si sconta il rischio che il terzo, il quale non abbia potuto intervenire tempestivamente, intenti un altro processo i cui risultati entrino in contraddizione con quelli del processo a cui non abbia potuto partecipare (e che a causa della sua mancata partecipazione, non ha potuto produrre effetti di giudicato nei suoi confronti).

Riguardo alle modalità dell'intervento principale o adesivo autonomo, il 2° co. dell'art. 14 stabilisce che il terzo deve costituirsi a norma dell'art. 5, 1° co., fissando alle altre parti un termine per la replica non inferiore a trenta e non superiore a novanta giorni dalla notificazione della comparsa di intervento.

Relativamente poi alla contestazione circa l'ammissibilità dell'intervento, tanto sotto l'aspetto della ricorrenza delle ipotesi che legittimano l'intervento volontario quanto sotto il profilo della sua tempestività, il 3° co. dell'art. 14 dispone che ciascuna delle parti originarie, con propria memoria, può proporre istanza di fissazione dell'udienza affinché venga decisa la questione dell'ammissibilità dell'intervento. Sul punto, il giudice pronuncia ordinanza (non sentenza), in quanto l'eventuale estromissione del terzo intervenuto inammissibil-

---

[88] Secondo una corrente interpretativa, a seguito della Novella del 1990, una analoga preclusione vale, quanto all'intervento volontario principale e a quello adesivo autonomo, anche nel processo ordinario di cognizione. Si è infatti rilevato, ad es. ad opera di Trib. Monza, 12 settembre 1998, in *Corr. giur.*, 2000, 227, con commento di ROMANO, che, poiché il terzo interveniente volontario accetta la lite nello stato e nei termini maturati al momento dell'intervento, l'intervento principale e quello adesivo autonomo, che implicano l'introduzione nella causa di nuove domande, non sono più consentiti una volta che siano maturate le preclusioni alla proposizione di nuove domande (nel medesimo senso v., tra gli altri, Trib. Monza, 9 febbraio 2001, in *Giur. merito*, 2003, 29; Giudice di pace S. Anastasia, 16 giugno 2001, in *Giur. merito*, 2002, 404; Trib. Torino, 7 giugno 2000, *ivi*, 2001, 27; Giudice di pace S. Anastasia, 13 febbraio 1999, in *Giur. merito*, 1999, 755; Trib. Milano, 29 ottobre 1998, in *Giur. merito*, 1999, 754; Trib. Roma, 17 febbraio 1998, in *Giust. civ.*, 1999, I, 3471, con nota di VERDE).

Sul punto è però intervenuta Cass., 14 maggio 1999, n. 4771, in *Mass. Giur. it.*, 1999, 568, e in *Giur. it.*, 2000, 1182, stando a cui, dal momento che la formulazione della domanda nuova costituisce l'essenza stessa dell'intervento principale e litisconsortile, il divieto di proporre domande nuove dopo la scadenza del termine per il deposito della comparsa di costituzione e risposta, che vincola le parti originarie, non opera per il terzo interveniente (nella scia della Suprema Corte, v. Trib. Palermo, 30 marzo 2002, in *Giur. merito*, 2002, 979; Trib. Cassino, 26 luglio 2001, in *Gius*, 2002, 1084; Trib. Roma, 14 giugno 2001, in *Rass. avv. stato*, 2001, II, 205, con nota di VOLPE; Trib. Napoli, 9 febbraio 2001, in *Giur. merito*, 2003, 29; Trib. Roma, 21 gennaio 2000, in *Giur. romana*, 2000, 451).

In argomento la dottrina è divisa. Nonostante il contrario avviso della Cassazione una parte consistente ritiene che oggi l'intervento principale e quello litisconsortile, comportando la proposizione di una domanda nuova da parte del terzo, non siano più ammissibili una volta scaduto il termine per la costituzione del convenuto, di cui all'art. 166 c.p.c., in analogia con quanto previsto, per il processo del lavoro, dall'art. 419 c.p.c. Decorso il termine per la costituzione, e sino alla precisazione delle conclusioni, a parere di questa dottrina è consentito solo l'intervento adesivo dipendente che non implica la proposizione di nuove domande.

mente non pregiudica la tutelabilità, in separata sede, del diritto da questi fatto valere. Tale ordinanza è reclamabile nelle forme dell'art. 669 terdecies c.p.c. e nel termine perentorio di dieci giorni dalla sua comunicazione[89].

Se invece l'istanza di fissazione dell'udienza non viene proposta, continua il 3° co. dell'art. 14, il terzo intervenuto riceve un termine, non inferiore a trenta giorni, perché provveda alla notificazione di una sua memoria. In quest'ultimo caso il terzo, se non procede alla notifica dell'istanza di fissazione dell'udienza, con la propria memoria fissa alle altre parti un termine non inferiore a venti giorni e non superiore a sessanta per una ulteriore replica.

5.2. (Segue.) ... e adesivo dipendente

Come si accennava, la disciplina dell'intervento adesivo dipendente, contenuta all'art. 15, è differente.

L'intervento volontario adesivo dipendente, o adesivo *tout court*, consiste nell'intervento di chi, senza far valere un proprio diritto, si limita ad appoggiare la domanda di una parte, in ragione dell'interesse che egli ha alla vittoria di questa. Con altre parole, riprendendo il testo del 2° co. dell'art. 105 c.p.c. e dell'art. 15, l'intervento adesivo *tout court* o adesivo dipendente è quello di chi interviene non per far valere un proprio diritto, ma esclusivamente per sostenere le ragioni di alcune delle parti, sempre che ne abbia un proprio interesse.

Sulla natura dell'interesse ad intervenire in via adesivo dipendente per far valere un diritto altrui, si appuntano i maggiori problemi. In proposito, si è detto che l'interesse dell'interveniente adesivo dipendente consiste nella aspettativa di un vantaggio che egli può ripromettersi dall'accoglimento della domanda della parte adiuvata. Questo vantaggio discenderebbe dalla particolare posizione di diritto sostanziale riconosciuta in capo all'interveniente, che dipenderebbe da quella della parte adiuvata[90].

Proprio perché si limita a sostenere la posizione dell'adiuvato, chi intervenga in via adesiva dipendente, a differenza di quanto avviene con l'intervento principale o adesivo autonomo, non propone domande proprie ma chiede che siano accolte le conclusioni della parte adiuvata.

In considerazione di ciò, il legislatore delegato non ha previsto alcuna scadenza per l'intervento adesivo dipendente.

La logica è stata quella di limitare temporalmente l'ammissibilità dell'intervento quando il terzo introduce nel processo una domanda nuova, la cui

---

[89] La previsione è coerente con quella di cui al 5° co. dell'art. 23, secondo cui, in materia societaria, finanziaria e bancaria, il termine per il reclamo a norma dell'art. 669 terdecies c.p.c. è perentorio ed è di dieci giorni dalla comunicazione del provvedimento.

[90] Così, ad es., nella causa promossa dal creditore nei confronti di un condebitore solidale, gli altri condebitori solidali avranno interesse a sostenere le ragioni del condebitore convenuto, per non dover poi rispondere a titolo di regresso.

trattazione (possibile in altro giudizio) ritarderebbe la definizione del giudizio tra le parti originarie, e di escludere tale limitazione quando il terzo non introduce alcuna novità all'oggetto della causa, ma si limita a sostenere, attraverso la difesa del diritto di una delle parti originarie, un proprio interesse.

Il 1° co. dell'art. 15 quindi dispone che colui il quale, avendovi interesse, vuole sostenere le ragioni di alcuna delle parti, può intervenire fino al deposito dell'istanza di fissazione dell'udienza.

L'interveniente, continua il 1° co. dell'art. 15, ricalcando l'art. 268 c.p.c., non può però compiere atti che, al momento dell'intervento, non sono più consentiti alle parti originarie. Tale regola trova peraltro deroga quando il terzo deduca il dolo o la collusione delle parti in suo danno. In tale caso, precisa la norma, il giudice, ove ritenga fondata la deduzione, lo rimette in termini provvedendo a norma dell'art. 13, 5° co.

Per intervenire, specifica il 3° co. dell'art. 15, il terzo deve costituirsi in giudizio depositando in cancelleria una comparsa notificata alle altre parti, con i documenti che offre in comunicazione.

Infine, al 2° co. dell'art. 15, il legislatore attribuisce al terzo intervenuto a titolo di intervento adesivo dipendente una autonoma legittimazione ad impugnare la sentenza. In tal modo, l'interventore adesivo dipendente si è visto riconoscere espressamente il potere di impugnare la sentenza anche quando la parte adiuvata non vi provveda, potere che la giurisprudenza formatasi con riferimento al codice di procedura civile gli avrebbe negato[91].

Interessante è al riguardo notare che in questo modo, nei procedimenti di impugnazione delle delibere assembleari, la legittimazione a proporre appello o ricorso in Cassazione viene riconosciuta al socio assente o dissenziente per il semplice fatto che questi intervenga nel giudizio tempestivamente intentato da altri, a prescindere tanto dalla circostanza che l'interveniente abbia, a suo tempo, lasciato decorrere i termini per opporsi alla delibera invalida, quanto dalla circostanza che gli originari attori abbiano rinunciato a coltivare nei vari gradi il giudizio. In passato, la giurisprudenza avrebbe impedito che un socio decaduto dal potere di agire per l'annullamento della delibera potesse indipendentemente impugnare la sentenza di primo grado o d'appello. L'intervento di tale socio sarebbe infatti stato qualificato come intervento adesivo dipendente e gli sarebbe stato consentito di appellare o ricorrere in Cassazione esclusivamente nell'ipotesi in cui questa scelta fosse stata operata anche dalla parte adiuvata. Né vi potevano essere dubbi sulla natura adesiva dipendente dell'intervento: se ha lasciato decorrere i termini per agire *ex* art. 2378 c.c. contro la delibera assembleare, il socio

[91] Nel senso che l'interventore adesivo dipendente *ex* art. 105, 2° co., c.p.c. non è legittimato, come tale, a proporre autonoma impugnazione contro la sentenza sfavorevole alla parte da lui adiuvata, ma può solo aderire all'impugnazione di quest'ultima o impugnare congiuntamente ad essa, v., tra le molte, Cass., 23 ottobre 2001, n. 13000, in *Mass. Giur. it.*, 2001, 1053, e in *Giust. civ.*, 2002, I, 2230; Id., 1° ottobre 1999, n. 10894, in *Mass. Giur. it.*, 1999, 1089; Id., 16 ottobre 1998, n. 10237, *ivi*, 1998, 1065; Id., 20 ottobre 1997, n. 10252, *ivi*, 1997, 1021.

assente o dissenziente non è più titolare di un autonomo diritto alla tutela impugnatoria ed il suo intervento si giustifica solo per l'interesse che ha ad appoggiare la domanda delle parti che abbiano agito tempestivamente, di cui auspica la vittoria per godere di riflesso degli effetti dell'annullamento della delibera. Ma ora, poiché il 2° co. dell'art. 15, espressamente consente al terzo interventore adesivo dipendente di impugnare autonomamente la sentenza, dovrà concludersi per la legittimazione all'autonoma impugnazione della sentenza da parte del socio decaduto dal potere di intentare la causa per l'annullamento della delibera assembleare ma intervenuto nel giudizio tempestivamente iniziato da altri.

6. Fase dibattimentale (udienza, tentativo di conciliazione e decisione della causa: art. 16)

6.1. L'udienza: il principio di concentrazione

Passando all'esame della fase della udienza di discussione davanti al collegio, che contempla la trattazione, l'eventuale istruzione e la decisione della controversia, finalmente tutti i soggetti del processo compaiono contemporaneamente sulla scena, in unità di tempo e di luogo.

Sembra dunque possibile parlare, prendendo l'espressione a mutuo dal processo penale, di fase dibattimentale.

Il modello, tanto nel d.lgs. 5/2003, come nel progetto di d.d.l. delega elaborato dalla Commissione Vaccarella, è quello di un'unica, complessa, udienza di trattazione e discussione, destinata a concludersi, previa assunzione delle prove, con la decisione immediata.

Questa concentrazione dovrebbe essere in concreto assicurata dalla duplice circostanza che il terreno è già stato preparato dalle comparse scambiate anteriormente dalle parti e che il giudice, con il decreto di fissazione dell'udienza ha già dovuto prendere posizione su numerose questioni, per la soluzione delle quali è necessario aver studiato tali comparse, sicché, dopo la discussione delle questioni poste dal decreto, non mancherebbe nulla per decidere senza dilazione.

In realtà, sarà spesso inevitabile disporre differimenti, specie quando occorra assumere prove costituende.

6.2. (Segue.) ... la comparizione delle parti

Le parti hanno l'obbligo di comparire, per il tramite dei loro difensori, all'udienza e, come deve ritenersi, ai suoi successivi eventuali rinvii.

Se nessuna delle parti costituite partecipa all'udienza, il tribunale, ai sensi del 1° co. dell'art. 16, ordina l'immediata cancellazione della causa dal ruolo. In applicazione del principio di concentrazione, espressamente contemplato qua-

le criterio direttivo dalla lett. a) del 2° co. dell'art. 12 della legge di delega, e in considerazione del fatto che nel nuovo rito l'udienza dovrebbe trasformarsi, da luogo per lo svolgimento di incombenti routinari volti al semplice avanzamento della procedura, in appuntamento di cruciale importanza nella prospettiva dell'imminente decisione della causa, il legislatore delegato ha opportunamente evitato di riprodurre l'istituto del rinvio dell'udienza deserta di cui agli artt. 181 e 309 c.p.c.[92]. Il che appare tanto più giustificato in quando, nel processo ordinario, il sistema del rinvio anziché della cancellazione della causa dal ruolo era stato già eliminato dalla Novella del 1990, salvo poi essere reintrodotto con le successive modifiche del 1995 nonostante i seri dubbi di legittimità costituzionale suscitati in relazione all'art. 111 Cost. nella parte in cui impone al legislatore di assicurare la ragionevole durata dei processi[93].

Diversamente da quanto previsto dall'art. 183 c.p.c. per il processo ordinario di cognizione, non c'è invece un obbligo generalizzato di comparizione personale delle parti.

Le parti debbono comparire personalmente solo quando il giudice relatore abbia così disposto, ai sensi della lett. d) del 3° co. dell'art. 12, impartendo il relativo invito nel decreto di fissazione dell'udienza.

Il giudice è libero di valutare discrezionalmente l'opportunità di convocare o non convocare le parti per l'interrogatorio libero e il tentativo di conciliazione.

La convocazione delle parti dovrebbe risultare opportuna, e dovrebbe quindi sollecitare il giudice all'esercizio del suo potere discrezionale, sia quando nella ricostruzione in fatto operata dalle memorie dei difensori delle parti siano rimasti punti oscuri che potrebbero essere chiariti dall'interrogatorio libero delle parti, sia quando vi siano speranze di conciliazione, come avviene talvolta nelle cause riguardanti società di persone (ed anche nelle società di capitale a base familiare o ristretta), «nelle quali l'elemento personale della lite ha spesso grande rilevo e si presta a trovare composizione conciliativa»[94].

La facoltà discrezionale del giudice di convocare le parti si tramuta peraltro in obbligo quando una di esse abbia dichiarato, nell'istanza di fissazione dell'udienza o nella nota di precisazione delle conclusioni, le condizioni alle quali sia disposta a conciliare. In tal caso, secondo la lett. d) del 3° co. dell'art. 12, il giudice relatore è infatti tenuto a invitare le altre, con il decreto di fissazione, a prendere all'udienza esplicita posizione sulle stesse. Ciò induce a rite-

[92] Per una valutazione favorevole della mancata riproposizione del meccanismo di rinvio, v. anche RIVA CRUGNOLA, *op. cit.*, 788, part. nota 36.

[93] C. Cost., 9 febbraio 2001, n. 32, ord., in *Giur. cost.*, 2000, I, 120, in *Corr. giur.*, 2001, 400, e in *Giur. it.*, 2002, 33, con nota di MOLTENI, ha peraltro giudicato manifestamente infondata la questione di costituzionalità sollevata da Trib. Lecce, 14 marzo 2000, in ordine al discusso ripristino del meccanismo della doppia diserzione dell'udienza prima della cancellazione della causa dal ruolo. In tema cfr. anche Trib. Napoli, 2 febbraio 2000, ord., in *Giur. it.*, 2000, 942, con nota di DIDONE, con cui era stata sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 181 c.p.c.

[94] RIVA CRUGNOLA, *op. cit.*, 789, part. nota 40.

nere che tutte le parti debbano essere convocate: le une per prendere posizione sulle proposte e le altre per poter dare seguito all'ipotesi di transazione in precedenza formulata (o per addivenire, eventualmente, ad un diverso accordo dopo aver udito le altrui controproposte).

Ciò posto, ci si può chiedere cosa avvenga nel caso in cui il giudice relatore non abbia convocato le parti pur avendone l'obbligo o comunque sussistendone l'opportunità. La risposta, nonostante il *vulnus* inferto al principio di concentrazione, non può che essere quella della revoca, da parte del collegio, del decreto monocratico concernente il mancato invito e quindi della convocazione delle parti per una successiva udienza[95].

6.3. (Segue.) ... l'interrogatorio libero

Per il 2° co. dell'art. 16, quando nel decreto è contenuto l'invito alle parti a comparire di persona, il presidente le interroga liberamente ed esperisce, se la natura della causa lo consente, il tentativo di conciliazione, eventualmente proponendo soluzioni di equa composizione della controversia.

Quanto al contenuto e alle modalità di conduzione dell'interrogatorio libero, occorre fare riferimento alla disciplina e all'interpretazione dell'analogo istituto previsto nel codice di rito, agli artt. 117, 183 e 420 c.p.c., per il processo ordinario di cognizione e per il processo del lavoro. Deve ritenersi, tra l'altro, richiamata la previsione secondo cui la mancata comparizione senza giustificato motivo a rispondere all'interrogatorio libero costituisce comportamento valutabile ai sensi del 2° co. dell'art. 116 c.p.c. e cioè argomento di prova. Né c'è motivo di escludere che, come nel processo ordinario ai sensi del 2° co. dell'art. 183 c.p.c. o nel processo del lavoro ai sensi del 2° co. dell'art. 420 c.p.c., le parti abbiano la facoltà di farsi rappresentare da un procuratore, a conoscenza dei fatti di causa, munito di una procura conferita con atto pubblico o scrittura privata autenticata che gli attribuisca il potere di conciliare o transigere. È infatti evidente che anche nel processo societario, finanziario e bancario, ed anzi con particolare frequenza proprio in tali tipi di controversie, ricorre il caso, che giustifica la previsione legislativa, del legale rappresentante della persona giuridica troppo impegnato o troppo «distante» dai fatti di causa e quindi per il quale è ragionevole prevedere che venga sostituito.

Non troppo felice pare la precisazione di legge secondo cui deve essere «il presidente» ad interrogare le parti[96].

---

[95] In questo senso, v. RIVA CRUGNOLA, *op. cit.*, 789.

[96] Si tratta di una precisazione operata dalla Presidenza del Consiglio con comunicato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 9 settembre 2003, con cui sono stati rettificati gli errori materiali contenuti nel testo del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, nella versione originariamente pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale del 22 gennaio 2003. In particolare, nel comunicato si segnala che all'art. 16, 2° co., invece di leggere «il giudice le interroga», deve intendersi «il presidente le interroga».

Sarebbe stato forse più efficace affidare l'incombenza al giudice relatore, presumibilmente più informato della causa.

Ma, probabilmente, la soluzione migliore sarebbe stata quella di prevedere che fosse «il tribunale» o «il giudice»[97] a condurre l'interrogatorio, riconoscendo così la collegialità delle operazioni e quindi una certa flessibilità delle stesse, con possibilità per tutti i componenti del collegio di intervenire, salvo il potere di direzione del presidente (già riconosciutogli dall'art. 16, 3° co., per dirigere la discussione tra le parti successivamente alla mancata conciliazione)[98]. Il che, tra l'altro, pare la soluzione che in pratica sarà destinata ad affermarsi, non essendo pensabile che l'attribuzione al presidente del potere di interrogare le parti escluda gli altri giudici dalla possibilità di interloquire.

6.4. (Segue.) ... il tentativo di conciliazione giudiziale

Quanto poi al tentativo di conciliazione tra le parti comparse personalmente, il presidente lo dispone ove la natura della causa lo consenta, ossia tutte le volte in cui il diritto su cui è insorta la controversia è disponibile.

Come per l'interrogatorio libero, pure per la conciliazione il 2° co. dell'art. 16 stabilisce che sia «il presidente» ad esperire il tentativo[99].

E come detto in precedenza, anche qui sarebbe stato probabilmente più ragionevole prevedere una conduzione collegiale nell'ambito del riconoscimento del potere di direzione del presidente[100].

È venuto pertanto meno il problema che avrebbe potuto sorgere dalla circostanza che la legge, limitandosi ad affidare l'interrogatorio libero a «il giudice», non specificava se l'interrogatorio libero dovesse essere condotto dal presidente o dal giudice relatore, redattore del decreto, o in altre forme ancora. In mancanza di una esplicita previsione poteva infatti sostenersi che solo il presidente potesse interloquire con le parti (in questo senso, v. MANDRIOLI, *op. cit.*, 306, a cui parere, poiché il decreto gli riconosce un generale potere di direzione dell'udienza, di cui il potere di direzione della discussione previsto dal 3° co. dell'art. 16 costituirebbe una esplicazione, «sembra logico che l'interrogatorio ed il tentativo di conciliazione siano compiuti dal presidente»). Si poteva però anche rilevare come il dato letterale, facendo riferimento al «giudice», si riferisse all'organo collegiale e non ad una sua particolare articolazione, sia esso il giudice relatore o il presidente, al quale nulla peraltro impediva di riconoscere un generale potere di direzione.

[97] Come nella versione affetta dall'errore materiale emendato con l'avviso di rettifica pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 22 gennaio 2003.

[98] Si tratta, in sostanza, di quanto avviene nei giudizi d'appello di rito ordinario, dove la collegialità della trattazione, imposta dall'art. 350 c.p.c., implica la conduzione collegiale dell'interrogatorio libero e del tentativo di conciliazione, che sono, per l'appunto, tra le attività di trattazione.

[99] La specifica attribuzione del relativo potere «al presidente», anziché, più genericamente, «al giudice», è l'effetto anche in questo caso dell'avviso di rettifica dagli errori materiali pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 22 gennaio 2003.

[100] In questo modo si sarebbe dettato, tanto per il tentativo di conciliazione quanto per l'anteriore e strettamente collegato interrogatorio libero, un regime analogo a quello previsto, nel processo ordinario, per i giudizi d'appello, la cui trattazione, ai sensi dell'art. 350 c.p.c., è collegiale.

Ma l'istituto suscita interesse soprattutto perché, cercando di realizzare l'indicazione della legge delega di perseguire una più rapida ed efficace definizione dei procedimenti anche attraverso un più incisivo utilizzo dello strumento conciliativo, contempla importanti novità rispetto alla disciplina della conciliazione giudiziale dettata dal codice di rito per il processo ordinario di cognizione e per quello di lavoro.

In particolare, occorre ricordare come la lett. e) del 2° co. dell'art. 12, l. 3 ottobre 2001, n. 366, prevedesse la possibilità per il giudice di operare un tentativo preliminare di conciliazione, suggerendone espressamente gli elementi essenziali, assegnando eventualmente un termine per la modificazione o la rinnovazione di atti negoziali su cui verte la causa e, in caso di mancata conciliazione, tenendo successivamente conto dell'atteggiamento al riguardo assunto dalle parti ai fini della decisione sulle spese di lite.

Questo criterio direttivo è stato attuato dal legislatore delegato dettando il 2° co. dell'art. 16, con il quale si riconosce al presidente il compito di formulare concrete proposte conciliative[101] e viene attribuito rilievo all'atteggiamento assunto al riguardo dalle parti al fine di ripartire le spese di lite, qualora si renda necessario deciderla.

La circostanza che d.lgs. 5/2003 disponga che il presidente, nel tentare la conciliazione, possa proporre soluzioni di equa composizione della controversia[102] trova dunque le proprie radici nella legge delega.

Ciò avrebbe forse suscitato critiche, in quanto l'esperienza maturata in grado di appello non sembra molto incoraggiante: secondo CONVERSO, *L'interrogatorio libero e il tentativo di conciliazione*, in *Giur. it.*, 2001, 635-649, part. 635 e 648, «stante l'assoluta collegialità del procedimento *ex* art. 350, 1° co., c.p.c.», l'interrogatorio libero e il tentativo di conciliazione in grado di appello, pur prescritti dall'art. 350, 2° co., c.p.c., sono attività, «se non impedite, grandemente limitate», o meglio, di fatto oggi, in appello, una conciliazione non potrebbe essere raggiunta, «per la chiara ragione che un tentativo serio deve essere svolto da un giudice singolo, non può esserlo da parte di un collegio (...): occorre una direzione del tentativo univoca e senza le smagliature che, inevitabilmente, i tre componenti del collegio introducono, con l'effetto di offrire spazi di incertezza di cui ovviamente le parti ed i loro difensori approfittano, in concreto vanificando il tentativo».

C'è tuttavia da osservare che, più che da una ragione strutturale dovuta alla conduzione collegiale della lite, la rarità delle conciliazioni in appello pare dipendere dal fatto che la lite, approdata allo stadio del gravame, si è ormai incancrenita e gli spazi di conciliazione sono, a quel punto, in genere grandemente ridotti.

[101] Sinora la legge non aveva mai attribuito al giudice un ruolo propositivo nella ricerca della conciliazione. Tutt'al più questo ruolo propositivo è stato attribuito all'organo di conciliazione. Così, nel processo di lavoro dei pubblici dipendenti, l'art. 66, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (introdotto in sostituzione dell'art. 69 bis, d.lgs. 29/1993, aggiunto dall'art. 32, d.lgs. 80/1998 e successivamente modificato dall'art. 19, 7° co., d.lgs. 387/1998), stabilisce che, se non si raggiunge l'accordo, il Collegio di conciliazione deve formulare una proposta per la bonaria definizione della controversia e deve riassumerne i termini a verbale con indicazione delle valutazioni espresse dalle parti, delle quali il giudice può tenere conto ai fini del regolamento delle spese del successivo giudizio.

[102] Nel parere del Senato sullo schema di decreto approvato dal Consiglio dei Ministri il 30 settembre 2002, al punto 24), si è suggerito di sopprimere la parola «equa» contenuta nel

Tuttavia, attività propositiva del presidente desta ugualmente qualche perplessità in quanto potrebbe rendere meno credibile la posizione di terzietà del giudice e potrebbe essere volta, più che a cercare il punto di equilibrio tra i contrapposti interessi delle parti, a imporre a queste ultime quella che si lascia trasparire essere la futura decisione. Il che appare un rischio concreto specie in una situazione quale quella in esame, dove la conciliazione viene tentata dopo che uno dei giudici del collegio, e magari lo stesso presidente, ha assunto provvedimenti, come il decreto di fissazione dell'udienza, che presuppongono un approfondito studio degli atti. Né va trascurato l'operare del cosiddetto meccanismo della prevenzione ossia del meccanismo psicologico, il più delle volte inconscio, che induce chi sia chiamato a pronunciarsi su una questione sulla quale si sia già espresso (e sulla quale è quindi «prevenuto») a mantenere, nonostante il successivo ulteriore articolarsi del contraddittorio, il punto di vista assunto in passato[103]. Non si può quindi evitare di osservare che si richiede al presidente un estremo equilibrio nell'interpretare quel ruolo propositivo che, per dare incisività all'istituto della conciliazione giudiziale, il legislatore delegato, in attuazione della legge delega, ha introdotto.

La legge prevede, inoltre, che sia dato atto a verbale delle posizioni assunte dalle parti.

È implicito che le dichiarazioni verbalizzate, rese nella prospettiva di una conciliazione, non possono pregiudicare in alcun modo la decisione della causa, cosa peraltro specificata nel 2° co. dell'art. 9, con riguardo alle dichiarazioni in ordine alle condizioni alle quali si sarebbe disposti a conciliare contenute nell'istanza di fissazione dell'udienza o nella nota di precisazione delle conclusioni, e nel 3° co. dell'art. 40, relativamente alle dichiarazioni rese dalle parti nel corso dell'eventuale procedimento di conciliazione svoltosi prima della causa, che non possono essere utilizzate nel giudizio promosso in seguito.

Ove il tentativo di conciliazione giudiziale non abbia esito positivo, il comportamento delle parti non è però privo di conseguenze.

Il tribunale può infatti tenere conto delle posizioni espresse all'udienza ai fini della distribuzione delle spese di lite, ponendole anche, in tutto o in parte, a carico della parte formalmente vittoriosa che non sia comparsa[104] o che abbia rifiutato ragionevoli proposte conciliative.

In particolare, secondo quanto più analiticamente si prevede al 5° co. dell'art.

2° co. dell'art. 16. Come risulta dalla relazione governativa, l'attributo «equo» è stato meditatamente mantenuto nello schema approvato dal Consiglio dei Ministri il 10 gennaio 2003, poi tradottosi nel d.lgs. 5/2003, «quale direttiva di merito nell'azione del giudice in quanto già nota al sistema».

[103] È questa la ragione per cui l'art. 51 c.p.c. vieta che la medesima persona possa essere giudice in due gradi di giudizio e che in materia penale la Corte costituzionale (con sentenza 20 maggio 1996, n. 155, e Id., 24 aprile 1996, n. 131, in *Foro it.*, 1996, I, 3614) ha statuito il divieto che chi decida sulle misure cautelari personali possa poi decidere anche nel merito.

[104] La previsione della possibilità dell'addebito delle spese di lite a carico della parte, pur vittoriosa, che non sia comparsa, originariamente assente è stata inserita nel testo approvato dal Consiglio dei Ministri il 10 gennaio 2003.

40 con riferimento al fallimento del tentativo di conciliazione stragiudiziale[105] ma dettando regole estensibili al caso in esame, il tribunale, per escludere in tutto o in parte la ripetizione delle spese sostenute dal vincitore che abbia rifiutato la conciliazione, ed eventualmente condannarlo, in tutto o in parte, al rimborso delle spese sostenute dal soccombente, deve valutare comparativamente le posizioni assunte dalle parti[106] e il contenuto della sentenza che definisce il processo dinanzi a lui. Così, qualora il soccombente abbia proposto una soluzione transattiva, rifiutata dall'attore, poi dimostratasi vicina al contenuto della decisione assunta dal giudice, è possibile che in deroga il principio della soccombenza il giudice condanni il vincitore al pagamento delle spese processuali.

Nella nuova normativa il principio della soccombenza come cardine del sistema delle spese incontra dunque, al 2° co. dell'art. 16, una deroga significativa, il cui fondamento è da cercare nella legge delega[107], ma che aleggiava *de iure condendo*[108] tanto da venire accolto nel progetto elaborato dalla Commissione Vaccarella[109].

---

[105] In argomento v. SANZO e MIGLIACCIO, *sub* artt. 38-40, d.lgs. 5/2003, in questo Commentario, par. 3.3; NEGRINI, *sub* art. 40, d.lgs. 5/2003, cit., par. 4. La valutazione del comportamento tenuto dalle parti nella fase della conciliazione stragiudiziale non costituisce peraltro un inedito, essendo contemplata, ai fini della decisione sulle spese del successivo giudizio, nel processo del lavoro, *ex* art. 412 c.p.c. (come sostituito dall'art. 38, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80), in materia di controversie di pubblico impiego ai sensi del già menzionato art. 66, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 e, in forza dell'art. 5, l. 11 maggio 1990, n. 108, in tema di disciplina dei licenziamenti individuali. È altresì da ricordare l'art. 2, d.l. 11 settembre 2002, n. 201, poi caducato per mancata conversione ad opera della l. 14 novembre 2002, n. 259, dove si prevedeva che il rifiuto di ragionevoli proposte transattive relative all'equa riparazione per l'eccessiva durata dei processi prevista dalla l. 24 marzo 2001, n. 89, formulate dall'Avvocatura dello Stato in una apposita fase stragiudiziale anteriore all'inizio del procedimento, consentisse alla corte d'appello, in deroga agli artt. 91 e 92 c.p.c., di escludere, «in tutto o in parte, la ripetizione delle spese sostenute dal vincitore, ovvero anche condannarlo al rimborso, parziale o totale, delle spese sostenute dal soccombente».

[106] Naturalmente, la posizione delle parti potrà essere estrapolata, oltre che delle posizioni verbalizzate all'udienza, pure delle condizioni alle quali, nell'istanza di fissazione dell'udienza o nella nota di precisazione delle conclusioni, la parte abbia dichiarato, ai sensi della lett. d) del 3° co. dell'art. 12, di essere disposta a conciliare.

[107] Sorprende pertanto che la commissione senatoriale incaricata di esprimere un parere sullo schema approvato dal Consiglio dei Ministri il 30 settembre 2002 avesse proposto la soppressione dell'ipotesi dell'attribuzione delle spese anche «in tutto o in parte, a carico della parte formalmente vittoriosa che abbia rifiutato ragionevoli proposte conciliative».

[108] Cfr. l'art. 21 del d.d.l. di iniziativa governativa C. 7185 (il c.d. progetto Fassino, dal nome dell'allora Guardasigilli), recante «Norme per l'accesso alla giustizia civile, per la risoluzione consensuale delle controversie e per l'abbreviazione dei tempi del processo civile», presentato alla Camera dei Deputati il 7 luglio 2000 e poi decaduto per l'esaurirsi della legislatura.

[109] Il punto 10) della proposta presentata alla stampa il 12 luglio 2002 dalla Commissione Vaccarella, oggi riversato nell'art. 11 del d.d.l. delega C. 4578/XIV, indica come principio direttivo quello di «disciplinare le spese processuali secondo il principio della soccombenza ma consentendo al giudice, sulla base di esplicita motivazione, di derogarvi sia compensandole sia ponendole, in tutto o in parte, a carico della parte formalmente vittoriosa che abbia, tuttavia, causato o mantenuto in vita la lite, eventualmente rifiutando ragionevoli proposte conciliative».

6.5. (Segue.) ... il mancato esperimento del tentativo di conciliazione stragiudiziale

Il tentativo di conciliazione può avvenire anche in sede stragiudiziale, dinanzi agli organismi di conciliazione previsti dall'art. 38.

La deludente esperienza del processo del lavoro, nel quale il d.lgs. n. 80 del 1998 ha introdotto[110], senza che ne sortissero benefici, filtri conciliativi stragiudiziali attraverso cui le parti sono tenute a passare[111], ha indotto il legislatore a non rendere obbligatorio tale tentativo.

Tuttavia, una volta che nel contratto ovvero nello statuto della società sia presente una clausola di conciliazione e il tentativo non risulti esperito, il giudice, ai sensi del 6° co. dell'art. 40, su istanza della parte interessata proposta nella prima difesa[112], deve disporre la sospensione del procedimento pendente davanti a lui fissando un termine di durata compresa tra trenta e sessanta giorni per il deposito dell'istanza di conciliazione davanti ad un organismo di conciliazione ovvero quello indicato dal contratto o dallo statuto.

Il processo, continua la disposizione, può essere riassunto dalla parte interessata se l'istanza di conciliazione non è depositata nel termine fissato, e, se il tentativo non riesce, all'atto di riassunzione è allegato il verbale di mancata conciliazione (nel quale, come dispone il 2° co. dell'art. 40 a seguito dei cambiamenti operati dal decreto di coordinamento e modifica, il conciliatore, se entrambe le parti lo hanno richiesto, deve dare atto della sua proposta di conciliazione e della posizione al riguardo assunta da esse).

In ogni caso, conclude il 6° co. dell'art. 40, la causa di sospensione si intende

---

[110] Cfr. l'art. 410, c.p.c., come modificato dall'art. 36, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, nonché, specificamente per quanto concerne le controversie di lavoro dei pubblici dipendenti, gli artt. 65 e 66, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (anch'essi introdotti dal d.lgs. n. 80 del 1998 e successive modifiche).

Nonostante la rubrica «conciliazione obbligatoria», non può invece considerarsi tale quella di cui all'art. 10, l. 18 giugno 1998, n. 192, sulla subfornitura, che non prevede meccanismi che, sancendo l'improcedibilità in caso di omissione della fase conciliativa, impongano lo svolgersi della fase del tentativo di conciliazione stragiudiziale.

[111] Non per nulla, il punto 36) della proposta elaborata dalla Commissione Vaccarella prendeva, per il processo del lavoro, anzitutto l'eliminazione dell'obbligatorietà del tentativo di conciliazione, anche se poi l'art. 33 del d.d.l. delega C. 4578/XIV si è limitato a procedere, come criterio direttivo, la più ambigua indicazione di «razionalizzazione e disciplinare» la materia..

[112] Come notato pure da SANZO e MIGLIACCIO, *sub* artt. 38-40, d.lgs. 5/2003, in questo Commentario, par. 3.5.2, a differenza di quanto previsto dall'art. 412 bis, 2° co., c.p.c., nelle controversie individuali di lavoro, il giudice non ha alcun potere di rilevare «il vizio» d'ufficio, «con la conseguenza che, pur in presenza di una clausola vincolante, che impone la conciliazione come momento prodromico rispetto al giudizio di merito, le parti possono rinunciarvi tacitamente senza conseguenze per il giudizio in corso».

I differenti regimi dettati per il processo del lavoro e per le controversie societarie appaiono del resto perfettamente coerenti con il diverso carattere dei due tentativi di conciliazione stragiudiziale: previsto direttamente dalla legge e obbligatorio quello in materia di lavoro, convenzionale e volontario (e perciò liberamente rinunciabile sull'accordo, anche implicito, delle parti) quello in materia societaria.

cessata, a norma dell'art. 297, 1° co., c.p.c., decorsi sei mesi dal provvedimento di sospensione.

Dunque, il mancato esperimento del tentativo di definizione stragiudiziale che fosse stato espressamente pattuito in sede contrattuale ovvero statutaria per il caso di insorgenza di controversie, se tempestivamente eccepito dalla parte che ne abbia interesse nella sua prima difesa, determina la sospensione del processo perché la conciliazione possa essere tentata fuori dal processo.

Ma qual è la parte che ha interesse a far valere l'eccezione di mancato esperimento del tentativo di conciliazione stragiudiziale e qual è il suo primo atto difensivo con cui deve farlo?

La risposta, quanto ai soggetti legittimati, pare debba essere che l'eccezione in discorso sia proponibile solo dal convenuto o dal terzo interveniente (volontario o coatto), in quanto l'attore, agendo direttamente in via giudiziale, dimostra di non avere interesse al tentativo stragiudiziale di conciliazione. Quanto poi all'atto con cui sollevare la questione dell'omesso tentativo di conciliazione, dovendo rappresentare, come recita il 6° co. dell'art. 40, una «prima difesa», non potrà essere altro se non la comparsa di costituzione, che rappresenta il primo atto difensivo del convenuto e del terzo che intervenga in giudizio.

6.6. (Segue.) ... la conciliazione in udienza

Se il tentativo riesce, dispone l'ultima parte del 2° co. dell'art. 16, il verbale di conciliazione giudiziale costituisce titolo esecutivo anche per la consegna di cose mobili o il rilascio di immobili, nonché per l'esecuzione di obblighi di fare e non fare.

Il legislatore della riforma stabilisce così, espressamente, che il verbale possa costituire titolo esecutivo anche per l'esecuzione degli obblighi di fare e non fare *ex* art. 612 c.p.c.

Questa espressa precisazione si è resa necessaria, volendo incrementare il ricorso alla conciliazione, per superare l'orientamento consolidatosi con riferimento ai verbali di conciliazione redatti ai sensi dell'art. 185 c.p.c. (nonché, ora, anche ai sensi dell'art. 322 c.p.c. che, nell'attribuire efficacia di titolo esecutivo al verbale di conciliazione ottenuto dinanzi al giudice di pace in sede non contenziosa, richiama l'art. 185 c.p.c.). Secondo la giurisprudenza, infatti, il verbale di conciliazione giudiziale, pur essendo titolo esecutivo ai sensi dell'art. 185 c.p.c., idoneo all'esecuzione per le obbligazioni pecuniarie, alla esecuzione specifica ai sensi dell'art. 2932 e alla esecuzione per consegna e rilascio, non legittima alla esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare, poiché l'art. 612 c.p.c. menziona quale unico titolo valido per l'esecuzione la sentenza di condanna. Del resto, si soggiunge, l'esclusione sarebbe giustificata dall'opportunità di un previo accertamento giudiziale circa la fungibilità e quindi la coercibilità dell'obbligo di fare o di non fare[113].

[113] In questo senso, v. Cass., 13 gennaio 1997, n. 258, in *Mass. Giur. it.*, 24; Id., 14 dicembre 1994,

Né sarebbe stato decisivo, in assenza dell'esplicita previsione legislativa, che recentemente la Corte costituzionale sia intervenuta in argomento, stabilendo che l'art. 612 c.p.c. può essere letto nel senso di consentire il procedimento di esecuzione anche se il titolo esecutivo sia costituito dal verbale di conciliazione, poiché le eventuali ragioni ostative all'esecuzione possono e debbono essere valutate in sede di formazione dell'accordo conciliativo da parte del giudice che lo promuove e sotto la cui vigilanza può concludersi soltanto se la natura della causa lo consente[114]. Basti in proposito dire che, affermando quanto in precedenza riportato, la Consulta ha scelto di pronunciare, anziché una sentenza di accoglimento, vincolante *erga omnes*, una sentenza interpretativa di rigetto, lasciando così liberi i giudici ordinari di interpretare la disposizione di legge in maniera diversa rispetto a quella suggerita[115].

La validità come titolo esecutivo del verbale di conciliazione anche quando abbia ad oggetto obblighi di fare o non fare è del resto stata prevista dal legislatore della riforma, oltre che per la conciliazione giudiziale, pure per la conciliazione stragiudiziale, tanto è vero che l'8° co. dell'art. 40 al riguardo dispone che il verbale di conciliazione costituisce titolo esecutivo sia per l'espropriazione forzata sia per l'esecuzione in forma specifica (di cui l'esecuzione per consegna di cose mobili o il rilascio di immobili, nonché per l'esecuzione di obblighi di fare e non fare, costituiscono ipotesi).

Curiosamente, però, il d.lgs. 5/2003 non prevede che il verbale di conciliazione giudiziale possa costituire titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale al pari di quanto avviene *ex* art. 2818 per le sentenze e per i provvedimenti giudiziali ad esse equiparati dalla legge.

Questa omissione non solo appare inspiegabile nel clima di complessivo *favor conciliationis* a cui si impronta la nuova normativa, ma sembra palesemente irragionevole se si considera che, con un inciso mancante nel 2° co. dell'art. 16, l'art. 40, 8° co. del decreto legislativo dispone che il verbale di conciliazione stragiudiziale omologato possa essere utilizzato anche per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

---

n. 10713, *ivi*, 1043; Id., 24 maggio 1955, n. 1531, in *Giust. civ.,* 1956, I, 117 con nota di CHIEPPA; Id., 13 ottobre 1954, n. 3637, *ivi*, 1954, I, 2455, e in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1955, IV-V, 417, con nota di CAZZATO; Pret. Montalto Uffugo, 10 agosto 1951, in *Giur. it.,* 1952, I, 2, 836, con nota di DENTI.

[114] Così, nel respingere la relativa questione di legittimità costituzionale, C. Cost., 12 luglio 2002, n. 336, in *Giust. civ.*, 2002, I, 2380, *ivi*, 2003, 1459, con nota di FINOCCHIARO, e in *www.judicium.it* (20 febbraio 2003), con nota di AMADEI.

[115] Come è noto, le sentenze interpretative di rigetto hanno un mero valore persuasivo e nulla impedisce al giudice di discostarsi dall'interpretazione indicata dal giudice delle leggi: cfr. Cass. pen., Sez. Un., 13 dicembre 1995, n. 930, dep. 29 gennaio 1996, Clarke, in *Cass. pen.*, 1996, 2134, e in *Giust. pen.*, 1996, II, 580, e Id., 16 dicembre 1998, dep. 18 gennaio 1999, n. 25, Alagni, in *Cass. pen.*, 1999, 1405, in *Giur. cost.*, 1999, 1402, con nota di LAMARQUE, e in *Giur. it.*, 1999, 1916, dove peraltro si avverte che per discostarsi dall'insegnamento dei giudici costituzionali occorre portare valide e motivate ragioni.

In sostanza, sembra difficilmente negabile la contrarietà al principio di ragionevolezza della circostanza che la conciliazione giudiziale, nonostante le maggiori garanzie offerte dal giudice rispetto al conciliatore, debba avere minore efficacia, non potendo costituire titolo per l'iscrizione di ipoteca, rispetto alla conciliazione stragiudiziale.

Il diverso trattamento delle due conciliazioni appare dunque incostituzionale, dal momento che una differenziazione dovrebbe semmai operare nel senso di una maggiore efficacia della conciliazione giudiziale.

6.7. (Segue.) ... la discussione e la conferma o revoca delle statuizioni contenute nel decreto di fissazione dell'udienza

Se la lite non viene conciliata, i difensori delle parti, secondo quanto dispone il 3° co. dell'art. 16, illustrano le rispettive conclusioni.

Il presidente, continua la norma, dirige la discussione e può consentire brevi repliche.

Esaurita la discussione, preferibilmente nella stessa udienza, anche se un rinvio con riserva di provvedere non è vietato dal decreto[116], il tribunale, ai sensi del 4° co. dell'art. 16, conferma o revoca, in tutto o in parte, le statuizioni contenute nel decreto di fissazione dell'udienza.

La discussione è dunque preordinata all'articolazione del contraddittorio sulle decisioni in ordine all'ammissione di mezzi istruttori e sulle altre decisioni assunte dal giudice relatore a norma dell'art. 12, sulle quali si esercita il controllo successivo del collegio.

La discussione a cui si riferisce il 2° co. dell'art. 16 non deve peraltro insistere sui soli punti trattati nel decreto di fissazione, ma deve proiettarsi anche sugli altri aspetti della causa.

Del resto, l'ultima parte del 4° co. dell'art. 16 stabilendo che, se sono stati assunti dei mezzi di prova, il giudice deve fissare una nuova udienza di discussione, conferma come la discussione debba toccare tutti i profili controversi e non limitarsi al decreto. Evidentemente, nella nuova udienza, il tema della conferma, revoca o modifica del decreto è ormai superato e non potrà altro che discutersi, in generale, della causa alla luce dei nuovi sviluppi. Il che dimostra come della causa potesse discutersi in generale anche prima. Sarebbe infatti poco ragionevole consentire che una discussione non circoscritta al decreto possa avvenire solo condizionatamente all'assunzione delle prove.

Preparata dal decreto di fissazione, l'udienza dovrebbe quindi, in sintesi, diventare «non più un luogo di smistamento della causa verso un'altra udienza ov-

[116] Lo nota Proto Pisani, *La nuova disciplina del processo societario*, cit., 9. La possibilità di differimenti, e quindi la dilazione temporale nella fase *apud iudicem*, è ammessa anche da Mandrioli, *op. cit.*, 307, che ne ricava «la conseguente possibilità della pronuncia, da parte del collegio, delle ordinanze di cui all'art. 186 bis e ter c.p.c.».

vero la sede in cui i difensori delle parti sono burocraticamente autorizzati al deposito di scritti difensivi, ma il cuore del processo»[117], nel quale i difensori delle parti, discutendo la causa, possono provocare la conferma, revoca o modifica dei provvedimenti (*in primis* istruttori, ma non solo) adottati dal giudice relatore e comunque influenzare il collegio anche per quanto riguarda la decisione finale.

6.8. L'eventuale istruzione

Quanto all'eventuale istruzione, essa è disciplinata, sempre dal 4° co. dell'art. 16, stabilendo che, confermato, revocato o modificato il decreto di fissazione dell'udienza, il collegio procede, se del caso delegandola al relatore, all'assunzione dei mezzi di prova ritenuti necessari[118], fissando in tale caso una nuova udienza di discussione nei trenta giorni successivi all'assunzione.

Nello stesso modo si procede, precisa la seconda parte del 4° co., nell'ipotesi in cui venga disposta consulenza tecnica, ispezione o l'assunzione di altri mezzi di prova disponibili d'ufficio.

Per l'assunzione non si prevede, dunque, una udienza *ad hoc*, mentre è prevista una nuova udienza di discussione, successiva all'assunzione.

Le prove possono essere assunte anche nella stessa udienza per la conferma del decreto con cui il giudice, fissando l'udienza, aveva deciso, ai sensi della lett. b), del 3° co. dell'art. 12, l'ammissione di mezzi istruttori disponibili d'ufficio e sull'ammissibilità e rilevanza dei mezzi di prova chiesti dalle parti.

D'altra parte, però, poiché il 4° co. dell'art. 12 non dispone, a differenza di quanto prevede per il processo del lavoro l'art. 420 c.p.c., la «immediata assunzione» delle prove, nulla proibisce che il processo venga rinviato ad una apposita udienza istruttoria[119], specie quando le questioni sull'ammissibilità e rilevanza dei mezzi di prova chiesti dalle parti siano di difficile soluzione e la conferma del decreto sia quindi dubbia. Sembra infatti ragionevole che il tribunale tenga conto del fatto che, sussistendo un concreto rischio di revoca del decreto di ammissione delle prove, mobilitare i testimoni per l'immediata assunzione della loro testimonianza potrebbe dimostrarsi inutile.

È anzi probabile che, per i casi più complessi, il tribunale adotti la consue-

---

[117] Queste sono le parole della nota illustrativa al punto 21) del progetto della Commissione Vaccarella (trasformatosi nell'art. 22 del d.d.l. delega C. 4578/XIV), relativo per l'appunto all'udienza,

[118] Nonostante si riferisca, con una espressione restrittiva, all'assunzione dei mezzi di prova «necessari», non sembra che il legislatore delegato abbia, per questo, inteso derogare alle normali regole che governano l'ammissione e la conseguente assunzione delle prove.

[119] Nel senso che, piuttosto di perseguire a tutti i costi il principio di concentrazione, appare preferibile, in quanto meno dispendiosa per i terzi coinvolti nella istruzione della causa, la soluzione di permettere il differimento dell'udienza di assunzione delle prove per consentire la citazione alla stessa dei testi ammessi con il provvedimento collegiale, tanto più che la concentrazione dell'udienza può essere comunque interrotta, *ex* art. 16, dalla delega al giudice relatore per l'assunzione delle prove, v. RIVA CRUGNOLA, *op. cit.*, 789 s.

tudine di assumere a riserva la decisione sulla conferma, modifica o revoca del decreto del giudice relatore e che con l'ordinanza di scioglimento della riserva si fissi anche l'udienza istruttoria.

E comunque, quand'anche il tribunale non sentisse l'esigenza di rinviare l'istruzione a nuova udienza, è da osservare che, come avviene nel processo del lavoro, dove pure, diversamente che qui, la legge espressamente dispone la «immediata assunzione», la prova per testimoni potrebbe venir assunta subito in quanto ciò sia reso possibile dalla presenza delle persone da interrogare. In loro assenza, il giudice non potrà dichiarare decaduta la parte della prova, ma, in forza del 1° co. dell'art. 202 c.p.c. (che prevede che il giudice istruttore fissi una udienza per l'assunzione delle prove che non abbia potuto assumere contestualmente alla loro ammissione), dovrà fissare altra udienza, in vista della quale la parte avrà l'onere, sanzionato dalla decadenza *ex* art. 104, 1° co., disp. att. c.p.c., di chiedere all'ufficiale giudiziario, secondo la disposizione dettata dall'art. 250 c.p.c., l'intimazione dei testimoni ammessi[120].

Sulle modalità di assunzione delle prove, si registra la possibilità della delega al giudice relatore.

Degno di nota è inoltre che, pur ispirandosi sotto molteplici profili alla proposta elaborata dalla Commissione Vaccarella ai fini della riforma organica del codice di procedura civile, nel d.lgs. 5/2003 non è stata recepita l'indicazione ivi contenuta del possibile formarsi della prova al di fuori del processo[121].

Il progetto per la riforma del codice di rito prevede, in particolare, che il giudice, su concorde istanza delle parti, possa autorizzarle ad assumere le pro-

---

[120] Così Cass., 16 aprile 1997, n. 3275, in *Giur. it.*, 1998, 441, in *Foro it.*, 1997, I, 2504, con osservaz. di FARNARO, in *Notiz. giur. lav.*, 1997, 445, in *Mass. Giur. lav.*, 1997, 658, con nota di CENTOFANTI, in *Giust. civ.*, 1997, I, 1795, con nota di LUISO, e in *Nuova giur. comm.*, 1998, I, 241, con nota di NEGRINI.

In precedenza, invece, la Cassazione riteneva che le parti avessero il dovere di intimare ai testimoni di comparire alla prima udienza, pena la decadenza dalla prova *ex* artt. 250 c.p.c. e 104 disp. att. c.p.c. nel caso di mancata comparizione degli stessi (Cass., 12 aprile 1983, n. 2586, in *Giust. civ.*, 1984, I, 3406, nella motivazione, a cui hanno fatto seguito, Cass., 14 febbraio 1984, n. 1133, in *Mass. Giur. it.*, 1984, 226; Id., 13 aprile 1987, n. 3681, in *Giust. civ.*, 1988, I, 229; Id., 29 aprile 1994, n. 4161, in *Mass. Giur. it.*, 1994, 372 s.; Id., 7 giugno 1995, n. 6368, *ivi*, 1995, 750). La dottrina, peraltro, si era da sempre schierata in senso contrario al vecchio orientamento, considerato irragionevole, in quanto obbligava la parte a citare i testimoni e questi ultimi a comparire ad una udienza nella quale non si sapeva se sarebbero stati ascoltati, non sapendosi ancora se sarebbero stati ammessi e se vi sarebbe stato o meno un rinvio per l'assunzione della prova: in argomento, v. LUISO, *Intorno all'obbligo delle parti di far intimare i testimoni per la prima udienza nel rito del lavoro*, in *Giust. civ.*, 1988, I, 238-239; ID., *Il processo del lavoro*, Torino, 1992, 204 ss.; PEZZANO, in ANDRIOLI, BARONE, PEZZANO, PROTO PISANI, *Le controversie in materia di lavoro*, Bologna, 1987, 686; TESORIERE, *Diritto processuale del lavoro*, Padova, 1994, 249-250; MONTESANO e VACCARELLA, *Manuale di diritto processuale del lavoro*, Napoli, 1996, 114, 195-196.

[121] Naturalmente, se il progetto della Commissione Vaccarella dovesse tradursi in legge, ci si dovrebbe chiedere se esistano controindicazioni a che le norme sulla formazione della prova fuori del processo, dettate per regolamentare il modello di diritto comune, si applichino anche al contenzioso societario, finanziario e bancario in forza della norma di rinvio di cui al 4° co. dell'art. 1.

ve in sede extragiudiziaria, dando le opportune disposizioni, circa le modalità di assunzione e documentazione[122].

Non solo. Oltre a ciò, il medesimo progetto prevede che i difensori delle parti possano assumere, anche prima dell'inizio del giudizio, dichiarazioni testimoniali scritte e che possano autenticarle o farle autenticare da soggetti muniti di poteri di certificazione per poi utilizzarle nel processo. La possibilità di ascoltare testimoni e farsi rilasciare dai medesimi dichiarazioni scritte ed eventualmente autenticate utilizzabili nel processo come oggetto di libero apprezzamento da parte del giudice, rappresenterebbe solo un primo tassello dei poteri di *discovery* da riconoscere agli avvocati. Questi ultimi sarebbero infatti anche depositari del potere di chiedere la messa a disposizione di documenti da parte dei soggetti pubblici che ne siano depositari, nonché di far constatare da pubblici ufficiali fatti o situazioni rilevanti per il processo[123].

Tutto ciò, per quanto subordinato al *placet* del giudice, che potrebbe sempre discrezionalmente respingere l'istanza per l'assunzione delle prove fuori dell'udienza e potrebbe comunque disporre la rinnovazione degli accertamenti compiuti dall'avvocato (disponendo ad esempio, l'assunzione della prova testimoniale sui fatti recepiti in scritture utilizzabili nel processo), è, sul piano dei principi[124], quasi rivoluzionario per il nostro ordinamento[125].

È probabilmente per questo che il legislatore delegato, che pure ha ritenuto di dare attuazione alla maggior parte degli altri profili caratterizzanti il progetto Vaccarella, ha ritenuto di soprassedere per ciò che riguarda l'istruzione probatoria.

Non è però da escludere che le direttive della Commissione per la riforma organica del processo civile non siano state recepite, per quanto concerne il profilo in esame, perché in contrasto con il principio di concentrazione processuale, inteso come identità tra il giudice che assume la prova e il giudice che decide. Nel giudizio ordinario di cognizione, l'operatività di questo principio viene smentita dai fatti: normalmente il tempo tra l'istruttoria e la decisione è tale che le prove assunte nel processo si presentano al giudice, alla fine, come se fossero state assunte da un'altra persona (eventualità, tra l'altro non rara, considerato il fisiologico

[122] Cfr. il punto 21) dell'elaborato presentato alla stampa il 12 luglio 2002 ed ora l'art. 22 del d.d.l. delega C. 4578/XIV.

[123] Cfr. il punto 22) dell'elaborato del 12 luglio 2002 ed adesso l'art. 20 del d.d.l. delega C. 4578/XIV.

[124] Sul piano delle prassi, è invece da registrare, quanto alle modalità di assunzione delle prove, come in molti uffici giudiziari sia radicato l'uso di lasciare ai difensori delle parti il compito di raccogliere le risposte dei testimoni, sottoponendo poi al giudice, che non ha assistito alle operazioni, il verbale per la sua sottoscrizione.

[125] Si tratterebbe, in sostanza, come si spiega nelle note illustrative redatte dalla Commissione Vaccarella, dell'introduzione nel nostro ordinamento dell'*affidavit*, istituto proprio delle procedure ispirate alla *common law*, ma praticato anche in altri ordinamenti continentali, come ad esempio avviene in Francia, dove sono ammesse le *attestations* di cui agli artt. 200 ss. del *Nouveau code de procédure civile*.

avvicendamento per trasferimento, nuovi incarichi, maternità, pensionamento, dei giudici istruttori). Ma se, nel solco del programma fissato dal 1° co. e dalla lett. a) del 2° co. dell'art. 12 della legge delega, si riuscirà ad assicurare al contenzioso societario, finanziario e bancario, rapidità e concentrazione, specie nel periodo intercorrente tra l'emissione del decreto di fissazione dell'udienza e la pronuncia della sentenza, potrebbe essere stato opportuno mantenere la tradizionale correlazione tra il soggetto che assume la prova e quello che decide la causa.

6.9. La decisione: le questioni pregiudiziali e preliminari

Se non ci sono prove costituende da assumere dopo la discussione ovvero se le prove sono state assunte e l'assunzione è stata seguita da una nuova udienza di discussione, a norma del 4° co. dell'art. 16, la causa è decisa in camera di consiglio con sentenza.

La causa, precisa l'ultima parte del ricordato 4° co., può essere decisa anche a norma dell'art. 187, 2° e 3° co., c.p.c. [126].

Il giudice, pertanto, può, all'udienza, disporre l'immediata decisione sulle questioni pregiudiziali di rito, come quelle attinenti alla giurisdizione o alla competenza, invitando le parti a concludere sull'intera causa. Ed altrettanto può fare con le questioni preliminari di merito idonee a risolvere il giudizio. Ma può anche disporre, generalmente sulla base di una delibazione di infondatezza, che esse siano decise unitamente al merito[127].

6.10. (Segue.) ... la sentenza «contestuale» o in un termine breve

La decisione, aggiunge il 5° co. dell'art. 16, è emessa immediatamente, a norma dell'art. 281 sexies c.p.c., secondo cui, al termine della discussione, il giudice pronuncia sentenza dando lettura del dispositivo e della concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione. In tale eventualità, sempre ai sensi dell'art. 281 sexies c.p.c., la sentenza si intende pubblicata con la sottoscrizione da parte del giudice del verbale che la contiene ed è immediatamente depositata in cancelleria.

---

[126] Non pare dunque corretta l'affermazione secondo cui, «tra i nodi problematici, deve segnalarsi quello relativo alle questioni pregiudiziali e preliminari; l'unica norma che espressamente se ne occupa è l'art. 11, dove non è chiarito se sopravviva il potere giudiziale di cui all'art. 187 c.p.c.», contenuta nel parere del C.S.M. allo schema di decreto approvato dal Consiglio dei Ministri il 30 settembre 2002, che già (a differenza di altre bozze circolate informalmente) si riferiva al potere del giudice di provvedere *ex* art. 187 c.p.c.

[127] La rimessione della causa in decisione sulle questioni preliminari o pregiudiziali, salva la possibilità di decidere la causa nella sua interezza, deve invece ritenersi doverosa nel caso in cui le parti abbiano chiesto congiuntamente la fissazione dell'udienza, a norma dell'art. 11, per ottenere la decisione di questioni pregiudiziali di rito o preliminari di merito.

Nell'ipotesi di particolare complessità della controversia, l'ultima parte del 5° co. dell'art. 16 stabilisce inoltre che il tribunale possa disporre con ordinanza, di cui dare lettura in udienza, che la sentenza (dispositivo e motivazione) sia depositata nei trenta giorni successivi alla chiusura della discussione orale. Ma poiché «appare ragionevole dubitare che la impugnazione di un bilancio o un giudizio di responsabilità o altre controversie assoggettate al nuovo rito siano particolarmente semplici»[128], o quanto meno così semplici da poter essere decise e motivate seduta stante, l'eventualità del differimento del deposito della sentenza, che dovrebbe essere eccezionale, è probabile che diventi, in realtà, assai frequente[129].

Naturalmente, tanto nel primo come nel secondo caso, la decisione deve essere deliberata, nel segreto della camera di consiglio, secondo le modalità di cui all'art. 276 c.p.c.

La sentenza stesa a verbale in seguito alla discussione orale, o comunque il suo deposito in tempi brevi, con un differimento di soli trenta giorni dalla discussione, dovrebbe costituire, secondo gli auspici del legislatore, l'esito normale ed effettivo del processo.

Lo assicurerebbe il meccanismo costituito dal decreto di fissazione dell'udienza, che, obbligando il giudice ad arrivare all'udienza preparato, dopo aver deciso le questioni su cui deve prendere posizione nel decreto di fissazione dell'udienza e quindi dopo aver studiato le memorie scambiatesi dalle parti nella fase preparatoria, renderebbe in pratica possibile la decisione immediata[130].

È stato notato che, provvedendo immediatamente a definire la controversia a conclusione dell'udienza, sarà eliminato il «collo di bottiglia» oggi rappresentato dalla stesura della sentenza[131], che costituisce uno dei motivi di allungamento dei tempi processuali e uno dei più frequenti motivi di condanna dello Stato italiano per l'eccessiva durata dei giudizi.

Naturalmente, l'asserzione andrà verificata alla luce delle prassi che si andranno ad instaurare, non potendosi escludere che, contrariamente a quanto sperato, diventi un'abitudine disporre, anche in casi di non particolare complessità della controversia, che la sentenza sia depositata in cancelleria in un momento successivo, rispetto al quale il termine di trenta giorni dalla chiusura della discussione orale costituisce una mera indicazione ordinatoria[132]. Ed in ogni caso è evidente che,

---

[128] COSTANTINO, *op. cit.*, 2003, 428.

[129] Così COSTANTINO, *op. loc. ult. cit.*, il quale, peraltro, si rimette alla verifica della pratica applicazione.

[130] Lo sottolineano le note illustrative al punto 21) del progetto elaborato dalla Commissione Vaccarella, attualmente recepito nell'art. 22 del d.d.l. delega C. 4578/XIV, dove inoltre si commenta che in questo modo «si realizzerà davvero uno dei più caratterizzanti obiettivi dell'oralità, vanamente inseguito quando si pretenda, come il vigente codice pretende, che *tutto* il processo – e non già il suo momento saliente di un'udienza di effettiva trattazione – si svolga *coram judice*».

[131] Così le note illustrative al punto 21) della proposta della Commissione Vaccarella (e quindi dell'art. 22 del d.d.l. delega C. 4578/XIV).

[132] Per RICCI, *op. cit.*, 219, l'eccezione prevista dall'art. 16 del decreto sul contenzioso societario, finanziario e bancario (e dall'art. 21 della bozza elaborata dalla Commissione Vaccarella), in forza di cui il giudice, per la complessità della causa, si può riservare di decidere depositando la sentenza

qualora la domanda di giustizia ecceda la capacità di risposta dei giudici destinati a soddisfarla, il collo di bottiglia, eliminato a valle, tenderà a formarsi a monte, con riferimento all'emanazione del decreto di fissazione dell'udienza.

Non pare però di per sé censurabile che il legislatore delegato abbia deciso di riecheggiare, al 5° co. dell'art. 16, la struttura delineata dall'art. 281 sexies c.p.c., e cioè la pronuncia della decisione a seguito di trattazione orale, senza che si faccia luogo allo scambio delle conclusionali. È vero che questa modalità, da cui il legislatore delegato ha tratto ispirazione, è stata introdotta nel giudizio ordinario di cognizione per le cause dinanzi al tribunale in composizione monocratica, quando esse rivestano una modesta difficoltà, tale da rendere superfluo un ulteriore contraddittorio scritto. Ed è altresì vero che nel caso delle controversie in esame, invece, oltre ad aver di fronte, normalmente, il tribunale in composizione collegiale, le cause sono in genere di notevole complessità. Tuttavia, ciò non deve preoccupare eccessivamente. Nel processo di cui al d.lgs. 5/2003 il contraddittorio scritto trova infatti abbondante spazio, essendo previsto, ai sensi del 3° co. dell'art. 12, che, una volta emanato il decreto di fissazione dell'udienza, nella fase davanti al giudice (dopo lo svolgimento in forma esclusivamente scritta della fase preparatoria), almeno cinque giorni prima dell'udienza, le parti possano depositare memorie conclusionali. In pratica, dunque, la scelta del modulo a trattazione orale secondo il modello dell'art. 281 sexies c.p.c. priva le parti di ulteriori memorie conclusionali che avrebbero ad oggetto solo gli esiti dell'istruttoria nonché il provvedimento con cui il collegio abbia modificato o revocato (o abbia negato la revoca o la modifica) del decreto di fissazione dell'udienza. Pare pertanto ragionevole aver stabilito che su un tale oggetto, piuttosto limitato, le parti debbano limitarsi a discutere oralmente.

6.11. (Segue.) ... la motivazione in forma abbreviata

Infine, l'ultima parte del 5° co. dell'art. 16 consente al giudice di motivare la sentenza in forma abbreviata, mediante il rinvio agli elementi di fatto riportati in uno o più atti di causa e la concisa esposizione delle ragioni di diritto[133], che potrà limitarsi anche al mero riferimento a precedenti conformi[134].

---

nei trenta giorni successivi, «forse (a quanto si può temere) finirà con il prevalere nella pratica».

[133] Nel medesimo senso, al punto 14) della proposta elaborata dalla Commissione Vaccarella, ed oggi all'art. 14 del d.d.l. delega C. 4578/XIV, si suggerisce di «prevedere che la sentenza possa non esporre lo svolgimento del processo se non necessario ai fini della motivazione della decisione ovvero, se necessario, anche estraendolo da un atto di parte e dandone atto».

Un cenno alla sinteticità delle sentenze era contenuto anche nel d.l. 11 settembre 2002, n. 201, (non converito, nella parte che qui interessa) che aggiungeva al 6° co. dell'art. 3 della l. 24 marzo 2001, n. 89, sull'equa riparazione per l'eccessiva durata dei processi la precisazione che il decreto (*rectius*, la sentenza) con il quale la corte d'appello decide sull'istanza di equa riparazione «è motivato in forma sintetica, anche solo con il richiamo di precedenti decisioni conformi, omesso ogni riferimento allo svolgimento dei fatti non strettamente necessario ai fini della decisione».

[134] Nella materia in esame risultano così superati i dubbi attualmente esistenti circa la legittimità in sé della motivazione *per relationem*.

Le considerazioni in diritto potranno pertanto essere operate tramite il semplice rinvio alla giurisprudenza consolidata della Suprema Corte o a orientamenti pacifici tra i giudici di merito, specie se si tratta di orientamenti condivisi all'interno dell'ufficio giudiziario interessato, mentre sembrerebbe poco puntuale, pur rivestendo i richiesti requisiti formali indispensabili, una motivazione che richiami un orientamento minoritario o comunque in contrasto con la Cassazione. In queste ultime ipotesi, parrebbe doveroso che il giudice si impegni in uno sforzo argomentativo capace di contribuire al superamento dell'orientamento dominante, salvo potersi in seguito limitare, nelle vicende simili, qualora non siano nel frattempo emersi nuovi argomenti, ad una mera *relatio* ai propri precedenti sul punto.

È da notare che, come precisa il legislatore delegato, la motivazione in forma abbreviata potrà essere adottata «sempre», e quindi, a differenza della sentenza succintamente motivata, di cui al 4° co. dell'art. 26, 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dal 4° co. nel processo amministrativo dell'art. 9, l. 21 luglio 2000, n. 205, non solo nel caso in cui l'esito della causa appaia manifesto[135]. L'analogia tra la motivazione in forma abbreviata prevista dal d.lgs. 5/2003 e la sentenza succintamente motivata del processo amministrativo[136], che «può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo, ovvero, se del caso, ad un precedente conforme», va dunque intesa *cum grano salis*.

Quanto poi allo scopo del nuovo istituto, è evidente che si vorrebbe velocizzare, senza peraltro giungere al punto di rendere la motivazione obbligatoria solo quando una delle parti lo chieda[137], la stesura delle sentenze, che impe-

---

In proposito, assumendo una posizione «di compromesso» più restrittiva di quella che sembra consentita dal d.lgs. 5/2003, Cass., 3 febbraio 2003, n. 1539, in *Mass Giur. it.*, 2003, 156, in *Giur.*, 2003, 1224, e in Fisco, 2003, 1238, ha affermato che la motivazione di una sentenza *per relationem* ad altra sentenza deve ritenersi ammissibile quando il giudice non si fermi ad un generico richiamo ma riporti il contenuto della decisione evocata facendolo proprio con autonoma e critica valutazione.

[135] Si è così generalizzata, nel campo del processo amministrativo, la «motivazione in forma abbreviata» prevista per i giudizi in tema di opere pubbliche dal 2° co. dell'art. 1, l. 23 maggio 1997, n. 135, di conversione dell'art. 19, d.l. 25 marzo 1997, n. 67. Ma per la verità il n. 3) dell'art. 65 reg. proc. C. Stato già parlava, quanto alla forma della sentenza amministrativa, di «una succinta esposizione dei motivi di fatto e di diritto».

[136] Segnalata da SANTOSUOSSO, *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003 296, nota 13, e VULLO, *op. cit.*, 557.

[137] Il punto 13) della proposta di revisione complessiva del codice di rito presentata alla stampa il 12 luglio 2002 dalla Commissione Vaccarella prevedeva la motivazione a richiesta, ma esclusivamente per le controversie del giudice di pace di minore valore. Questa timida apertura è peraltro venuta meno nel d.d.l. delega C. 4578/XIV, dove non si parla più di sentenze per le quali vi sia obbligo di depositare la motivazione solo qualora intervenga l'istanza di parte (anche se meccanismi del tipo di quello descritto potrebbero venire ugualmente introdotti in applicazione del criterio contenuto nell'art. 3 del d.d.l. delega, secondo cui per le controversie del giudice di pace di minore valore potranno prevedersi «opportuni temperamenti di carattere semplificativo»).

La cautela verso l'introduzione dell'istituto della motivazione a richiesta appare giustificata. La costituzionalità della motivazione su istanza di parte è infatti dubbia, a fronte del disposto del 1° co. dell'art. 111 Cost., che statuisce che «tutti i provvedimenti giurisdizionali debbono essere

gna, anche a causa di una talvolta inutile complessità delle motivazioni, una parte importante del tempo dedicato dai giudici al lavoro.

Ma la questione, più che essere oggetto di una previsione normativa, andrebbe affrontata sul piano della formazione dei magistrati e della cultura della giurisdizione da loro introiettata, che inevitabilmente si riflette sullo stile delle sentenze.

In ogni caso, la sintesi non potrà giungere al punto di far smarrire quale sia l'*iter* logico-giuridico che ha condotto il giudice a rendere una determinata decisione. La concisione, in altri termini, non potrà andare a scapito della chiarezza e della concatenazione argomentativa, che dovrà comunque essere adeguata alla complessità della causa.

6.12. (Segue.) ... le valutazioni operate sulla nuova struttura della fase decisoria

Il richiamo al meccanismo di decisione di cui all'art. 281 sexies c.p.c. e l'esortazione alla stringatezza della motivazione, contenuta all'art. 16, 5° co., ultima parte, sono scelte sicuramente condivisibili in linea generale.

Non è peraltro mancato il rilievo secondo cui pretendere una decisione immediata sembra in contraddizione sia con l'oggetto delle controversie societarie, finanziarie e bancarie, caratterizzate mediamente da un alto grado di complessità, sia con il modello processuale adottato per le fasi precedenti, che prevede la possibilità di una serie consistente di atti scritti difensivi, il cui scambio porta ad un groviglio di domande, eccezioni ed istanze non semplice da districare. Né il giudice relatore potrebbe superare queste difficoltà con uno studio approfondito degli atti processuali prima della udienza di discussione, considerata la brevità dell'intervallo temporale di non oltre trenta giorni intercorrente tra la comunicazione alle parti del decreto di fissazione e lo svolgimento dell'udienza[138].

Queste critiche non colgono però del tutto nel segno perché la possibilità di una decisione immediata o comunque in un termine breve non dipende tanto dalla semplicità o complessità della controversia quanto dal grado di preparazione del giudice. E non si può neppure dire che il giudice abbia poco tempo per preparare l'udienza, dal momento che, secondo la filosofia del meccanismo processuale congegnato dal legislatore della riforma, lo studio dei fascicoli è il presupposto per poter prendere posizione sulle questioni decise con il decreto di fissazione dell'udienza (per emanare il quale, *ex* art. 12, 2° co., il giudice relatore ha cinquanta giorni, prorogabili dal presidente del tribunale, dalla designazione).

---

motivati». Per la legittimità della motivazione successiva ed eventuale, su richiesta di parte, come è costituzionalmente legittimo il contraddittorio successivo ed eventuale previsto, ad es., nel procedimento per decreto ingiuntivo, v. peraltro CHIARLONI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile*, in *Riv. dir. process.*, 2000, 1010-1034.

[138] In questo senso, v. il parere reso dal C.S.M. sullo schema di decreto approvato dal Consiglio dei Ministri il 30 settembre 2002.

6.13. Il cambiamento del rito

L'udienza può concludersi anche senza la pronuncia di una sentenza.

Infatti, ai sensi del 6° co. dell'art. 16[139], se rileva che una causa promossa nelle forme di cui al d.lgs. 5/2003 riguarda un rapporto diverso da quelli previsti dall'art. 1, il tribunale, quando comunque sia competente, dispone con ordinanza il cambiamento del rito, designa il giudice istruttore e fissa l'udienza di trattazione. Se invece la controversia non solo non verte su un rapporto compreso tra quelli di cui all'art. 1 ma non è nemmeno attribuita alla sua competenza, il tribunale rimette la causa con ordinanza al giudice competente, fissando un termine perentorio non superiore a novanta giorni per il deposito del ricorso in riassunzione.

L'ultima parte del 6° co. dell'art. 16 dispone inoltre che restano ferme le decadenze già maturate.

Questo significa che il rito ordinario, se iniziato con le forme del rito speciale delle controversie societarie, finanziarie e bancarie, vede una generalizzata anticipazione delle barriere preclusive. Basti in proposito rilevare che, mentre nel rito ordinario è ancora possibile, dopo che si è svolta la prima udienza, proporre eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio (art. 180 c.p.c.), precisare e modificare le domande, le eccezioni e le conclusioni già formulate (art. 183 c.p.c.), produrre documenti ed indicare nuovi mezzi di prova (art. 184 c.p.c.), nel rito speciale, una volta che si sia giunti all'udienza, le preclusioni per le parti sono già definitivamente maturate in un momento precedente: all'atto dela notifica dell'istanza di fissazione dell'udienza. La circostanza che la prima parte del 6° co. dell'art. 16 disponga che il processo condotto con le forme speciali si riallacci a quello da proseguire con le forme ordinarie fissando la data dell'udienza di trattazione dunque non consente, nei venti giorni prima dello svolgimento di tale udienza, di proporre eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio, né permette di modificare altrimenti, *ex* artt. 183 o 184 c.p.c., il *thema decidendum* e il *thema probandum*: lo vieta l'art. 16, 6° co., ultima parte, laddove conferma la validità delle decadenze in cui si sia incorsi nella fase svolta con il rito speciale[140]. Tale regolamentazione

[139] Questo comma, assente nello schema di decreto approvato dal Consiglio dei Ministri del 30 settembre 2002, è stato aggiunto nel testo approvato dal Consiglio dei Ministri del 10 gennaio 2002, poi pubblicato in Gazzetta Ufficiale.

In seguito, la disposizione ha subito una rettifica, operata dalla Presidenza del Consiglio con comunicato relativo al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 9 settembre 2003, con cui si è precisato che, per un errore materiale, all'art. 16, 6° co., primo periodo, in tema di conversione dal rito speciale a quello ordinario, anziché «e fissa l'udienza per la prosecuzione del giudizio», deve leggersi la formula (meno generica) «e fissa l'udienza di trattazione».

[140] Risulta pertanto di scarsa importanza stabilire se l'udienza fissata dal giudice istruttore per la prosecuzione del giudizio sia l'udienza di trattazione descritta dall'art. 183 c.p.c., come suggerisce la rubrica di tale ultimo articolo, o se invece ci si deve riferire all'antecedente udienza di cui all'art. 180 c.p.c., che pure è una udienza «di trattazione».

può destare qualche perplessità, dal momento che, facendo salve le decadenze maturate nella fase preparatoria anche quando risulti che invece del rito speciale si doveva seguire quello ordinario, si impedisce al convenuto di ribellarsi all'iniziativa dell'attore che voglia giungere alla determinazione del *thema decidendum* e del *thema probandum* in base alle nuove modalità di cui al d.lgs. 5/2003. Per poter evocare il giudice che disponga il cambiamento del rito, il convenuto si trova infatti nella scomoda posizione di dover proporre, *ex* art. 8, istanza di fissazione di udienza, rinunciando a sviluppare le proprie difese e correndo così il rischio di rimanere intrappolato in qualche decadenza. D'altra parte, il regime descritto appare giustificato, in chiave di economia processuale, dal fatto che nei processi intrapresi secondo il rito speciale si svolge, prima del cambiamento del rito, un'ampia fase preparatoria il cui svolgimento sarebbe rimesso in discussione e vanificato se si dovesse ammettere la riapertura di termini che nel processo ordinario maturano più tardi proprio a causa del mancato svolgimento di una analoga fase preparatoria.

7. Notificazioni e comunicazioni (art. 17)

7.1. Gli strumenti tecnologici: presupposti e rinvio alla normativa di settore

Per velocizzare gli adempimenti, nel solco della direttiva per l'accelerazione e l'efficienza di cui al 1° co. e alla lett. a) del 2° co. dell'art. 12 della legge delega, il legislatore delegato ha ritenuto di consentire che le parti costituite possano essere destinatarie di notificazioni e comunicazioni effettuate in forme semplificate.

In particolare, il 1° co. dell'art. 17 del decreto dispone che le notificazioni e comunicazioni tra difensori, nonché tra ufficio di cancelleria e difensori nel corso del procedimento, siano sempre possibili non solo a norma degli artt. 136 ss. c.p.c. ma anche a mezzo fax o per *e-mail*.

Ed il 2° co. precisa che le trasmissioni via fax o con la modalità elettronica devono essere effettuate nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione e la trasmissione dei documenti informatici e teletrasmessi.

Queste previsioni dell'art. 17, su cui, in linea di principio, non si può che essere favorevoli[141], si collegano con quanto disposto dagli artt. 2 e 4, dove si stabilisce che l'atto di citazione dell'attore e la comparsa di risposta del convenuto debbano contenere il numero di fax o l'indirizzo di posta elettronica (ovvero, come è ragionevole ritenere consentito, sia l'uno che l'altro) presso cui il difensore dichiara di voler ricevere le comunicazioni e le notificazioni nel corso del procedimento.

[141] Del tutto positiva è l'introduzione di notificazioni e comunicazioni a mezzo fax e posta elettronica anche secondo il parere reso dal C.S.M. sullo schema di decreto approvato dal Consiglio dei Ministri del 30 settembre 2003.

Esse inoltre rinviano alla normativa sulla sottoscrizione e la trasmissione dei documenti informatici e teletrasmessi.

Tale normativa, in attesa di un intervento razionalizzatore[142], è contenuta in parecchi testi normativi.

7.2. (Segue.) ... il fax

Quanto alla trasmissione via fax, la legge 7 giugno 1993, n. 183[143], in materia di utilizzazione dei mezzi di telecomunicazione per la trasmissione degli atti relativi a procedimenti giurisdizionali, apparentemente in argomento, è in realtà scarsamente pertinente.

Il 1° co. dell'art. 1 di tale legge (che è composta da un articolo unico) non si occupa infatti di notificazioni tra le contrapposte parti del processo ovvero di comunicazioni e notificazioni tra l'ufficio giudiziario e queste ultime, ma della trasmissione di atti del processo tra difensori ai quali sia stata conferita la medesima procura alle liti. In sostanza, l'oggetto di questa legge è la trasmissione degli atti tra codifensori, in particolare tra il *dominus*, che normalmente redige gli atti, e il suo corrispondente, domiciliato in altro circondario di un tribunale, che si occupa di depositarli e scambiarli.

Ed anche il 2° co. dell'art. 1, relativo alla trasmissione non di atti di parte ma di un provvedimento del processo, pur non chiedendo che gli avvocati tra i quali avviene la trasmissione siano entrambi in delega, non sembra utilizzabile ai fini della notificazione tra parti contrapposte a cui si riferisce il 1° co. dell'art. 17.

Deve pertanto ritenersi, anche per non complicare inutilmente la disciplina, che né i presupposti a cui è condizionata la possibilità di trasmettere gli at-

---

[142] Il punto 14) della proposta per la riforma organica del processo civile elaborata dalla Commissione Vaccarella, confluito nell'art. 14 del d.d.l. delega C. 4578/XIV, preannuncia la revisione dell'intero sistema delle comunicazioni ai difensori e tra i difensori delle parti, fissando da un lato l'obbligo per il difensore di indicare numero di fax o indirizzo di posta elettronica al momento della costituzione (nel d.d.l. delega si accenna, più genericamente, alla possibilità che il difensore indichi il numero telefonico o l'indirizzo e-mail al quale ricevere le comunicazioni), e, dall'altro, individuando le modalità tecniche che diano certezza della ricezione dell'atto comunicato o notificato con le recenti modalità tecnologiche. Il punto 14) viene seguito, a completamento, dal punto 25), ora recepito nell'art. 21 del d.d.l. delega C. 4578/XIV, che dispone la revisione della disciplina della forma degli atti processuali, coordinandola con le caratteristiche e le esigenze del processo informatizzato.

Nelle note illustrative al progetto Vaccarella si spiega che tale direttiva riformatrice «ha specificamente la funzione di recepire, nel testo del codice, la disciplina che il legislatore sta progressivamente introducendo, al fine di rendere possibile lo svolgimento del processo informatico. Sembra opportuno, infatti, che tale disciplina non sia lasciata a testi normativi speciali, esterni al codice. Ciò soprattutto perché alcune esperienze straniere mostrano che, una volta che sia reso possibile il compimento degli atti del processo in forma digitale, ciò diviene in breve tempo il modo assolutamente prevalente di svolgimento del processo stesso».

[143] Su cui v. RONCO, *Telefax, prova e processo civile*, in CHIARLONI (a cura di), *Trasmissione via fax e notificazioni ad opera degli avvocati*, Padova, 1996.

ti processuali via fax né gli oneri di attestazione da parte dell'avvocato che trasmette e di quello che riceve, di cui alla l. 183/1993, operino nel campo delle comunicazioni e notificazioni alle quali fa riferimento l'art. 17, d.lgs. 5/2003.

In assenza di una specifica disciplina, dovrà semmai ragionarsi sui principi generali e sui dati di comune esperienza.

In questo senso, pare chiaro che la prova dell'eseguita notificazione non potrà considerasi assolta semplicemente producendo il talloncino di spedizione stampato dal fax di partenza. Nulla assicura infatti che il destinatario dell'atto abbia effettivamente ricevuto un testo corrispondente all'originale. A fronte della prova che la trasmissione è stata effettuata all'utenza del difensore destinatario, contenuta in un talloncino dove risultino indicati il giorno e l'ora di ricezione (cosiddetto «ok»), il ricevente potrebbe controbattere di aver ricevuto un documento diverso, illeggibile, o addirittura un foglio bianco[144].

È però altresì vero che talvolta si è ritenuto sufficiente, ai fini della prova di una comunicazione fatta con lettera raccomandata, la produzione in giudizio, insieme con la cartolina di ritorno, della copia dell'atto rimasta a mani del mittente. Pure qui nulla assicura che il destinatario abbia ricevuto un testo corrispondente a quanto affermato da chi ha spedito l'atto. Ma si è giudicato preferibile gravare il ricevente dell'onere della prova che la missiva era diversa dalla copia prodotta dall'altra parte o che la busta non conteneva nulla[145]. Potrebbe quindi anche sostenersi che, essendo questa fattispecie analoga a quella della trasmissione via fax, dove, similmente, può fornirsi la prova della spedizione ma non della corrispondenza tra originale e copia, non si comprende perché l'onere della prova non sia invertito anche nel caso del telefax.

7.3. (Segue.) ... la posta elettronica

Quanto all'*e-mail*, occorre ricordare che il d.m. 13 febbraio 2001, n. 123, sulla disciplina sull'uso di strumenti informatici e telematici nel processo civile, nel processo amministrativo e nel processo dinanzi alle sezioni giurisdizionali della Corte dei conti, già prevede, agli artt. 6 e 7, che le comunicazioni e notificazioni, se dirette al difensore della parte, possano avvenire all'indirizzo di posta elettronica del difensore.

Il decreto a cui si è fatto cenno non è tuttavia ancora operativo.

Non è stato infatti ancora realizzato il sistema, al quale fa riferimento il d.m. 123/2001, secondo cui, ai sensi degli artt. 6 e 7, i difensori, se intendono ac-

---

[144] Nel senso che «l'impugnativa del licenziamento nel termine di sessanta giorni previsto dall'art. 6 l. 604/1966, non può essere effettuata tramite telefax, il quale, a differenza del telegramma o del telex, può offrire una prova solo al destinatario del messaggio mentre il mittente non può dimostrare l'avvenuta trasmissione», v. Pret. Lucca, 27 maggio 1994, in *Mass. Giur. lav*., 1994, 605.

[145] Cfr. Cass., 28 maggio 1991, n. 6024, in *Mass. Giur. it.*, 1991, 520, in *Arch. civ.*, 1991, 1254, e in *Arch. locaz.*, 1991, 734; Id., 5 giugno 1987, n. 4893, in *Mass. Giur. it.*, 1987, 776; Id., 9 settembre 1978, n. 4083, in *Foro it*., 1979, I, 400.

cedere alle funzionalità del processo telematico, debbono comunicare il proprio indirizzo di posta elettronica, presso cui consentono a ricevere comunicazioni e notificazioni, al Consiglio dell'ordine di appartenenza, il quale a sua volta, ai sensi del 3° co. dell'art. 3, dovrà trasmettere gli indirizzi al Ministero della giustizia, che li inserirà in un elenco ufficiale consultabile anche in via telematica[146]. Né tanto meno, sono stati attrezzati gli uffici UNEP, presso cui transiterà tutta l'attività notificatoria, posto che, a differenza di quanto prevede il d.lgs. 5/2003, il d.m. 123/2001 non permette la notifica diretta tra difensori delle parti ma impone, *ex* art. 6, 2° co., l'intermediazione necessaria dell'ufficiale giudiziario[147].

Già almeno in parte applicabile è invece il d.p.r. 10 novembre 1997, n. 513[148], recante norme sul valore probatorio e sulla trasmissione del documento informatico, che deve considerarsi richiamato dal 2° co. dell'art. 17. Ne discende, tra l'altro, che, come si ricava dall'art. 12 di tale decreto presidenziale ed in linea con quanto affermato dall'art. 11, 1° co., della Direttiva 2000/31/CE dell'8 giugno 2000[149], la notificazione dovrà ritenersi compiuta non quando il destinatario apra (e cioè visualizzi) la posta elettronica, ma quando il gestore del sistema di trasporto delle informazioni abbia reso accessibile l'atto al destinatario[150]. Ciò alla stessa stregua di quanto avviene con la posta ordinaria pervenuta all'indirizzo fisico del destinatario. È in altri termini sufficiente, data l'assimilazione tra trasmissione telematica e posta ordinaria operata dal 3° co. dell'art. 12, d.p.r. 513/1997, che l'*e-mail* raggiunga il gestore del servizio del destinatario e che,

---

[146] Nel sistema di cui al d.m. 123/2001, le notificazioni e le comunicazioni per *e-mail* potranno farsi, peraltro, non solo ai difensori ma anche ai consulenti e alle parti personalmente. Per gli esperti e gli ausiliari del giudice si farà riferimento all'indirizzo elettronico comunicato dai medesimi ai propri ordini professionali o all'albo dei consulenti presso il tribunale (art. 7, 1° co.). E per tutti gli altri soggetti l'indirizzo elettronico valido sarà quello dichiarato al certificatore della firma digitale (su cui v. gli artt. 8, 9 e 17, d.p.r. 513/1997) al momento della richiesta di attivazione della procedura informatica di certificazione della firma digitale medesima (art. 7, 2° co.). Tale ultima previsione è di notevole significato: il soggetto che vorrà munirsi, per la propria attività, della firma digitale dovrà accettare il fatto che all'indirizzo elettronico dichiarato a tal fine ed inserito in elenchi consultabili dal pubblico (art. 7, 3° co.) potranno pervenire notificazioni di atti processuali pienamente efficaci e valide. Poiché la diffusione della firma digitale sarà massiccia e pressoché indispensabile per l'esercizio di attività economiche, questo vuol dire che, in prospettiva, si avvieranno a soluzione molte delle difficoltà attualmente insite nell'attività notificatoria e che riverberano effetti gravemente negativi sui processi.

[147] Per la precisione, ai sensi del 2° co. dell'art. 6, la parte che richiede la notificazione di un atto dovrà trasmettere per via telematica l'atto medesimo all'ufficiale giudiziario, che procederà alla notifica con le medesime modalità.

[148] Tale d.p.r. viene espressamente richiamato, in tema di attestazione temporale della notificazione, dall'art. 8 d.m. 123/2001.

[149] Si tratta della direttiva «sui servizi della società dell'informazione», più comunemente nota come «direttiva sul commercio elettronico».

[150] Secondo la definizione di cui all'art. 11, 1° co., della Direttiva 2000/31/CE, «l'ordine e la ricevuta di atti si considerano pervenuti quando le parti cui sono indirizzati hanno la possibilità di accedervi».

quindi, il destinatario sia in grado di accedere al messaggio. Coerentemente, poi, la prova dell'avvenuta notificazione sarà costituita dall'immediata ed automatica «ricevuta di consegna» rilasciata dal gestore del sistema di trasporto delle informazioni del destinatario nel momento in cui il messaggio inviato è reso disponibile al destinatario medesimo nella sua casella di posta elettronica.

7.4. Lo scambio diretto tra i difensori

L'art. 17, alla lett. c) del 1° co., inoltre prevede che le notificazioni tra le parti costituite possano effettuarsi pure con scambio diretto tra difensori attestato da sottoscrizione per ricevuta sull'originale, apposta anche da parte di collaboratore o addetto allo studio del difensore.

Naturalmente, la disposizione di cui alla lett. c) si iscrive, al pari delle disposizioni di cui alle lett. a) e b), nell'intento di velocizzare e semplificare gli adempimenti, nel solco della direttiva per l'accelerazione e l'efficienza di cui al 1° co. e alla lett. a) del 2° co. dell'art. 12 della legge delega.

Essa costituisce l'unica modalità alternativa rispetto alle forme di cui agli artt. 136 ss. c.p.c. quando si tratti di notificare nei confronti della parte che abbia omesso di ottemperare all'obbligo dettato dagli artt. 2 e 4 di indicare negli atti introduttivi del giudizio il numero di fax o l'indirizzo di posta elettronica presso cui ricevere le comunicazioni e le notificazioni nel corso del procedimento[151].

La possibilità di notificazione diretta tra avvocati non è peraltro nuova nell'ordinamento italiano.

Gli artt. 4 e 5, della l. 21 gennaio 1994, n. 53, sulla facoltà per gli avvocati di notificare atti civili, amministrativi e stragiudiziali, prevedono infatti, nel contesto di un complicato meccanismo di presupposti, autorizzazioni da parte del Consiglio dell'ordine, tenuta di registri cronologici, vidimazioni di atti e registri, datazioni, annotazioni e numerazioni[152], che gli avvocati possano notifica-

[151] Come esposto *supra*, non può ritenersi che la mancata indicazione del numero di fax o dell'indirizzo di posta elettronica determini la nullità dell'atto di citazione o della comparsa di risposta perché comunque le notificazioni e le comunicazioni possono continuare a farsi con le modalità tradizionali. Né può ritenersi che il numero di fax o l'indirizzo *e-mail* possano ricavarsi *aliunde*, anche se non dichiarati. Mancando elenchi ufficiali, non si potrebbe essere sicuri di notificare o comunicare alla persona giusta. Questa situazione potrebbe peraltro cambiare con l'attuazione del d.m. 13 febbraio 2001, n. 123, che agli artt. 6 e 7 prevede che gli avvocati che intendano avvalersi di strumenti informatici e telematici nel processo civile, amministrativo e contabile debbano comunicare il proprio indirizzo di posta elettronica al Consiglio dell'ordine di appartenenza il quale, a sua volta, lo deve trasmettere al Ministero della Giustizia che curerà un apposito elenco ufficiale degli indirizzi di posta elettronica consultabile anche in via telematica.

[152] In argomento, con riguardo ai vari profili, v. il mio contributo nonché quelli di GILI, NEGRINI e NTUK, in CHIARLONI (a cura di), *Trasmissione via fax e notificazioni ad opera degli avvocati*, Padova, 1996. Sul tema v. anche MAIENZA, *L'illusione della legge sulle notifiche a cura degli avvocati*, in *Corr. giur.*, 1994, 275-276; DITTRICH, *La notificazione di atti ad opera di avvocati e procuratori legali (l. 21 gennaio 1994, n. 53),* in *Riv. dir. process.*, 1994, 425-449; BALENA, *Sulle notifica-*

re «direttamente mediante consegna di copia dell'atto nel domicilio del destinatario, nel caso in cui il destinatario sia altro avvocato o procuratore legale, che abbia la qualità di domiciliatario di una parte e che sia iscritto nello stesso albo del notificante»[153].

Tutta questa normativa, considerata unanimemente alquanto farraginosa e praticamente inutilizzabile, non si applica nel rito societario e creditizio.

La lett. c) del 1° co. dell'art. 17 detta infatti una disciplina speciale che deroga a quella più generale contemplata dalla l. 53/1994.

Lo scambio diretto tra difensori non è quindi soggetto a preventive autorizzazioni o limitazioni di ambito territoriale, né tanto meno a vidimazioni, registrazioni, apposizione di data e altre formalità. Sarà sufficiente, come prevede l'art. 17, una sottoscrizione per ricevuta sull'originale. E poiché l'art. 17 espressamente dispone che la ricevuta può essere apposta anche da parte di preposti allo studio professionale, non sarà necessario cercare prima l'avvocato destinatario della notifica, con la complicazione di dover dar atto nella relata di notifica di non averlo trovato (come invece prescrive l'art. 5, l. 53/1994).

Della l. 53/1994 va comunque salvato, in quanto espressione di un principio valido, ovviamente, anche nel rito societario e creditizio, il 2° co. dell'art. 6, a cui tenore il compimento di irregolarità o abusi nell'esercizio delle facoltà di notificazione costituisce grave illecito disciplinare, indipendentemente dalla responsabilità prevista da altre norme. Sembrerebbe anzi doversi rilevare che la maggiore fiducia accordata agli avvocati dal d.lgs. 5/2003, che non ha sottoposto l'attività notificatoria a tutte le formalità contemplate dalla l. 53/1994, debba indurre ad una severità disciplinare ancora maggiore. Ovviamente, poi, una analoga grave responsabilità disciplinare dovrebbe essere riconosciuta in capo all'avvocato destinatario dell'atto quando ostacoli il compimento di una notifica con le descritte modalità semplificate. Così, ad esempio, dovrebbe essere severamente censurato il comportamento di quell'avvocato che, in ipotesi, nell'ultimo giorno utile per notificare una memoria all'avversario, si rifiuti di ricevere l'atto ovvero chiuda, nel normale orario lavorativo, il proprio studio, rendendo così impossibile il perfezionamento della notifica mediante sottoscrizione per ricevuta sull'originale apposta da parte di collaboratore o addetto allo studio del difensore. È vero che, non apparendo applicabili gli artt. 138, 2° co., e 140 c.p.c.[154], in questa maniera l'avvocato fa l'interesse del proprio cliente, im-

---

zioni eseguibili dal difensore (l. 21 gennaio 1994 n. 53), in *Foro it.*, 1994, I, 2373-2392; BRUNELLI, *Prime riflessioni intorno alla nuova legge sulle notificazioni affidate agli avvocati*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1994, 645-659; MURRA, *Brevi note di commento alla l. 21 gennaio 1994, n. 53, sulla facoltà di notificazione degli atti da parte degli avvocati*, in *Giust. civ.*, 1994, II, 233-245.

[153] Sulla notificazione diretta tra avvocati v., in particolare, NEGRINI, *Notifiche dirette in generale*, e ID., *Modalità di esecuzione per le notifiche dirette*, in CHIARLONI (a cura di), *Trasmissione via fax e notificazioni ad opera degli avvocati*, Padova, 1996.

[154] Per l'impossibilità di richiamare il 2° co. dell'art. 138 e l'art. 140 c.p.c., nel caso di rifiuto del destinatario o dell'addetto allo studio o al suo servizio di ricevere l'atto, v. per tutti, con riferimento

pedendo al notificante di portare a termine il procedimento di notifica e potendo quindi far incorrere l'altra parte in una decadenza. Ma è altresì vero che il dovere di difendere il proprio assistito deve svolgersi senza infrangere l'obbligo di comportarsi in giudizio con lealtà e probità accollato agli avvocati dall'art. 88 c.p.c.

7.5. L'ambito di applicazione della nuova disciplina su notifiche e comunicazioni

Le esposte modalità di notificazione e comunicazione tra e nei confronti delle parti costituite si applicano, ai sensi del 2° co. dell'art. 17, a tutti i procedimenti previsti dal d.lgs. 5/2003.

La notifica o comunicazione a mezzo fax o *e-mail*, nonché la notifica diretta tra avvocati, opererà dunque non solo nell'ambito del processo speciale di cognizione di cui agli artt. 2 ss., in primo e in secondo grado, ma anche nell'ambito del procedimento sommario di cui all'art. 19, di quello cautelare di cui agli artt. 23 e 24 e di quello camerale di cui agli artt. 25 ss.

Qualche dubbio sull'operatività *ex lege* dell'art. 17 nell'arbitrato e nella conciliazione di cui agli artt. 34 ss. e 38 ss. deriva dal fatto che nelle procedure di arbitrato e conciliazione non si può parlare di costituzione delle parti se non in senso atecnico, sicché potrebbe negarsi che sussistano parti costituite nei cui confronti operare notificazioni o comunicazioni.

8. Procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo (art. 2 ult. co.)

8.1. La dimidiazione dei termini

Inserendo un nuovo 3° co. nell'art. 2, il decreto di coordinamento e di modifica ha introdotto una disciplina particolare per quanto riguarda il giudizio di opposizione nei confronti di decreti ingiuntivi emessi nella materia oggetto del d.lgs. 5/2003.

Ovviamente, dettando una disciplina speciale per l'opposizione all'ingiunzione, il decreto di coordinamento e di modifica ha implicitamente ammesso che nell'ambito di applicazione dell'art. 1 possa continuarsi a chiedere l'emissione di decreti ingiuntivi. La questione in precedenza era dubbia, giacché avrebbe potuto sostenersi che, essendo stato previsto all'art. 19 un apposito

---

alle notifiche dirette ai sensi della l. 53/1994, dove si pone il medesimo problema, NEGRINI, *Modalità di esecuzione per le notifiche dirette*, in CHIARLONI (a cura di), *Trasmissione via fax*, cit., 260 s., il quale osserva che applicare il modello codicistico, secondo cui il rifiuto di ricevere l'atto da parte del destinatario equivale alla notifica in mani proprie, consentirebbe al difensore notificante, che non è un soggetto neutrale quale l'ufficiale giudiziario, di attestare falsamente l'altrui rifiuto, «facendo ricadere sulla controparte la *probatio diabolica* di dimostrare il contrario».

procedimento sommario, non si sarebbe potuto più far ricorso alla procedura monitoria.

In ogni caso, dalle integrazioni operate dal legislatore ora si ricava che il procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo in materia societaria deve svolgersi nelle forme di cui al d.lgs. 5/2003 e cioè percorrendo una fase preliminare dove le parti si scambiano memorie senza l'intervento del giudice per approdare solo successivamente al dibattimento dinanzi al giudice.

Tuttavia, come oggi stabilisce il 3° co. dell'art. 2, la corrispondenza con il giudizio previsto dagli artt. 2 ss. non è perfetta, in quanto nel caso di opposizione a norma dell'art. 645 c.p.c. «i termini sono ridotti a metà».

La dimidiazione *ex lege* dei termini prevista dall'art. 2, 3° co., pone alcuni problemi interpretativi.

Il primo deve essere risolto in base al tenore letterale della disposizione, che induce a ritenere che nel giudizio di opposizione sia dimezzato ogni termine contemplato dal decreto per la scansione delle attività processuali. Il dimezzamento non si limiterà, dunque, a interessare i termini della fase preparatoria, durante la quale si assiste allo scambio tra parti e al deposito in cancelleria di atti difensivi, ma interesserà anche la successiva fase dinanzi al giudice. E ciò nonostante il fatto che quest'ultima fase paia già sufficientemente concentrata, nonché coinvolgente i termini per lo più di tipo ordinatorio, rivolti soprattutto all'autorità giudiziaria, in relazione ai quali la riduzione a metà delle scadenze non sembra poter rivestire un'apprezzabile efficacia pratica.

Una ulteriore questione riguarda poi il rapporto tra il 3° e il 2° co. dell'art. 2, entrambi introdotti dal decreto di coordinamento e di modifica.

Ci si deve infatti chiedere se, nelle cause che richiedano «pronta spedizione», in applicazione del 2° co. dell'art. 2, la citazione in opposizione a decreto ingiuntivo possa eventualmente contenere una istanza diretta al presidente del tribunale per la ulteriore riduzione a metà dei termini del procedimento, che in questo modo verrebbero complessivamente ridotti a un quarto rispetto al normale.

Sul punto, la risposta negativa sembra preferibile[155]. Se infatti si ammettesse la doppia dimidiazione, non solo non si saprebbe in quale modo accorciare i

[155] Nel procedimento ordinario di opposizione a decreto ingiuntivo dinanzi al giudice di pace e al tribunale, la giurisprudenza di legittimità è invece pervenuta ad ammettere la doppia dimidiazione, in virtù del cumulo dell'art. 318, 2° co., o dell'art. 645, 2° co., con l'art. 163 bis, 2° co., c.p.c. In proposito, nel senso che il potere di abbreviazione fino alla metà dei termini di comparizione nelle cause che richiedono pronta spedizione, attribuito dall'art. 163 bis c.p.c., sia riferibile anche alle controversie di opposizione a decreto ingiuntivo nonostante sia già prevista una astratta ed autonoma riduzione legislativa, v., per quanto riguarda il giudizio di opposizione dinanzi al giudice di pace, Cass., 7 luglio 1998, n. 6588 (conf. Id., 7 luglio 1998, n. 6576; Id., 7 luglio 1998, n. 6577; Id., 7 luglio 1998, n. 6578; Id., 7 luglio 1998, n. 6579; Id., 3 luglio 1998, n. 6514), in *Giur. it.*, 1999, 1172, con nota di CARRATTA, e, per quanto riguarda il giudizio di opposizione dinanzi al tribunale, v. Cass., 28 aprile 1995, n. 4719, in *Corr. giur.*, 1995, 682, con nota di CARBONE, in *Foro it.*, 1995, I, 2467, con nota di GRASSO, e in *Nuova giur. comm.*, I, 174, con nota di GILI (per l'opposta soluzione, v. invece Cass., 19 gennaio 1956, n. 163, in *Mass. Giur. it*, 1956, 36).

termini non divisibili per quattro, quale è quello di dieci giorni per la costituzione di attore e convenuto, ma sembrerebbe anche seriamente compromesso il diritto di difesa delle parti, che si troverebbero a dover compiere la propria attività processuale con cadenze temporali troppo strette.

8.2. I provvedimenti sull'esecuzione provvisoria

È inoltre da mettere in luce che, poiché il nuovo rito prevede che la presa di contatto con il giudice avvenga solo dopo l'esaurimento della fase preparatoria, affidata integralmente agli avvocati, una volta ammessa la proponibilità dell'istanza monitoria, si poneva il problema di chi potesse concedere o revocare la provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo in pendenza di opposizione, non essendo stato ancora designato il giudice competente a provvedere.

La difficoltà è stata risolta dal Decreto di coordinamento e modifica prevedendo, con il nuovo 3° co. dell'art. 2, che ciascuna delle parti, al momento della costituzione nel procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo, ovvero successivamente, possa chiedere con ricorso che sia designato il magistrato per l'adozione, previa convocazione delle parti, dei provvedimenti di cui agli artt. 648 e 649 c.p.c.

Dunque, all'esclusivo fine di concedere l'esecuzione provvisoria in pendenza di opposizione o per sospenderla, è possibile chiedere un'anticipazione della nomina del giudice. Questi decide, nel contraddittorio tra le parti, sulle istanze *ex* artt. 648 o 649 c.p.c. sottopostegli e successivamente si eclissa, lasciando spazio alla prosecuzione del procedimento, destinato ad avanzare, con lo scambio di memorie tra le parti, sino alla notifica su iniziativa di una di esse dell'istanza di fissazione dell'udienza. Giunti a questo punto, il presidente del tribunale sarà tenuto, ai sensi dell'art. 10, a designare il giudice relatore, che non necessariamente dovrà essere incarnato dal medesimo individuo già designato ai fini degli artt. 648 e 649 c.p.c., ma che, per evidenti ragioni di razionale utilizzo delle energie lavorative, sarebbe auspicabile sia lo stesso in precedenza investito delle questioni relative alla provvisoria esecuzione.

9. Procedimento dinanzi al tribunale monocratico (art. 18)

9.1. Il rinvio alle norme relative al procedimento collegiale e le previsioni speciali per il rito monocratico

Il Titolo II del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, sul processo di cognizione di primo grado davanti al tribunale, dopo aver trattato negli artt. da 2 a 17 del procedimento innanzi al collegio, si conclude con l'art. 18, che da solo compone il capo II, dedicato al rito monocratico.

Si entra dunque nel campo delle controversie in materia bancaria e creditizia di cui alla lett. e) del 1° co. dell'art. 1, che, ai sensi del 3° co. dell'art. 1, sono sot-

tratte, con l'eccezione delle azioni promosse da o contro associazioni rappresentative dei consumatori e dalle camere di commercio, alla competenza collegiale, alla quale sono soggette tutte le altre controversie di cui al d.lgs. 5/2003.

L'art. 18 si limita a rinviare alle disposizioni di cui al capo I, le quali dovranno applicarsi, in quanto compatibili, anche al procedimento di cognizione davanti al tribunale in composizione monocratica.

L'unica norma specificamente dettata riguarda la designazione del magistrato al quale è affidata la trattazione del procedimento. Per il 2° co. dell'art. 18, il giudice è designato dal presidente del tribunale, il quale deve procedere a norma dell'art. 12, non diversamente da ciò che avviene per la designazione del giudice relatore nel rito collegiale.

La laconicità delle previsioni sul procedimento monocratico si spiega con il fatto che già innanzi al collegio la procedura appare, per quanto possibile, concentrata, rapida e semplificata, sicché non pareva necessario un ulteriore snellimento.

Sul punto è indicativo, ad esempio, che nel processo societario e creditizio sia di applicazione generale, e sia quindi valido anche per i procedimenti dinanzi al collegio, un istituto quale il meccanismo di decisione di cui all'art. 281 sexies c.p.c., introdotto, con riferimento ai soli giudizi monocratici, dal d.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51, relativo all'istituzione del giudice unico di primo grado.

Proprio l'adozione già nel rito collegiale di cui al d.lgs. 5/2003 dei meccanismi semplificati di cui all'art. 281 sexies c.p.c., rende impossibile richiamare altre norme del codice di rito specificamente dedicate al giudizio monocratico. Così, non pare possibile attribuire al giudice, sul solco di quanto previsto dagli artt. 281 quinquies e sexies, c.p.c. la scelta tra la decisione a seguito di trattazione scritta o mista e la decisione a seguito di trattazione orale, dal momento che il legislatore delegato ha optato per questa seconda, più rapida, forma decisoria nel dettare la normativa generale sul procedimento dinanzi al collegio.

Di fatto, al di là dell'art. 281 sexies c.p.c., l'unica disposizione del codice di procedura civile sul giudizio monocratico utilmente richiamabile, non esistendo ragioni per escluderne l'operatività anche nel nuovo processo, pare essere quella di cui all'art. 281 ter, introdotto dal d.lgs. n. 51 del 1998, secondo cui «il giudice può disporre d'ufficio la prova testimoniale formulandone i capitoli, quando le parti nella esposizione dei fatti si sono riferite a persone che appaiono in grado di conoscere la verità». Ciò dovrebbe avvenire con il decreto di fissazione dell'udienza, che deve contenere, ai sensi della lett. b) del 3° co. dell'art. 12 «l'ammissione di mezzi istruttori disponibili d'ufficio», anche se pare legittimo dubitare che sussista un motivo ragionevole per differenziare sul piano dei poteri istruttori officiosi tra tribunale monocratico e collegiale.

Ci si può allora domandare se valesse la pena di prevedere anche un rito monocratico distinto dal rito collegiale, in pratica, solo per la composizione dell'organo giudicante, oltre che per un discutibile ampliamento dei poteri istruttori esercitabili d'ufficio dal giudice.

La risposta negativa sembra inevitabile, tenendo conto, oltretutto, che non pare di immediata evidenza neppure la legittimità di aver dettato il 3° co. del-

l'art. 1, suscitando la necessità di disciplinare, sia pure con la tecnica del rinvio, il rito monocratico. La lett. b) del 2° co. dell'art. 12 della legge 3 ottobre 2001, n. 366, prescriveva infatti la normale collegialità del giudizio, consentendo il ricorso alla monocraticità, in considerazione della natura degli interessi coinvolti, esclusivamente in ipotesi eccezionali. E non si comprende quali siano le caratteristiche di eccezionalità che differenzierebbero le controversie in materia bancaria e creditizia non ricollegate all'esercizio di azioni «collettive», così da aver consentito al legislatore delegato di attribuirle, *ex* art. 1, 3° co., diversamente dalle altre, alla competenza monocratica[156].

[156] In questo senso, v. il parere del C.S.M. sullo schema di decreto approvato dal Consiglio dei Ministri il 30 settembre 2002, e il punto 5) del parere reso sul medesimo schema dalla Commissione Giustizia del Senato, che raccomandava «vivamente» di non prevedere eccezioni alla regola della collegialità e conseguentemente di sopprimere, insieme alla previsione della monocraticità delle liti individuate dal decreto, la stessa previsione del rito monocratico di cui all'art. 18.

CAPO III
DEL PROCEDIMENTO SOMMARIO DI COGNIZIONE

Articolo 19
Ambito di applicazione. Procedimento

1. *Fatta eccezione per le azioni di responsabilità da chiunque proposte, le controversie di cui all'articolo 1 che abbiano ad oggetto il pagamento di una somma di danaro, anche se non liquida, ovvero la consegna di cosa mobile determinata, possono essere proposte, in alternativa alle forme di cui agli articoli 2 e seguenti, con ricorso da depositarsi nella cancelleria del tribunale competente, in composizione monocratica.*
2. *Il giudice designato fissa a non oltre sessanta giorni la data di comparizione delle parti, assegnando il termine per la costituzione del convenuto, che deve avvenire non oltre dieci giorni prima dell'udienza; il ricorso, unitamente al decreto di fissazione dell'udienza, deve essere notificato al convenuto almeno trenta giorni prima della data di udienza.*
2 bis. *Al termine dell'udienza il giudice, ove ritenga sussistenti i fatti costitutivi della domanda e manifestamente infondata la contestazione del convenuto, pronuncia ordinanza immediatamente esecutiva di condanna e dispone sulle spese ai sensi degli articoli 91 e seguenti del codice di procedura civile. L'ordinanza costituisce titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.*
3. *Il giudice, se ritiene che l'oggetto della causa o le difese svolte dal convenuto richiedano una cognizione non sommaria ovvero in ogni altro caso in cui non dispone a norma del comma 2 bis, assegna all'attore i termini di cui all'articolo 6.*
4. *Avverso l'ordinanza di condanna può essere proposta esclusivamente impugnazione davanti alla corte di appello nelle forme di cui all'articolo 20.*
5. *All'ordinanza non impugnata non conseguono gli effetti di cui all'articolo 2909 del codice civile.*

Commento di EUGENIO DALMOTTO

Sommario

1. Premessa – **2.** Le controversie per cui è utilizzabile il rito sommario – **3.** La competenza del giudice monocratico e il procedimento – **4.** Il passaggio dal rito sommario alla cognizione piena – **5.** (Segue.) ... ma non dal processo di cognizione all'accertamento sommario – **6.** L'impugnazione in corte d'appello dell'ordinanza di condanna – **7.** L'inidoneità al giudicato dell'ordinanza non impugnata – **8.** Il rigetto dell'istanza di provvedimento sommario – **9.** I rapporti con il procedimento per decreto ingiuntivo

1. Premessa

Tra le indicazioni impartite con la legge 3 ottobre 2001, n. 366, il Parlamento ha contemplato, alla lett. d) del 2° co. dell'art. 12, che il Governo potesse prevedere «un giudizio sommario non cautelare, improntato a particolare celerità ma con il rispetto del principio del contraddittorio, che conduca alla emanazione di un provvedimento esecutivo anche se privo di efficacia di giudicato». Ciò nell'ambito della più generale direttiva, contenuta nel 1° co. del medesimo articolo, di emanare norme «dirette ad assicurare una più rapida ed efficace definizione di procedimenti»[1].

Occorreva, in altri termini, dettare la disciplina di un procedimento sommario ispirato al modello del *référé* francese, la cui importazione in Italia, da tempo auspicata in dottrina[2], viene suggerita pure dal progetto per la riforma organica del processo civile elaborato dalla Commissione Vaccarella[3].

Il legislatore delegato ha così introdotto, per il contenzioso societario, finanziario e bancario, un procedimento sommario di cognizione, riservato al giudice monocratico e caratterizzato da una struttura assai snella, pur svolgendosi nel contraddittorio delle parti[4]. Tale nuovo procedimento può essere scelto dall'attore, in alternativa al processo di piena cognizione[5], per le controversie che abbiano ad oggetto esclusivamente il pagamento di una somma di da-

---

[1] Negli stessi esatti termini vedi già la lett. d) del 2° co. e il 1° co. dell'art. 11 del d.d.l. C. 7123/XII, decaduto con l'esaurirsi della legislatura e ripresentato come C. 1137/XIV, per poi essere tradotto, con modificazioni, nella l. 366/2001.

[2] V. ad es. PROTO PISANI, *Per l'utilizzazione della tutela cautelare anche in funzione di economia processuale*, in *Foro it.*, 1998, V, 8; SILVESTRI, *Il sistema francese dei* référés, *ivi*, 9-26; FERRARA, MAZZAMUTO, VERDE, *Alcune proposte in materia di giustizia civile*, in *Foro it.*, 2000, V, 228 s.

[3] Cfr. il punto 51) della proposta presentata alla stampa il 12 luglio 2002 dalla commissione istituita con d.m. 23 novembre 2001, detta «Commissione Vaccarella», dal nome del suo presidente, prof. Romano Vaccarella, ora tramutatosi nell'art. 48 del d.d.l. delega C. 4578/XIV. Secondo la Commissione, come si legge nel testo illustrativo della proposta, le ragioni che inducono ad introdurre un procedimento sommario non cautelare, improntato a particolare celerità ma rispettoso del principio del contraddittorio, che consenta l'emanazione di un provvedimento esecutivo anche se privo dell'efficacia del giudicato, risiedono nella constatazione che, «nella maggior parte dei casi, la parte ricorre al processo di cognizione non perché ha necessità di un accertamento con efficacia di giudicato, quanto perché vuole procurarsi un titolo esecutivo. Pertanto, in tali casi è sufficiente dare alla parte un provvedimento esecutivo, anche se non munito dell'autorità del giudicato».

[4] Le differenze tra tale procedimento e il *référé* francese, dichiaratamente assunto come modello nella relazione governativa, sono peraltro significative. In proposito, cfr. SALETTI, *Il procedimento sommario nelle controversie societarie*, in *Riv. dir. process.*, 2003, 467-483, part. 483, che sottolinea la diversità «per quanto concerne i rapporti tra tutela sommaria ed accertamento definitivo: mentre nel sistema francese i due piani sono quasi totalmente scissi, nel procedimento sommario essi appaiono, invece, assai più compenetrati, introducendosi, così, un originale ed innovativo modello di tutela processuale».

[5] Sui problemi della litispendenza, continenza e connessione, tra domande proposte con il rito sommario e con quello ordinario, v. RONCO, *sub* art. 19, d.lgs. 5/2003, in CHIARLONI (a cura di), *Il nuovo processo societario*, Bologna, 2004, par. 20.

naro, anche se non liquida (purché non implicante l'accertamento della responsabilità di organi societari) o la consegna di una cosa mobile determinata.

La funzione di detto procedimento sommario, disciplinato dall'art. 19, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, consiste nell'offrire una via rapida ed economica per la formazione del titolo esecutivo in tutti quei casi in cui manchi l'interesse ad ottenere una pronuncia idonea al giudicato.

La procedura, sinteticamente descritta nei primi tre commi dell'art. 19, inizia proponendo ricorso innanzi al tribunale competente, in composizione monocratica, si articola in un breve contraddittorio scritto e orale, e sfocia in due possibili esiti[6]: l'accoglimento del ricorso, che si ha quando il giudice designato ritenga sussistenti i fatti costitutivi della domanda e manifestamente infondata la contestazione del convenuto[7]; oppure la continuazione della causa nelle forme ordinarie. La prosecuzione nelle forme ordinarie si ha se il giudice ritiene che l'oggetto della causa o le difese svolte dal convenuto richiedano una cognizione non sommaria ovvero, come il decreto di coordinamento e di modifica ha precisato integrando il 3° co. dell'art. 19, in ogni altro caso in cui l'istanza di provvedimento sommario non sia stata accolta[8].

---

[6] Riguardo allo svolgimento del processo sommario, l'art. 19, come integrato dal decreto di coordinamento e di modifica, si limita a stabilire che il procedimento è introdotto con ricorso; che il giudice designato fissa a non oltre sessanta giorni la comparizione delle parti, assegnando il termine per la costituzione del convenuto a non oltre dieci giorni prima dell'udienza; che il ricorso e il decreto di fissazione dell'udienza debbono essere notificati al convenuto almeno trenta giorni prima della data di udienza. La laconicità del testo normativo, a cui il decreto di coordinamento e di modifica non ha posto sufficiente riparo, sta probabilmente a simboleggiare la semplicità delle forme che deve connotare il rito sommario, lasciando spazio per il giudice ad una certa apprezzabile flessibilità nella conduzione del procedimento ma nel contempo proponendo all'interprete il non semplice compito di suggerire, attraverso spunti sistematici e funzionali, la maniera di riempire le lacune lasciate dal legislatore della riforma.

Per uno sforzo ricostruttivo della procedura da seguire tra la proposizione della domanda e la pronuncia del provvedimento conclusivo, v., ad ogni modo, RONCO, *sub* art. 19 d.lgs. n. 5 del 2003, in CHIARLONI (a cura di), *Il nuovo processo societario*, Bologna, 2004, parr. 21 ss.

[7] È da ritenere che alla contestazione manifestamente infondata sia assimilabile la contumacia del convenuto cui il ricorso sia stato regolarmente notificato.

Ciò non significa che la domanda attorea venga automaticamente accolta: la mera contumacia non può portare di per sé sola all'accoglimento della domanda proposta con il procedimento sommario, dovendo essere comunque assolto il requisito della sussistenza dei fatti costitutivi della stessa. Sennonché l'assolvimento di quest'ultimo requisito risulta agevolato dal fatto di dover ritenere applicabile il 2° co. dell'art. 13, secondo cui, quando il convenuto non si sia costituito (o si sia costituito tardivamente), «i fatti affermati dall'attore (...) si intendono non contestati e il tribunale decide sulla domanda in base alla concludenza di questa».

[8] Occorre segnalare, a scanso di equivoci, che, in un primo momento, il decreto di coordinamento e di modifica sembrava voler novellare il 3° co. dell'art. 19, prevedendo che il mutamento del rito si avesse anche «in ogni altro caso in cui» il giudice non disponga «a norma del 2° co.» ossia (secondo quanto si ricava dopo che decreto di coordinamento e di modifica ha scisso l'originario 2° co. nell'attuale 2° co. e nel 2° co. bis) non avesse fissato l'udienza di comparizione delle parti ed assegnato al convenuto il termine per costituirsi. Ma, poiché non appariva chiaro in quali casi il giudice potesse rifiutarsi di fissare l'udienza, era evidente sin dall'inizio che il legislatore intendesse prescrivere il mutamento del rito

L'ordinanza di condanna eventualmente emessa è immediatamente esecutiva, costituisce titolo per iscrivere ipoteca giudiziale, è impugnabile in corte d'appello, e, se non impugnata, non acquisisce l'efficacia del giudicato.

2. Le controversie per cui è utilizzabile il rito sommario

L'ambito di applicazione del rito sommario è delimitato dal 1° co. dell'art. 19 ed è meno esteso di quello del giudizio a cognizione piena.

La procedura in esame può essere infatti adottata solo per le controversie di cui all'art. 1 che abbiano ad oggetto il pagamento di una somma di danaro ovvero la consegna di cosa mobile determinata.

Dovendo sfociare nella pronuncia di una «ordinanza di condanna», il procedimento *ex* art. 19 appare inoltre capace di sorreggere unicamente azioni di condanna, con esclusione quindi di quelle di mero accertamento o di natura costitutiva[9], tra le quali, in primo luogo, le azioni di annullamento o nullità delle delibere assembleari.

Quanto poi alla somma di denaro di cui, attraverso il procedimento sommario, si chiede la condanna al pagamento, essa, come specificato dal 1° co. dell'art. 19, può essere tanto liquida quanto non liquida.

La possibilità di chiedere il pagamento non solo di somme liquide ma anche di somme da liquidare consente di ricorrere al rito sommario nelle cause di risarcimento danni, sempre che la quantificazione non appaia troppo complessa[10]. Solo le «azioni di responsabilità», intendendosi come tali, nonostante

«in ogni altro caso in cui» il giudice non avesse disposto «a norma del 2° co. bis» e cioè in tutti i casi in cui non sussistano i presupposti per concedere il provvedimento sommario di condanna ai sensi dell'art. 19. Così in effetti doveva ritenersi, in quanto nel testo finale approvato il 29 gennaio 2004 dal Consiglio dei Ministri, il riferimento al 2° co. è stato corretto nel riferimento al 2° co. bis. Che il legislatore intendesse in realtà stabilire che il procedimento sommario in esame può concludersi solo con l'accoglimento del ricorso o con il mutamento del rito era del resto palese pure alla luce della lettura della relazione governativa al decreto di coordinamento e di modifica, dove si legge che «si è modificato l'articolo 19 del decreto, chiarendo che la trasformazione del rito da sommario in ordinario deve essere disposta in tutte le ipotesi in cui il giudice non ritenga la causa definibile con il rito sommario».

[9] Secondo Ronco, *op. cit.*, par. 16, non potrà pertanto «ottenersi la condanna alla restituzione di quanto pagato sulla base di un contratto di cui si chieda la risoluzione giudiziale (ma ben potrà aversi la condanna se la risoluzione si sia verificata stragiudizialmente ai sensi degli artt. 1454, 1456 o 1457 c.c., oppure sia già stata giudizialmente dichiarata in un altro processo con sentenza passata in giudicato)».

[10] Per Santosuosso, *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, 300, «stante la natura sommaria dell'accertamento ed il carattere celere della procedura, si deve ritenere che la somma – pure non inizialmente liquida – debba essere comunque facilmente liquidizzabile». Nel senso della facile liquidabilità, v. anche Sassani e Tiscini, *Il nuovo processo societario. Prima lettura del d.lgs. n. 5 del 2003*, in *Giust. civ.*, 2003, II, 60 s.; Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*, III, Torino, 2003, 309, part. nota 1; e, nel quadro di una impostazione che attribuisce al procedimento sommario *ex* art. 19 natura solo documentale, con impossibilità di assumere prove costituende o disporre consulenza tecnica d'ufficio, Ronco, *op. cit.*, par. 18.

la vaghezza della formula legislativa, le azioni di responsabilità contro gli amministratori, i sindaci e gli altri componenti di organi sociali, vengono espressamente escluse dal campo di operatività del rito sommario. Evidentemente, le forme sommarie sono ritenute incompatibili con la complessità dell'accertamento e la delicatezza delle questioni sollevate in questo tipo di azioni.

È inoltre da rilevare come la formula legislativa, secondo cui il procedimento sommario attribuisce la facoltà di domandare il pagamento di somme anche non liquide, appare talmente ampia da consentire di ottenere, per il tramite del procedimento in esame, oltre alle somme liquidate dal giudice, pure provvedimenti di condanna generica. In proposito non sembra decisivo obiettare che, poiché un provvedimento di condanna generica non può, per definizione, costituire il fondamento di una esecuzione forzata, sarebbe poco logico ritenere che il procedimento sommario di cui all'art. 19, la cui introduzione si giustifica con la volontà di creare un procedimento capace di formare velocemente un titolo esecutivo, sia idoneo a concludersi con l'emanazione di una condanna generica[11]. Tra le finalità del procedimento *ex* art. 19 non è infatti esclusa quella, di cui all'ultima parte del 2° co. bis, di approdare all'emanazione di un'ordinanza costitutiva di titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. E a costituire titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale è strutturalmente idonea anche una condanna generica, sicché non si vede perché impedire l'accesso al rito sommario a chi voglia costituire rapidamente un titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziaria, riservando ad altra sede una complessa quantificazione.

3. La competenza del giudice monocratico e il procedimento

Già si è accennato che la procedura sommaria viene introdotta con ricorso, da depositare, secondo quanto prevede il 1° co. dell'art. 19, nella cancelleria del tribunale competente, che nell'occasione, come è ragionevole per un giudizio improntato a particolare celerità, assume la composizione monocratica.

In assenza di una precisa indicazione, è da ritenere che l'attore debba depositare l'istanza nella cancelleria del presidente del tribunale, il quale, analogamente a quanto avviene, ai sensi del 2° co. dell'art. 18 e del 2° co. dell'art. 12, nel processo societario a cognizione piena, designerà il giudice a cui affidare il procedimento.

Investito del ricorso, il giudice designato dispone, *ex* art. 19, 2° co., la comparizione delle parti all'udienza da lui fissata e assegna al convenuto termine,

[11] Per l'opinione che la struttura del procedimento sommario, finalizzato alla formazione di un titolo esecutivo, impedisce di interpretare il dato letterale in maniera così estensiva da comprendere i provvedimenti di condanna generica come possibile esito della procedura di cui all'art. 19, v. SALETTI, *op. cit.*, 470. Contrario all'ammissibilità di una condanna meramente generica risulta pure RONCO, *op. cit.*, par. 16.

per la sua costituzione, non oltre dieci giorni prima dell'udienza di comparizione delle parti.

Come il Decreto di coordinamento e modifica ha precisato, integrando il ricordato 2° co., il giudice deve fissare l'udienza di comparizione senza eccedere il termine di sessanta giorni dalla sua designazione.

Inoltre, sempre come precisato dal Decreto di coordinamento e modifica, il ricorso, unitamente al decreto di fissazione dell'udienza, deve essere notificato al convenuto almeno trenta giorni prima della data di udienza. Mancando una diversa previsione di legge, deve ritenersi valga il principio dell'impulso di parte e quindi ricorso e decreto dovranno essere notificati al convenuto a cura della parte attrice.

Il convenuto, dunque, deve poter disporre di almeno venti giorni per preparare le proprie difese. Si tratta, certo, di un termine breve. Ma occorre considerare che per impedire l'accoglimento del ricorso di parte attrice è sufficiente che la contestazione del convenuto sia non manifestamente infondata.

Esaminati gli atti introduttivi del giudizio e sentite le parti, al termine dell'udienza, in base a quanto previsto dal 2° co. bis dell'art. 19, nel quale il decreto di coordinamento e di modifica ha fatto confluire la seconda parte dell'originario 2° co., il giudice, ove ritenga sussistere i fatti costitutivi della domanda e manifestamente infondata la contestazione del convenuto, pronuncia ordinanza immediatamente esecutiva di condanna e pronuncia sulle spese in base agli artt. 91 ss. c.p.c.

Nulla dice il decreto sul deposito di documenti e sull'eventuale svolgimento di attività istruttoria.

Questo però non significa che i documenti non possano essere prodotti o che non si possa svolgere attività istruttoria.

Quanto ai primi, l'attore li dovrà depositare in cancelleria in allegato al ricorso ed altrettanto dovrà fare il convenuto allegandoli alla propria comparsa di costituzione.

Quanto alla seconda, non sembrerebbe vietato svolgerla nelle forme dell'acquisizione di sommarie informazioni, come già avviene nei procedimenti cautelari[12]. Naturalmente, non si potrà svolgere una vera e propria approfondita istruzione, dal momento che, se essa fosse necessaria, si cadrebbe nell'ipotesi di cui al 3° co. dell'art. 19, e il giudice dovrebbe disporre la conversio-

[12] Per RONCO, *op. cit.*, parr. 9 ss., invece, il procedimento sommario delineato dal d.lgs. 5/2003 è di tipo solo documentale. In particolare, i mezzi istruttori costituendi non troverebbero spazio perché se si considerano «i principali procedimenti civili caratterizzati da uno svolgimento speciale (o sommario), vedremo che il legislatore, quando intende attribuire al giudice il potere di compiere atti di istruzione, lo dice sempre espressamente: questo accade ad esempio per i procedimenti in camera di consiglio (si veda l'art. 738, ult. co., c.p.c.), per quelli cautelari (cfr. l'art. 669 sexies, 1° co., c.p.c.), per il procedimento di repressione della condotta antisindacale (si veda il 1° co. dell'art. 28, l. 20 maggio 1970, n. 300)». Il silenzio serbato in proposito dall'art. 19 sarebbe dunque un «silenzio significante» nel senso di impedire l'assunzione, secondo le ordinarie norme del codice civile e di procedura civile o nella forma delle sommarie informazioni, di prove costituende.

ne del rito assegnando i termini per continuare il processo nelle forme della cognizione piena[13].

Il provvedimento conclusivo del giudizio sommario costituisce titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale, come si è reso necessario prevedere al 2° co. bis dell'art. 19, posto che la regola generale dettata dall'art. 2818 c.c. ricollega la possibilità di iscrivere ipoteca giudiziale solo alle sentenze di condanna al pagamento di una somma o all'adempimento di altra obbligazione ovvero al risarcimento dei danni da liquidarsi successivamente. L'ordinanza emessa all'esito del procedimento sommario si aggiunge quindi agli altri provvedimenti giudiziari diversi dalle sentenze di condanna (tra cui, tipicamente, ai sensi dell'art. 655 c.p.c., il decreto ingiuntivo non opposto o per il quale sia stata respinta l'opposizione) ai quali la legge attribuisce l'effetto di costituire titolo per l'iscrizione di ipoteca.

4. Il passaggio dal rito sommario alla cognizione piena

Come anticipato in precedenza, in alternativa all'accoglimento del riscorso, l'art. 19 prevede che il procedimento sommario si converta nel processo a cognizione piena.

È infatti possibile, in forza del 3° co. dell'art. 19, che il giudice, ritenuto che l'oggetto della causa o le difese svolte dal convenuto richiedano una cognizione non sommaria, disponga il mutamento del rito, dalla cognizione sommaria alla cognizione piena[14], imponendo l'osservanza delle forme previste dagli artt. 2 ss, d.lgs. 5/2003.

---

[13] Portando alle estreme conseguenze questo ragionamento, TRICOMI, *Procedura semplificata simile al référé francese*, in *Guida dir.*, aprile 2003, dossier n. 4, 130, ritiene che nel procedimento sommario possano trovare ingresso solo le prove precostituite. Per l'impressione che l'opzione sommaria possa essere intrapresa «soltanto quando la prova venga offerta già documentalmente, non essendo previsto lo svolgimento di alcuna istruttoria», v. anche SACCHETTINI, *Processo e giudizi alternativi*, in *Guida alle nuove società*, allegato de *Il Sole 24-Ore*, 2003, 96.

[14] L'avviso di rettifica relativo al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, pubblicato su comunicazione della Presidenza del Consiglio nella Gazzetta Ufficiale del 9 settembre 2003, ha precisato che al 3° co. dell'art. 19, anziché «della causa e le difese», come scritto nel testo di cui alla Gazzetta Ufficiale del 22 gennaio 2003, deve leggersi «della causa o le difese». In altri termini, si è messo in chiaro che per il cambiamento del rito non occorre che i requisiti della delicatezza dell'oggetto e della complessità delle difese si presentino congiuntamente, bastando anche solo uno di essi (per la necessità di sostituire la particella «e» con la particella «o», cfr., ancor prima che apparisse l'avviso di rettifica, SALETTI, *op. cit.*, 476, anche se, a ben vedere, l'importanza della questione doveva considerarsi relativa, da un punto di vista pratico, rientrando nell'*id quod plerumque accidit* che ad un oggetto delicato corrispondano difese difficili e viceversa).

È stato così confermato che l'uso della particella «e» al posto della particella «o» costituiva un errore redazionale. Del resto, la confusione tra la «e» e la «o» costituisce un errore piuttosto frequente nei nostri testi normativi (così, per es., l'art. 2 della l. 24 novembre 1981, n. 689, in tema di sanzioni pecuniarie amministrative, recita che «non può essere assoggettato a sanzione amministrativa chi, al momento in cui ha commesso il fatto, non aveva compiuto i diciotto anni o non

Un analogo mutamento del rito deve essere disposto, in base al 3° co. dell'art. 19, come integrato dal Decreto di coordinamento e modifica, anche «in ogni altro caso in cui» non sussistano i presupposti per concedere il provvedimento sommario di condanna.

In tali casi, il raccordo tra i due riti si opera agganciando l'attività compiuta con le forme sommarie al momento processuale in cui l'attore ha la scelta, nel rito di cognizione, di replicare alla comparsa di risposta del convenuto (schiudendo per il convenuto la possibilità di replicare a sua volta) o di chiedere la fissazione dell'udienza di discussione[15].

Secondo quanto dispone il 3° co. dell'art. 29, quando converte il rito sommario in rito a cognizione piena, il giudice infatti assegna all'attore i termini di cui all'art. 6 del decreto. Ciò significa che, in base al disposto del 1° co. dell'art. 6 e del 2° co. dell'art. 4, ivi richiamato, l'attore deve avere almeno trenta giorni per replicare alla comparsa di risposta del convenuto. Con la sua replica, come stabilisce il 2° co. dell'art. 6, l'attore può precisare o modificare le domande e le conclusioni già proposte, proporre nuove domande ed eccezioni nonché chiamare in causa terzi, se questa esigenza è sorta dalle difese del convenuto, depositare nuovi documenti ovvero formulare nuove istanze istruttorie.

Se si avvale della facoltà di replicare alla comparsa di risposta del convenuto, l'attore, ai sensi del 3° co. dell'art. 6, deve fissare al convenuto un termine perché questi abbia la possibilità di depositare un'ulteriore memoria difensiva (possibilità a cui il convenuto può rinunciare chiedendo la fissazione dell'udienza di discussione).

Ma l'attore può anche non avvalersi dei termini di cui all'art. 6 per replicare al convenuto, chiedendo, in applicazione della disciplina del processo di cognizione contenuta all'art. 8, l'immediata fissazione dell'udienza di discussione.

---

aveva, in base ai criteri indicati nel codice penale, la capacità di intendere e di volere», ma evidentemente non richiede la mancanza sia del requisito della capacità di intendere sia della capacità di volere, bastando che manchi anche solo uno dei due: più accuratamente, all'art. 85 c.p. troviamo scritto che «è imputabile chi ha la capacità di intendere e di volere» e agli artt. 86 ss. c.p. si parla sempre di «incapacità di intendere o di volere»).

[15] Nello schema di decreto approvato dal Consiglio dei Ministri il 30 settembre 2002 si prevedeva invece che il passaggio al rito ordinario avvenisse con la fissazione, da parte del giudice, dell'udienza di discussione prevista dall'art. 16 del decreto, concedendo alle parti un termine per il deposito di memorie integrative contenenti le rispettive conclusioni. In tal modo, però, non sarebbe stata riconosciuta alle parti la possibilità di decidere esse stesse, come nel procedimento condotto sin dall'inizio con le forme della cognizione piena, quando ritenere sufficiente il reciproco scambio di memorie ed esaurita la fase introduttiva, a cui il giudice rimane estraneo. È pertanto ragionevole, se non altro per *esprit de geometrie*, che lo schema approvato dal Consiglio dei Ministri il 10 gennaio 2003, poi tradotto nel d.lgs. n. 5 del 2003, abbia dettato un meccanismo che riconosce il perfetto parallelismo tra rito di cui agli artt. 2 ss. e rito sommario convertito in rito a cognizione piena.

5. (Segue.) ... ma non dal processo di cognizione all'accertamento sommario

Come si è visto, il giudice ha l'importante potere di trasformare il procedimento sommario in un vero e proprio processo di cognizione, se l'oggetto della causa o le difese svolte dal convenuto ne suscitano l'opportunità.

Non è però concesso il potere reciproco, e cioè il potere per il giudice del processo di cognizione di emanare, ove ritenga sussistere i fatti costitutivi della domanda e manifestamente infondata la contestazione del convenuto, una ordinanza di condanna immediatamente esecutiva ma non idonea al giudicato.

In questo, il d.lgs. 5/2003 si discosta dal progetto per la riforma organica del processo civile elaborato dalla Commissione Vaccarella, che prevede un procedimento sommario non cautelare «esperibile anche nel corso di un processo a cognizione piena», se chi ha proposto la domanda «si accontenta» del provvedimento esecutivo, e «rinuncia» al giudicato[16]. Il che sembrerebbe logico, perché se l'ordinamento riconosce in presenza di determinati presupposti al giudice del procedimento sommario il potere di formare un titolo esecutivo non idoneo al giudicato, a maggior ragione, ricorrendo i medesimi presupposti, questo potere dovrebbe essere riconosciuto, nell'ambito della struttura del processo ordinario, al giudice della cognizione piena.

La differente disciplina non appare facilmente spiegabile.

Pure con riguardo al contenzioso societario e creditizio sembrerebbe infatti ragionevole che la presenza di un'autonoma giurisdizione contenziosa volta a creare un titolo esecutivo senza giudicato debba provocare un parallelo aumento dei poteri del giudice nell'ambito del processo di cognizione[17].

Sembrerebbe d'altra parte in contrasto con il criterio direttivo di cui al 1° co. dell'art. 12, l. delega 366/2001 che il d.lgs. 5/2003, negando al giudice del processo di cognizione il potere di pronunciare i provvedimenti esecutivi ottenibili in separata sede con il procedimento sommario, delinei per il contenzioso societario e creditizio una giurisdizione meno rapida ed efficace di quella ipotizzata per il diritto comune nel disegno riformatore della Commissione Vaccarella[18].

Né sarebbe corretto affermare che comunque il passaggio dal processo di cognizione al giudizio sommario può realizzarsi tramite il meccanismo previsto dal 5° co. ss. dell'art. 24, in base a cui il giudice al quale sia stato chiesto di emanare un provvedimento cautelare in corso di causa, se ritiene la causa matura per la decisione, anziché emanare la misura cautelare, può invitare le parti a precisare le conclusioni perché si proceda subito, con le forme del

---

[16] Cfr. il punto 51) della proposta presentata alla stampa il 12 luglio 2002, successivamente recepito nell'art. 48 del d.d.l. delega C. 4578/XIV.

[17] Così RICCI, *Verso un nuovo processo civile?*, in *Riv. dir. process.*, 2003, 218, secondo il quale la mancata previsione che il giudice della cognizione piena possa emanare il provvedimento sommario costituisce «un difetto, che esige un rimedio», integrando la relativa disciplina.

[18] Cfr. in proposito RICCI, *op. cit.*, 218.

«giudizio abbreviato», a decidere la causa nel merito. I presupposti del giudizio abbreviato di cui al 5° co. ss. dell'art. 24 sono infatti diversi da quelli di cui all'art. 19, postulando un'esigenza cautelare assente nel giudizio sommario. Inoltre, pur essendo vero che il provvedimento conclusivo del giudizio abbreviato previsto all'art. 24 può conseguire all'esito di un accertamento sommario, dal momento che può basarsi su prove acquisite nella forma delle sommarie informazioni propria dei giudizi cautelari, è altresì vero che tale provvedimento ha un'efficacia diversa dall'ordinanza *ex* art. 19: alla fine del giudizio abbreviato viene emessa una sentenza idonea a passare in giudicato, mentre il giudizio sommario si chiude con una ordinanza da cui non conseguono gli effetti di cui all'art. 2909 c.c.

6. L'impugnazione in corte d'appello dell'ordinanza di condanna

Contro l'ordinanza di condanna, emanata a chiusura del giudizio sommario, può essere proposta, secondo quanto dispone il 4° co. dell'art. 19, esclusivamente impugnazione davanti alla corte di appello nelle forme di cui all'art. 20.

Come sottolinea l'avverbio «esclusivamente»[19], contro l'ordinanza di condanna sommaria non è dunque ammesso il ricorso diretto in Cassazione, nemmeno se le parti lo pattuiscono ai sensi del 4° co. dell'art. 20, né è consentito, come invece sarebbe stato probabilmente opportuno, proporre reclamo sulla falsariga di quanto previsto per il procedimento cautelare e per quello camerale.

Chi sia condannato in sede sommaria può solo, con l'impugnazione in corte d'appello, aprire una fase a cognizione piena che si conclude con una sentenza idonea a passare in giudicato. O più esattamente, può anche decidere, in alternativa al passaggio, con l'impugnazione, dal rito sommario al rito a cognizione piena, di soggiacere alla condanna sommaria ma nel frattempo iniziare un giudizio a cognizione piena per l'accertamento negativo del diritto sul presupposto della cui esistenza è stata emanata l'ordinanza e per la restituzione delle somme pagate in ottemperanza alla condanna sommaria. Secondo il 5° co. dell'art. 19, infatti, dall'ordinanza non impugnata non conseguono gli effetti dell'art. 2909 c.c., e dunque, quando l'appello non sia stato proposto e sia decorso il relativo termine di proponibilità, sarà sempre possibile investire il giudice, nelle forme ordinarie, della controversia risolta in sede di processo sommario[20].

---

[19] Che mancava nello schema di decreto approvato dal Consiglio dei Ministri il 30 settembre 2002 ed è stato aggiunto approvando, il 10 gennaio 2003, il testo poi pubblicato in Gazzetta Ufficiale.

[20] SALETTI, *op. cit.*, 482, al riguardo, definisce l'appello *ex* art. 19, 4° co., come un «mezzo di controllo facoltativo»: «se la parte intende avvalersene, si addiverrà ad una decisione destinata ad acquisire l'autorità e gli effetti della cosa giudicata, precludendo ogni ulteriore possibilità di discussione sulla controversia così risolta; mentre, ove non ne approfitti, le sarà comunque concesso di

L'impugnazione in corte d'appello ai sensi del 4° co. dell'art. 19 è in sostanza una opposizione che, su impulso di parte, converte il giudizio sommario in un giudizio di cognizione piena da svolgere in un unico grado di merito.

Sono quindi forti le analogie con il giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, che segna anch'esso il passaggio da una fase sommaria a una fase di piena cognizione.

Il giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo è tuttavia suscettibile di due gradi di merito.

Ci si può pertanto chiedere perché il legislatore delegato abbia preferito prevedere un unico grado di merito, in cui svolgere il giudizio a cognizione piena, anziché adottare un meccanismo impugnatorio simile a quello previsto negli artt. 645 ss. del codice di rito[21].

Più che la fedeltà al modello del *référé*[22], è presumibile che soprattutto altre ragioni abbiano consigliato di non costruire l'impugnazione del provvedimento sommario come un ordinario procedimento di primo grado, sulla falsariga dell'opposizione a decreto ingiuntivo, ma di prevedere che il rimedio prenda le forme dell'appello e si svolga in unico grado di merito davanti alla corte distrettuale.

Queste ragioni sono da cercare fondamentalmente nella struttura del giudizio sommario di cui all'art. 19: dato che tale giudizio, ancorché sommario, si svolge in contraddittorio tra le parti, era inutile richiamare un meccanismo quale quello di cui agli artt. 645 ss. c.p.c., pensato come rimedio nei confronti di un provvedimento emanato *inaudita altera parte*, dove l'opposizione apre la porta allo svolgimento di due gradi di merito oltre al ricorso di legittimità in Cassazione. Contemplare un solo grado di merito, successivo ad una fase sommaria nella quale sia assicurato il dispiegarsi del contraddittorio, era invero sufficiente. Diversamente, come si nota nella relazione illustrativa[23], la normale scansione del giudizio sarebbe stata aggravata sostanzialmente di un grado proprio in presenza delle controversie più semplici ossia quelle per le quali il giudice non abbia ritenuto necessaria la conversione nelle forme ordinarie per lo svolgimento del giudizio di cognizione piena.

Quanto al giudizio di impugnazione del provvedimento sommario, occorre rinviare agli artt. 20 ss., che deve ritenersi si applichino integralmente, con l'eccezione, a cui si è accennato in precedenza, del 4° co. dell'art. 20

C'è però qualche dubbio riguardo all'operatività di specifiche disposizioni del codice di rito.

---

ricorrere – successivamente alla scadenza dei termini per l'appello – alle forme di tutela ordinaria, provocando per tale via, qualora decida di utilizzarla, una decisione con efficacia di giudicato della controversia, allo stato risolta solo a fini esecutivi, con il rito sommario».

[21] L'apprestamento di un rimedio costruito sulla falsariga dell'opposizione al decreto ingiuntivo era stato suggerito, come ricorda la relazione illustrativa dello schema approvato dal Consiglio dei Ministri il 10 gennaio 2003, in sede parlamentare.

[22] Alla quale si accenna nella citata relazione illustrativa.

[23] Ci si riferisce alla relazione governativa allo schema approvato dal Consiglio dei Ministri il 10 gennaio 2003.

In particolare, in sede parlamentare ci si è posti il problema dell'applicabilità dell'art. 283 c.p.c., secondo cui il giudice dell'appello, su istanza di parte, proposta con l'impugnazione, quando ricorrono gravi motivi, sospende in tutto o in parte l'efficacia esecutiva o l'esecuzione della sentenza impugnata, suggerendo al Governo di integrare il 4° co. dell'art. 19 con il richiamo alla disposizione codicistica[24]. Ma è indubbio che la disciplina sull'inibitoria di cui all'art. 283 c.p.c., per quanto non espressamente richiamata né dall'art. 19 né dagli artt. 20 ss. debba applicarsi in virtù del richiamo generale alle disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili, operato, per quanto non diversamente disciplinato, dal 4° co. dell'art. 1.

Piuttosto, ci si deve porre il problema dell'applicabilità dell'art. 345 c.p.c., sul divieto di prove nuove in appello, nel giudizio di impugnazione del provvedimento sommario. Se infatti le forme di cui all'art. 20, richiamate dal 4° dell'art. 19, dovessero intendersi assolutamente coincidenti con quelle che regolano il procedimento di appello, si dovrebbe ritenere che l'art. 345 c.p.c., siccome è da considerare applicabile al giudizio di appello previsto dal d.lgs. 5/2003, è da considerare applicabile anche al giudizio di impugnazione del provvedimento sommario. Il che, però, determina una serie di inconvenienti, forse non meditati a sufficienza dal legislatore delegato, che sembra aver trascurato come l'appello di cui agli artt. 20 ss., d.lgs. 5/2003 abbia mantenuto la struttura chiusa del gravame codicistico, senza, sotto questo aspetto, aderire alle suggestioni del progetto Vaccarella per la riforma complessiva del processo civile, nel quale si auspica la reintroduzione di un appello a struttura aperta, dove le parti sono libere di dedurre nuovi mezzi di prova e produrre nuovi documenti[25].

Ma tornando agli inconvenienti suscitati dall'applicazione dell'art. 345 c.p.c., basti osservare che, qualora dovesse ritenersi che debbano operare le limitazioni ai *nova* probatori valevoli in generale, sorgerebbero serie difficoltà in capo a chi intendesse reagire con l'impugnazione contro la pronuncia nei suoi confronti di un provvedimento sommario esecutivo. L'impugnante, infatti, dovrebbe intraprendere un giudizio di appello dove gli è vietato apportare prove nuove, affrontando il rischio di non riuscire a rovesciare quanto deciso in sede sommaria e di risultare soccombente anche nel nuovo giudizio, con l'aggravante di subire una condanna divenuta idonea a passare in giudicato. Si determinerebbe così la conseguenza che il giudizio di impugnazione del provvedimento sommario, pur dando luogo ad un accertamento recepito in una sentenza suscettibile di assumere efficacia di giudicato, non potrebbe correggere, con la proposizione di nuove prove, le caratteristiche di sommarietà del giudizio conclusosi con il provvedimento impugnato.

---

[24] Così il punto 25) della relazione, sullo schema di decreto approvato dal Consiglio dei Ministri il 30 settembre 2002, dell'apposita commissione parlamentare.

[25] Cfr. la lett. f) del punto 32) della proposta presentata alla stampa il 12 luglio 2002 ed adesso dell'art. 30 del d.d.l. delega C. 4578/XIV.

Meglio allora sarebbe, piuttosto che appellare, iniziare *ex novo* un giudizio a cognizione piena per tentare di vanificare, attraverso un accertamento negativo del diritto e una contestuale domanda di restituzione di quanto pagato all'esito della fase sommaria, gli effetti dell'ordinanza di condanna da cui si sia stati colpiti. Come si è già accennato, una tale reazione appare sicuramente consentita, dato che il provvedimento sommario, non potendo formare cosa giudicata, non ha la forza di impedirla. Non si potrebbe però evitare, durante la pendenza della causa di accertamento negativo, la grave conseguenza di dover subire l'esecuzione sulla base del provvedimento sommario, la cui efficacia esecutiva può essere sospesa solo dal giudice d'appello, con il provvedimento d'inibitoria *ex* art. 283 c.p.c.

Meglio ancora è, ad ogni modo, ritenere che, nel giudizio di impugnazione del provvedimento sommario, le norme sul processo d'appello contenute nel codice di rito operino non per il solo fatto di essere applicabili *ex* art. 20 al giudizio di appello ma in quanto compatibili con l'impugnazione dell'ordinanza di condanna qui in esame. In altri termini, deve ritenersi che il 4° co. dell'art. 19, richiamando, insieme agli altri commi, anche il 2° co. dell'art. 20, secondo cui «si applicano, in quanto compatibili, gli artt. 341 ss. c.p.c.», imponga una valutazione di compatibilità non tra gli artt. 341 ss. e il giudizio di appello nel nuovo rito di cui al d.lgs. 5/2003 ma tra gli artt. 341 ss. e il giudizio di impugnazione del provvedimento sommario. E poiché, a causa degli inconvenienti a cui dà luogo, l'art. 345 c.p.c. pare chiaramente incompatibile, nella parte in cui vieta la proposizione di prove nuove, con l'impugnazione del provvedimento sommario, deve concludersi che, nel procedimento intentato davanti alla corte d'appello contro l'ordinanza emessa ai sensi dell'art. 19, sia consentito introdurre nuove prove.

Infine, passando ad altro tema, non c'è ragione di escludere la soggezione della sentenza d'appello, resa in seguito all'impugnazione del provvedimento sommario, a tutti i mezzi e i motivi di impugnazione previsti dall'ordinamento nei confronti delle sentenze pronunciate in secondo o in unico grado. Tra l'altro, deve quindi ritenersi ammesso il ricorso in Cassazione per tutti i motivi di cui all'art. 360 c.p.c. Né in senso contrario pare possa aver pregio argomentare che, siccome il 4° co. dell'art. 19 consente di esperire contro l'ordinanza sommaria di condanna «esclusivamente impugnazione davanti alla corte d'appello», ogni impugnazione diversa deve ritenersi vietata, salvo il ricorso straordinario in Cassazione contemplato dall'art. 111, 7° co., Cost.[26]. Infatti, con la proposizione della prima impugnazione, la regola del divieto di impugnare fuori dalla corte d'appello esaurisce il suo scopo (che è quello di far evolvere il procedimento sommario in un processo a cognizione piena in unico grado) e la sentenza sostituitasi all'ordinanza impugnata potrà essere soggetta, secondo le norme generali, a ogni ulteriore eventuale impugnazione prevista dalla legge processuale.

[26] Nel senso che l'ordinanza di condanna appellata sia ricorribile in Cassazione solo *ex* art. 111 Cost., v. CARRATTA, *Riflessioni «a prima lettura» sui riti per le controversie societarie e finanziarie*, in *Dir. e Giust.*, 22 febbraio 2003, n. 7, 19 s., che peraltro, sul punto, non motiva la sua posizione.

7. L'inidoneità al giudicato dell'ordinanza non impugnata

La disciplina del giudizio sommario si chiude, al 5° co. dell'art. 19, disponendo che all'ordinanza non impugnata non conseguono gli effetti, riconosciuti alla cosa giudicata, di cui all'art. 2909 c.c.

La previsione dell'inidoneità al giudicato si collega alla sommarietà del giudizio[27].

In sostanza, chi chiede il giudizio sommario può aspirare ad ottenere rapidamente, grazie a forme processuali improntate a particolare celerità, un titolo esecutivo. Ma non potrà avere dal giudice un accertamento che abbia l'autorità del giudicato e possa dunque resistere ad un accertamento di contrario segno operato in sede di cognizione.

L'efficacia di giudicato potrà essere raggiunta solo dopo lo svolgimento di una fase a cognizione piena.

Ciò si verifica quando l'ordinanza venga impugnata e si svolga quindi, nelle forme di cui all'art. 20, il giudizio dinanzi alla corte di appello.

Qualora poi l'impugnazione venga dichiarata inammissibile per mancanza di specifiche «censure» o improcedibile per mancata costituzione dell'appellante (art. 20, 1° e 3° co.), non essendosi svolto in corte d'appello alcun giudizio sul merito ed essendo quindi mancato qualsiasi accertamento sulla cui base possa formarsi il giudicato, è da ritenere che l'ordinanza mantenga le caratteristiche di esecutività e di mancanza di forza di giudicato possedute in pendenza dei termini per impugnare[28]. Più in generale, nonostante l'ambigua formula di cui 5° co. dell'art. 19, che, letta *a contrario*, lascia credere che gli effetti di cui all'art. 2909 conseguono tutte le volte in cui l'ordinanza sia impugnata, la conclusione per l'impossibilità del consolidamento in giudicato deve valere non solo nel caso di appello inammissibile o improcedibile, ma anche quando sia mancato ogni ulteriore accertamento rispetto a quello contenuto nell'ordinanza pronunciata nel procedimento sommario, come avviene ogniqualvolta il giudizio di appello venga deciso in rito o si estingua. Se infatti è logico che, dopo il riesame in appello, con una co-

[27] Osserva CARRATTA, *op. cit.*, 20, che il legislatore delegato non era obbligato a prevedere l'inidoneità al giudicato dell'ordinanza non impugnata «sia perché l'art. 12, 2° co., lett. d) della legge delega avrebbe consentito anche una diversa soluzione ("*anche* se privo di efficacia di giudicato" non significa "necessariamente" privo di detta efficacia...), sia perché pacificamente si ammette l'incontrovertibilità del decreto ingiuntivo non opposto *ex* art. 647 c.p.c., così come dell'ordinanza di convalida di sfratto *ex* art. 663 c.p.c. per mancata comparizione o mancata opposizione dell'intimato».

Significativamente, la scelta operata è però coerente con il punto 51) della bozza elaborata dalla Commissione Vaccarella per la riforma del codice di procedura civile, riprodotto ora nell'art. 48 del d.d.l. delega C. 4578/XIV, che di fatto costituisce la linea guida seguita nella redazione del d.lgs. 5/2003, dove si prevede che il provvedimento conclusivo sia «privo dell'efficacia del giudicato».

[28] La richiesta di integrare la previsione contenuta al 5° co., estendendone la portata anche ai casi in cui l'appello avverso l'ordinanza sia dichiarato improcedibile, era stata formulata al punto 25) dalla commissione parlamentare incaricata di esprimere un parere sullo schema di decreto approvato dal Consiglio dei Ministri in data 30 settembre 2002.

gnizione adeguatamente approfondita, l'accertamento del giudice sia idoneo ad avere l'autorità della cosa giudicata, apparirebbe invece incongruo che tale autorità possa formarsi semplicemente perché il giudizio di appello è stato attivato, a prescindere dalla circostanza che il procedimento sia stato definito con una sentenza sul merito o sia sfociato in una pronuncia meramente processuale[29].

8. Il rigetto dell'istanza di provvedimento sommario

Da ultimo va esaminata la questione del rigetto dell'istanza di provvedimento sommario.

Il Decreto di coordinamento e modifica ha espressamente escluso la possibilità del rigetto, disponendo, come si è avuto modo di dire, che alla mancanza dei presupposti per concedere il provvedimento sommario consegue sempre, ai sensi del 3° co. dell'art. 19, la conversione del rito da sommario in procedimento a cognizione piena.

La conversione del rito viene dunque imposta anche quando emerga sin dall'inizio l'insussistenza dei fatti costitutivi della domanda proposta in via sommaria.

In quest'ultimo caso, sarebbe stato però preferibile consentire al giudice di respingere la domanda attorea, chiudendo il procedimento innanzi a sé e quindi, in applicazione dei principi generali, condannando l'attore soccombente alle spese.

Ciò avrebbe consentito di sanzionare l'attore che avesse proposto una domanda palesemente infondata, evitando che con il meccanismo della conversione del rito la sua condanna alle spese venga subordinata all'improbabile ipotesi della continuazione del processo in sede di cognizione.

Né avrebbe dato adito a preoccupazioni il fatto che verso il provvedimento di reiezione non sarebbe stata ammessa impugnazione, che il 4° co. dell'art. 19 prevede solo in relazione all'ordinanza con cui il giudice, accogliendo la domanda volta alla pronuncia di un provvedimento sommario, condanni il convenuto: proprio l'impossibilità di proporre impugnazione avrebbe fatto sì che dal provvedimento sommario di reiezione non potessero mai conseguire gli effetti di cosa giudicata di cui all'art. 2909 c.c. Sarebbe stato dunque sempre possibile riproporre la domanda respinta, avanzandola di nuovo in sede sommaria, o in un giudizio a cognizione piena[30].

9. I rapporti con il procedimento per decreto ingiuntivo

Resta ora da trattare delle implicazioni interpretative che si riflettono sulla disciplina del procedimento sommario di cognizione in conseguenza dell'inseri-

[29] In questo senso, v. SALETTI, *op. cit.*, 481.

[30] Con riferimento al regime anteriore al decreto di coordinamento e di modifica, nel senso che, in caso di manifesta infondatezza della domanda, avrebbe dovuto emanarsi «un'ordinanza di

mento, ad opera del Decreto di coordinamento e modifica, di un nuovo 3° co. nell'art. 2.

Tale nuovo 3° co. ha introdotto una disciplina particolare per quanto riguarda il giudizio di opposizione nei confronti di decreti ingiuntivi emessi nella materia societaria, bancaria e finanziaria.

Si è così ammesso, in maniera implicita ma inequivocabile, che nell'ambito di applicazione del d.lgs. n. 5 del 2003 possa farsi ricorso al procedimento monitorio.

L'art. 2, 3° co., ha quindi risolto un grave dubbio.

Prima dell'intervento normativo, poteva infatti sostenersi che, essendo stato previsto un apposito procedimento sommario *ex* art. 19, il ricorso all'ingiunzione ai sensi dell'art. 633 ss. c.p.c. doveva considerarsi precluso.

Oggi, però, nel momento in cui, superando ogni incertezza, occorre prendere atto che il procedimento monitorio può coesistere accanto a quello sommario, altri interrogativi si affacciano.

In sostanza, si tratta di stabilire perché mai l'attore, disponendo della prova dei fatti costitutivi della domanda e presumendo che l'eventuale contestazione del convenuto non potrebbe essere che manifestamente infondata, dovrebbe scegliere la procedura delineata dall'art. 19 anziché chiedere l'emissione di un decreto ingiuntivo, a cui verrebbe con ogni probabilità concessa la provvisoria esecuzione, se opposto.

Una risposta può essere la seguente: mentre per agire in via monitoria occorre una prova scritta, per domandare il provvedimento sommario di cui qui si discute non occorre dimostrare documentalmente i fatti costitutivi della propria pretesa. Come si è detto in precedenza, nel procedimento sommario nulla impedisce lo svolgimento di una vera e propria istruzione, sia pure nelle forme dell'acquisizione di sommarie informazioni, con conseguente costituzione della prova in udienza. D'altra parte, proprio la necessità di differenziare il nuovo procedimento sommario dalla procedura monitoria, ritagliandogli un autonomo spazio di operatività che ne giustifichi anche dal punto di vista pratico l'introduzione, costituisce una delle migliori dimostrazioni del fatto che la pronuncia di un provvedimento *ex* art. 19 non presuppone l'esistenza di una prova documentale a sostegno della domanda attorea e che la prova può essere formata nel corso del procedimento.

Inoltre, c'è da considerare che il provvedimento emesso ai sensi dell'art. 19 è sempre esecutivo, mentre una contestazione anche manifestamente infondata può impedire la provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo opposto quando, come recita l'art. 648 c.p.c., sia fondata su prova scritta o di pronta soluzione, dovendosi in quest'ultimo caso attendere lo svolgimento di tutto il primo grado prima di poter ottenere un titolo esecutivo.

---

rigetto che, come nel procedimento ingiuntivo, non impedisce la riproposizione della domanda», v. anche MANDRIOLI, *op. cit.*, 310.

Capo IV
DEL PROCEDIMENTO IN GRADO DI APPELLO

Articolo 20
Forma dell'appello

1. *L'appello si propone con atto di citazione, notificato a norma degli articoli 325 e seguenti del codice di procedura civile, e deve contenere, a pena di inammissibilità, specifiche censure nei confronti della sentenza impugnata.*
2. *Si applicano, in quanto compatibili, gli articoli 341 e seguenti del codice di procedura civile.*
3. *Se l'appellante non si costituisce in termini, l'appello è dichiarato improcedibile, su istanza dell'appellato che si sia tempestivamente costituito.*
4. *L'appello è dichiarato inammissibile se le parti hanno convenuto, con atto scritto anche anteriore alla sentenza, che questa sia impugnabile soltanto ai sensi dell'articolo 360 del codice di procedura civile.*

Articolo 21
Interventi in appello

1. *Fermo quanto disposto dall'articolo 344 del codice di procedura civile, nel giudizio in grado di appello è ammesso altresì l'intervento dei terzi che hanno interesse a sostenere le ragioni di alcuna delle parti.*

Articolo 22
Inattività delle parti

1. *Se nessuna delle parti compare all'udienza, la corte d'appello ordina la cancellazione della causa dal ruolo.*

Commento di Eugenio Dalmotto

Sommario

1. Premessa – **2.** Il rinvio alla disciplina dell'appello nel rito ordinario – **3.** L'inammissibilità dell'appello fondato su motivi generici – **4.** (Segue.) ... e di quello a cui le parti abbiano preventivamente rinunciato – **5.** L'improcedibilità dell'appello per mancata costituzione dell'appellante – **6.** La cancellazione dal ruolo in caso di mancata comparizione delle parti – **7.** L'intervento

1. Premessa

Non essendo costretto da esigenze logiche né da indicazioni della delega, il legislatore delegato non ha ritenuto di rimodellare l'impugnazione di merito sul tipo processuale disegnato per la decisione della controversia in primo grado.

Il decreto pertanto mantiene, nella procedura d'appello, i medesimi schemi dell'attuale rito ordinario.

La nuova normativa si limita infatti a dettare poche norme specifiche che, nell'intenzione del legislatore, costituiscono la disciplina minima perché davanti alla corte d'appello il processo non si ponga in antitesi con le linee guida del grado inferiore, pur mantenendo le sue indefettibili specialità[1].

In quest'ottica, secondo la relazione governativa, si spiegano le separate previsioni in tema di «inattività» e «interventi», valutabili in termini di puro adeguamento al nuovo impianto di primo grado.

Del resto, gli interventi più significativi operati sul procedimento ordinario di primo grado riguardano la fase preparatoria, di definizione del *thema probandum* e del *thema decidendum*, che in fase di appello riveste minore importanza, sia perché l'oggetto del giudizio, dopo essere stato individuato dai motivi di impugnazione non è suscettibile di allargamenti, sia perché, normalmente, non si esplica nuova attività istruttoria. Mancava dunque la ragione di fondo per intervenire modificando la disciplina del gravame.

2. Il rinvio alla disciplina dell'appello nel rito ordinario

L'art. 20 rinvia al codice di rito per quanto riguarda la forma dell'appello, i termini per impugnare, il giudice ed il procedimento.

Il 1° e il 2° co. della disposizione richiamano infatti gli artt. 325 ss. c.p.c. e, in quanto compatibili, gli artt. 341 ss. c.p.c.[2].

---

[1] Secondo RONCO, *sub* art. 20, d.lgs. 5/2003, in CHIARLONI (a cura di), *Il nuovo processo societario*, Bologna, 2004, par. 1, la circostanza che la legge di delega non abbia dettato alcun principio direttivo in merito ed anzi non abbia neppure mai menzionato il giudizio di secondo grado, rende sospetta di incostituzionalità per contrasto con l'art. 76 Cost. la scelta di aver dettato modifiche, sia pur piccole, rispetto alla normativa sull'appello dettata dal codice di rito. Sarebbe però da salvare «l'allargamento degli spazi di praticabilità del ricorso per cassazione immediato» operato dal 4° co. dell'art. 20 «a quello scopo di "più rapida ed efficace definizione dei procedimenti" che il 1° co. dell'art. 12 della legge delega indica come obiettivo principale delle norme sul processo societario: è infatti evidente che la riduzione dei gradi di merito della controversia ad uno soltanto contrae (almeno in linea di massima o tipologicamente) i tempi per la formazione della cosa giudicata».

[2] La commissione parlamentare incaricata di redigere la relazione sullo schema di decreto approvato dal Consiglio dei Ministri in data 30 settembre 2002, aveva espresso, al punto 26), parere contrario, in relazione all'art. 20, 1° e 2° co., suggerendo la loro riformulazione nei termini seguenti: «1. Si applicano all'appello i termini e le disposizioni di cui agli artt. 325 ss. e 342 ss. c.p.c.». Il Governo ha però ritenuto di non seguire l'indicazione, tanto che il testo approvato dal

Ciò significa che il gravame deve proporsi alla corte d'appello, notificando all'appellato atto di citazione entro trenta giorni da quando questi abbia notificato all'appellante la sentenza di primo grado o, in mancanza, entro un anno dal deposito di questa in cancelleria. Così instaurato, il giudizio di appello dovrà poi svolgersi secondo le regole oggi vigenti per il rito ordinario, compresa quella del divieto, tendenzialmente assoluto, di domande, eccezioni e prove nuove sancita all'art. 345 c.p.c. dalla riforma del 1990[3]. Questo, nonostante che il progetto di riforma complessiva del codice di procedura civile elaborato dalla Commissione Vaccarella auspichi, per il rito ordinario, la revisione del «regime delle novità, escludendo in linea di principio le nuove domande, ed ammettendo le nuove allegazioni e le nuove prove»[4], con conseguente ripristino del sistema dell'«appello aperto», ferma restando la sola preclusione a nuove domande[5].

Nessun cenno si trova in ordine all'applicabilità dell'art. 283 c.p.c., in tema di inibitoria alla provvisoria esecuzione della sentenza appellata, di collocazione eccentrica rispetto alle norme sulle impugnazioni e sull'appello. Ma pare indubbio che, per quanto non espressamente richiamata, la disciplina secondo cui il giudice dell'appello, su istanza di parte, proposta con l'impugnazione, quando ricorrono gravi motivi, sospende in tutto o in parte l'efficacia esecutiva o l'esecuzione della sentenza impugnata, sia applicabile in forza del richia-

---

Consiglio dei Ministri il 10 gennaio 2003 non si discosta da quello approvato il 30 settembre 2002 se non per il giusto rinvio anche all'art. 341 c.p.c., la cui opportunità non era stata peraltro colta in sede parlamentare. La differenza tra il testo suggerito dalla commissione parlamentare, più sintetico, e quello adottato dal Governo, pare ad ogni modo di mero stile, in quanto comunque, anche omettendo la relativa clausola, difficilmente non si sarebbe potuto tener conto della riserva di compatibilità nel richiamare le disposizioni del codice di rito.

[3] In proposito, VACCARELLA, *La riforma del processo societario: risposta ad un editoriale*, in *Corr. giur.*, 2003, 262, ha precisato che «l'introduzione dei *nova* in appello era ben difficile in assenza di qualsiasi riferimento all'appello da parte della legge delega».

[4] Cfr. la lett. f) del punto 32) della proposta presentata alla stampa il 12 luglio 2002, oggi recepita nella lett. f) dell'art. 30 del d.d.l. delega C. 4578/XIV.

[5] Nelle note illustrative al progetto, la Commissione Vaccarella spiega che la scelta, sul tema dei *nova* in appello, del ritorno, sostanzialmente, alla disciplina antecedente alla riforma del 1990 «è motivata dalla profonda convinzione che la figura del litigante, il quale volutamente riserva le sue armi migliori all'appello, esiste solo nella fantasia di chi non ha mai praticato le aule della giustizia. Oltretutto, l'esecutività *ex lege* delle sentenze di condanna pronunciate in primo grado costituisce il miglior argomento contro l'opinione che ritiene necessario – al fine di "valorizzare" il processo di primo grado – restringere l'ambito delle novità proponibili in appello. Né, infine, ha pregio l'argomento, secondo il quale la presenza di preclusioni in primo grado impedisce logicamente che sia possibile fare in appello ciò che non si può più fare nella precedente fase: infatti, ben è possibile concepire che il processo di primo grado, giunto ad un certo stadio, si chiuda alle novità, ma che tali novità tornino proponibili, una volta che si apra il processo di appello. Tale fenomeno esisteva, senza che nessuno ne abbia menato scandalo, anche nel processo di primo grado antecedentemente alla riforma del 1990: con la precisazione delle conclusioni si precludevano le ulteriori allegazioni e richieste istruttorie, le quali tornavano ad essere proponibili in appello. Se, dunque, una delle parti – presumibilmente quella che è rimasta soccombente – vuole proporre in appello nuove allegazioni o nuove prove, non si vede perché mai ciò debba esserle impedito: salva, ovviamente la possibilità di tener conto della tardività ai fini delle spese».

mo generale alle disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili, operato, per quanto non diversamente disciplinato, dal 4° co. dell'art. 1.

Grazie al medesimo rinvio generale alle norme del codice di rito, debbono inoltre ritenersi applicabili (nonostante il fatto che il 2° co. dell'art. 20 richiami gli artt. 341 ss., trascurando così le disposizioni immediatamente precedenti) pure il 2° co. dell'art. 339 e, almeno in parte, l'art. 340 c.p.c.

Se infatti ha un senso escludere l'applicabilità del 1° e del 3° co. dell'art. 339 c.p.c., che si riferiscono, rispettivamente, ad una regolamentazione sostituita dalla specifica disciplina del ricorso per cassazione *omisso medio* dettata dal 4° co. dell'art. 20 e alle sentenze del giudice di pace, nessuna giustificazione avrebbe togliere di mezzo il 2° co. dell'art. 339 c.p.c., rendendo così appellabili le sentenze pronunciate secondo equità su richiesta delle parti. Ciò entrerebbe anzi in contrasto con i principi di rapida ed efficace definizione dei processi e di concentrazione voluti dall'art. 12 della legge delega[6].

Quanto poi all'art. 340 c.p.c., se può apparire ragionevole escludere la riserva facoltativa d'appello contro le sentenze non definitive in relazione alle «ordinanze», espressamente qualificate come «non impugnabili»[7], pronunciate su domanda congiunta delle parti *ex* art. 11, 2° co., non si capisce perché mai non permettere l'operatività dell'istituto del differimento dell'impugnazione quando, come consentito dal 4° co. dell'art. 16, all'udienza di discussione il giudice abbia subito assunto in decisione, a norma dell'art. 187, 2° e 3° co., c.p.c., questioni pregiudiziali di rito, come quelle attinenti alla giurisdizione o alla competenza, pronunciando sentenza parziale[8].

3. L'inammissibilità dell'appello fondato su motivi generici

Passando alle norme specificamente dettate per il gravame societario, il 1° co. dell'art. 20 si preoccupa di precisare che la citazione in appello deve contenere, a pena di inammissibilità, specifiche censure nei confronti della sentenza impugnata.

In tal modo il legislatore prende posizione a favore della concezione del mezzo di gravame come *revisio prioris instantiae* più che come *novum iudicium.*

Questa è la posizione espressa anche dalla Commissione Vaccarella[9], che in

---

[6] Così Ronco, *sub* art. 20, cit., par. 4.

[7] Può essere opportuno ricordare che la precisazione riguardo alla non impugnabilità, non risultante dal testo originario pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 22 gennaio 2003, si ricava dal comunicato della Presidenza del Consiglio, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 9 settembre 2003 ed avente ad oggetto un avviso di rettifica relativo al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, con cui si è reso noto che, a causa di un errore materiale in cui si era in precedenza incorsi, all'art. 11, 2° co., primo rigo, anziché «Il tribunale provvede con ordinanza quando, decidendo», deve intendersi «Il tribunale provvede con ordinanza non impugnabile in ogni caso in cui, decidendo».

[8] In termini simili, v. Ronco, *sub* art. 20, cit., par. 4.

[9] Cfr. la lett. c) del punto 32) della proposta presentata alla stampa il 12 luglio 2002, ora divenuta lett. c) dell'art. 30 del d.d.l. delega C. 4578/XIV.

una o più generale prospettiva riformatrice, suggerisce di configurare l'atto di appello «quale specifica critica alla decisione impugnata»[10].

Né il decreto né la Commissione Vaccarella si discostano peraltro dalla normativa vigente per il rito ordinario.

Deve infatti rilevarsi come l'art. 20 in realtà ribadisca ed enfatizzi quanto già stabilito dall'art. 342 c.p.c., secondo cui l'atto di appello indica «i motivi specifici dell'impugnazione», ricollegando alla mancata osservanza di tale prescrizione la sanzione processuale dell'inammissibilità del gravame.

Non si può tuttavia dimenticare che la regola secondo cui la mancata specificità dei motivi di appello determina l'inammissibilità dell'impugnazione che non può essere dunque mai sanata dalla costituzione dell'appellato, può ricavarsi solo in via interpretativa.

Non essendo esplicitamente prevista nessuna sanzione per l'inosservanza dell'onere di specificazione dei motivi di appello, sul punto si contrapponevano due orientamenti. Per parte della dottrina e della giurisprudenza, la mancanza di specificità avrebbe determinato una nullità, eventualmente sanabile con la costituzione dell'appellato e la specificazione in corso di causa dei motivi di impugnazione, dell'atto di appello[11]. Secondo una diversa opinione, invece, la non sufficiente specificazione dei motivi di appello determina l'inammissibilità dell'impugnazione, che è insanabile[12].

Le Sezioni Unite[13] hanno composto il descritto contrasto stabilendo che la conseguenza della violazione del precetto della specificità dei motivi di appello è sì una nullità, ma questa nullità non è suscettibile di sanatoria e quindi si riflette, in sostanza, in un caso di inammissibilità dell'impugnazione.

Il d.lgs. 5/2003 recepisce tale ultimo approdo giurisprudenziale.

Ne discende la fondamentale importanza, visto il rigore della connessa sanzione dell'inammissibilità dell'appello, che l'atto di impugnazione indichi

---

[10] Per il vero, la concezione dell'appello come *revisio prioris instantiae* fatta propria dalla Commissione alla lett. c) del punto 32), e confermata alla lett. c) dell'art. 30 del d.d.l. delega C. 4578/XIV, che viene giustificata sulla base della considerazione che «la critica alla decisione oggetto di appello costituisce un requisito imprescindibile per conferire, alla sentenza resa in sede di impugnazione, una credibilità superiore a quella della sentenza impugnata», non appare del tutto coerente con la prospettata abolizione del divieto di *nova* in appello di cui alla lett. f) del medesimo punto e del medesimo articolo. In particolare, non si comprende quali critiche potrebbe elevare alla sentenza di primo grado il soccombente che impugnasse fidando esclusivamente nella deduzione di nuovi mezzi di prova con cui rovesciare la sentenza di prime cure.

[11] Così Cass., Sez. Un., 6 giugno 1987, n. 4991, in *Foro it.*, 1987, I, 3037, con nota di BALENA, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, 1234, con nota di GREGORIO, ed *ivi*, 1988, I, 1, 1820, con nota di MONTELEONE.

[12] In questo senso, v. Cass., 26 giugno 1998, n. 6335, in *Mass. Giur. it.*, 1998, 717, e in *Foro it.*, 2000, I, 219, con nota di RASCIO; Cass., 29 luglio 1995, n. 8377, in *Mass. Giur. it.*, 1995, 942 s.

[13] Cass., Sez. Un., 29 gennaio 2000, n. 16/SU, in *Giust. civ.*, 2000, I, 673, in *Corr. giur.*, 2000, 750, con commento di DE CRISTOFARO, in *Foro it.*, 2000, I, 1, 1606, con note di BALENA, BARONE e PROTO PISANI, e in *Riv. dir. process.*, 2000, 511, con commento di SASSANI. Nel senso della nullità insanabile v. già PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1999, 531; ed ora MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, II, Torino, 2003, 447 s., part. nota 55.

specificamente dove e in che cosa risieda l'errore compiuto dal giudice di primo grado.

Naturalmente, la misura della specificità delle censure dipenderà dal grado di analiticità con cui la sentenza di primo grado sia stata redatta[14]. Se la sentenza impugnata non possiede un adeguato contenuto argomentativo, per soddisfare il requisito della specificità dei motivi di appello ci si potrà limitare a denunciare la sua apoditticità. Qualora invece il giudice di prime cure abbia puntualmente motivato le proprie conclusioni, l'appellante dovrà preoccuparsi di stendere un atto di appello parimenti accurato nel mostrare in cosa sbagli la sentenza appellata. Difficilmente si potrebbe del resto negare che il concetto di specificità è un concetto relazionale, nel senso che la possibilità di specificare è tanto più elevata quanto più articolata è la motivazione della sentenza impugnata e viceversa.

4. (Segue.) ... e di quello a cui le parti abbiano preventivamente rinunciato

Sempre in tema di inammissibilità è il 4° co. dell'art. 20, che riguarda il ricorso in Cassazione *omisso medio*, detto anche *per saltum.*

La norma dispone che l'appello «è dichiarato inammissibile se le parti hanno convenuto, con atto scritto anche anteriore alla sentenza, che questa sia impugnabile soltanto ai sensi dell'art. 360 c.p.c.».

La nuova disposizione introduce, per il processo disciplinato dal d.lgs. 5/2003, una disciplina del ricorso diretto in Cassazione alquanto diversa dalla corrispondente previsione contenuta nel codice di rito.

Nel processo per le controversie societarie, finanziarie e bancarie, il patto, per il quale il 4° co. dell'art. 20 richiede la forma scritta *ad substantiam*, può essere, secondo la dizione legislativa, «anche anteriore» alla pronuncia del giudice di primo grado.

Nel processo ordinario, invece, stando all'interpretazione corrente del 2° co. dell'art. 360 c.p.c., il patto per omettere l'appello è valido solo se successivo all'emanazione della sentenza[15].

---

[14] Nel senso che la specificità vada apprezzata in relazione alla specificità della motivazione della sentenza appellata, v. Cass., Sez. Un., 6 giugno 1987, n. 4991, cit.; Cass., 26 giugno 1998, n. 6335, in *Mass. Giur. it.*, 1998, 717.

[15] La tesi si fonda sia sull'argomento di stampo letterale secondo cui il termine «sentenza appellabile», al quale fa riferimento il 2° co. dell'art. 360 c.p.c., presuppone la possibilità dell'appello e dunque l'accordo non potrebbe che avere ad oggetto una decisione che è effettivamente ed attualmente appellabile, sia sulla considerazione che le parti, per rinunciare all'appello senza temere un pregiudizio alla propria posizione, debbono aver potuto prima valutare concretamente la tendenziale inutilità dell'appello: nel senso che il patto omissivo deve essere stipulato nei confronti di una sentenza che versi in condizioni di ammissibilità dell'appello e che quindi la sentenza in questione «deve essere già stata pronunciata nel momento in cui interviene l'accordo», v. Cass., 7 marzo 1997, n. 2021, in *Nuova giur. comm.*, 1998, I, 40, con nota di Silvestri; Cass., 10 luglio 1986, n. 4480, in *Giust. civ.*, 1986, I, 3121, con nota di Luiso.

L'impossibilità di stipulare *ex ante* l'accordo sul ricorso *per saltum* ha condannato l'istituto all'insuccesso[16]. Molto difficilmente, infatti, le parti sono disposte a rinunciare a un grado di giudizio quando la lite è in corso e tanto più quando già si conosce l'esito del primo grado[17]. È un po' come avviene per l'arbitrato: le parti ricorrono agli arbitri se vi sono costrette da una clausola compromissoria sottoscritta quando la controversia non era ancora insorta; ma quando essa sia già insorta, raramente sopperiscono alla mancanza di una clausola compromissoria stipulando un compromesso con cui rinunciano all'opportunità di percorrere tutto il normale *iter* giudiziario.

La decisione del legislatore delegato di consentire che le parti pattuiscano l'omissione dell'appello e il ricorso diretto in Cassazione anche anteriormente alla pronuncia del giudice di primo grado potrebbe dunque suscitare, nella materia societaria, un nuovo interesse verso l'istituto. Liberato dei freni che *ex* art. 360, 2° co., c.p.c., condizionano la sua concreta utilizzabilità, il ricorso *omisso medio* potrebbe rappresentare un utile strumento a disposizione delle parti per sveltire i tempi processuali, e potrebbe dimostrarsi interessante specie per quelle parti la cui controversia sia localizzata nel distretto della Corte d'appello di Roma, dove la scelta di impugnare la sentenza in Cassazione, anziché in appello, non implica spostamenti geografici o complicazioni di altro tipo (eccettuata la necessità di dotarsi di un difensore abilitato a patrocinare dinanzi alle giurisdizioni superiori)[18].

Il rischio è però che l'istituto abbia sin troppo successo, onerando così la Cassazione di ricorsi che si sarebbero forse potuti definitivamente risolvere in corte d'appello.

Ed è un rischio non meramente teorico, anche perché nulla impedisce che si affermi la prassi di inserire clausole di *omisso medio* nei contratti e magari di predisporre condizioni generali di contratto che le contemplino[19]: si tratta di una pratica non proibita dal 4° co. dell'art. 20, che, consentendo la stipulazione

---

In tema, può essere opportuno ricordare come il fatto che l'accordo per omettere l'appello possa interessare solo una sentenza appellabile sembrerebbe escludere dal ricorso *per saltum* non solo le sentenze non ancora pronunciate (e dunque non ancora appellabili) ma anche quelle contro cui sia già stato proposto appello (e dunque non più semplicemente appellabili ma in effetti appellate).

[16] Lo testimonia l'esperienza pratica e la scarsità di giurisprudenza sull'art. 360 c.p.c.

[17] Sono risultate profetiche le parole di SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, II, Como, 1962, 219, secondo cui l'istituto sarebbe stato «praticamente inapplicabile poiché è evidente che i litiganti, proprio perché litigano, non sono certo disposti ad accordarsi per omettere l'appello».

[18] Per l'enumerazione di questi pregi v. FRUS, *Ricorso per cassazione c.d.* per saltum*: istituto inutile o da riscoprire?*, in *Riv. dir. process.*, 2000, 151-177.

[19] Per il caso che la clausola per l'omissione dell'appello sia presente in contratti per adesione (detti anche contratti in serie o di massa o *standard* o uniformi) e cioè in contratti che contengono condizioni generali unilateralmente predisposte per una serie indefinita di altrui adesioni, ci si deve chiedere se essa sia da considerare vessatoria ai sensi del 2° co. dell'art. 1341 c.c. e se quindi necessiti di specifica sottoscrizione.

del patto prima della pronuncia della sentenza di primo grado, consente pure che esso sia stipulato addirittura prima dell'inizio del processo, allo stesso momento del sorgere del rapporto in seguito divenuto controverso.

Ma probabilmente il legislatore ha ponderato vantaggi e svantaggi[20] ed ha ritenuto prevalenti i primi, anche perché si stima che il numero delle controversie assoggettate al d.lgs. 5/2003 sarà piuttosto contenuto[21] e quindi non si

---

In proposito, occorre ricordare come le ipotesi di vessatorietà contemplate nell'art. 1341 c.c. si considerino tassative, data la natura eccezionale della norma che impone un onere formale di specifica sottoscrizione in deroga al principio generale della libertà delle forme, ma suscettibili di interpretazione estensiva (PATTI, *Responsabilità precontrattuali e contrattuali standard*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1993, 369-374, part. 370; MORELLO, voce «Condizioni generali di contratto», in *Digesto/civ.*, III, Torino, 1988, 334; SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Comm. c.c. Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1970, 280). Questo in pratica significa che l'interpretazione del 2° co. dell'art. 1341 c.c. potrà essere ragionevolmente largheggiante. In concreto, infatti, data la difficoltà di distinguere, in base ad argomentazioni di logica formale, tra analogia ed estensione, considerare le ipotesi di vessatorietà tassative ma suscettibili di interpretazione estensiva equivale a ritenere immanente «un limite (peraltro alquanto flessibile) ad una dilatazione eccessiva delle clausole considerate vessatorie» (MORELLO, *op. cit.*, 334).

L'interrogativo, che potrà essere risolto dalla giurisprudenza, è dunque se sia ragionevole dilatare la categoria delle clausole contenenti «limitazioni alla facoltà di proporre eccezioni» o «deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria» sino a comprendere l'ipotesi della clausola che preveda il ricorso *per saltum*. In fin dei conti, se si prevede il ricorso *per saltum*, si prevede pure che le parti non possano avanzare eccezioni nel giudizio di appello e quindi gli si impongono limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni. E se si deve impugnare direttamente in Cassazione, si ha una deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria che dovrebbe decidere il gravame ma che si vede espropriata del potere di riesaminare il giudizio svoltosi in prime cure.

In attesa di prese di posizione giurisprudenziali, nel senso che il patto per omettere l'appello «debba esser ricondotto a quelle "deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria" di cui discorrono il 2° co. dell'art. 1341 c.c. ed il n. 18) dell'art. 1469 bis c.c.», dal momento che stabilire l'immediata ricorribilità in Cassazione della sentenza significa «escludere il ruolo che la corte d'appello esercita nel secondo grado di giudizio e, quindi, incidere sulla competenza funzionale della stessa corte», v. RONCO, *sub* art. 20, par. 9.

[20] La commissione parlamentare a ciò deputata, al punto 26) del parere sul testo approvato dal Consiglio dei Ministri il 30 settembre 2002, aveva invitato il Governo a valutare la convenienza dell'eventuale soppressione dall'art. 20, 4° co., delle parole «anche anteriore alla sentenza», tornando così al regime adottato per il rito ordinario nel codice di procedura civile. La commissione si era peraltro limitata a sollecitare il Governo ad una ulteriore riflessione, senza indicare quali fossero le ragioni di convenienza che avrebbero consigliato un ritorno all'impostazione recepita nel 2° co. dell'art. 360 c.p.c.

[21] Nel parere reso dal C.S.M. sullo schema di decreto approvato dal Consiglio dei Ministri il 30 settembre 2002, si riferisce di uno studio a campione da cui risulta che a Roma sono attualmente pendenti complessivamente 1467 procedimenti in materia societaria; nel 2001 sono stati iscritti 778 procedimenti e l'anno seguente ne sono stati iscritti 478; a Milano, i procedimenti iscritti sul ruolo degli affari civili contenziosi nelle predette materie, esclusi i cautelari, nell'anno 2000 sono stati circa 400, 430 nel 2001, e 230 nel primo semestre 2002; a Palermo i procedimenti iscritti in materia societaria e di intermediazione mobiliare sono stati 300, a Cagliari l'attuale pendenza è pari a 121 procedimenti in tutto, a Venezia nell'ultimo anno sono state iscritte al ruolo 103 cause in materia societaria; a Firenze nell'ultimo anno sono state iscritte al ruolo 73 controversie in materia di diritto societario, a Potenza 45 a Lecce 23, ad Asti 10 controversie.

dovrebbe comunque temere un particolare appesantimento dei ruoli della Suprema Corte.

Resta infine dubbio se il richiamo dell'art. 20, 4° co., all'art. 360 c.p.c. si intenda operato al 1° o al 2° co. di quest'ultima disposizione[22].

Nel primo caso si dovrà ritenere che, a differenza di quanto previsto per il rito ordinario, stipulato il patto per saltare l'appello, si possa ricorrere subito in Cassazione per tutti i motivi di cui all'art. 360 c.p.c.

Nel secondo caso si dovrà ritenere che, come avviene nel rito ordinario, omesso l'appello, l'impugnazione diretta in Cassazione possa proporsi soltanto per violazione o falsa applicazione di norme di diritto, anche se la differenza è meno marcata di quanto sembrerebbe, perché la giurisprudenza interpreta la limitazione di cui al 2° co. dell'art. 360 come diretta ad escludere il solo motivo di cui al n. 5) del medesimo art. 360 ossia l'impugnazione per difetto di motivazione[23].

Dovendosi proporre una soluzione, l'interpretazione migliore sembra la prima.

Questo se non altro perché avere a disposizione, ai sensi del 1° co. dell'art. 360, un più ampio spettro di motivi sulla cui base proporre, *omisso medio*, il ricorso in sede di legittimità sembra preferibile in un contesto, come quello di cui al 4° co. dell'art. 20, nel quale si consente di stipulare il patto per omettere l'appello anche prima della pronuncia di primo grado e dunque prima di poter valutare se l'esclusione, oltre che del potere di appellare, del potere di ricorrere per omessa o insufficiente motivazione possa risultare eccessiva[24].

5. L'improcedibilità dell'appello per mancata costituzione dell'appellante

Passando alle conseguenze dell'inattività delle parti in appello, occorre esaminare le ipotesi della mancata costituzione dell'appellante e della diserzione bi-

[22] Nel punto 26) della relazione stilata dalla commissione parlamentare incaricata di rendere un parere sul testo approvato dal Consiglio dei Ministri il 30 settembre 2002 si legge: «il Governo vorrà precisare, con riferimento al 4° co. del predetto art. 20, se il richiamo operato all'art. 360 c.p.c. deve intendersi in relazione al 2° co. dello stesso».

[23] Nel senso che l'ultima parte dell'ult. co. dell'art. 360 c.p.c. non si riferisce alla sola ipotesi del n. 3) dello stesso art. 360, ma anche a quelle dei nn. 1), 2) e 4), che attengono egualmente a violazione o a falsa applicazione di norme di diritto, pur avendo una diversa e specifica oggettività (e alle quali del resto si riferisce anche l'art. 111 Cost. quando parla di violazione di legge), v. Cass., 10 dicembre 1976, n. 4587, in *Mass. Giur. it.*, 1976, 1088. In altri termini, nel caso del ricorso *per saltum* (e dell'impugnazione straordinaria in Cassazione), la violazione può avere riferimento tanto alla legge regolatrice del rapporto sostanziale controverso, quanto alla legge regolatrice del processo.

[24] Per una elementare ragione di coerenza sembra *de iure condito* eccessivo, anche se finalisticamente apprezzabile, ritenere, insieme a Ronco, *sub* art. 20, cit., par. 9, che il riferimento del 4° co. dell'art. 20 all'art. 360 c.p.c. debba intendersi operato ora al 1° ora al 2° co. dell'art. 360 stesso a seconda del momento in cui il patto sia intervenuto, consentendo una maggiore ampiezza di critica nel caso, più insidioso, del patto stipulato prima della pubblicazione della sentenza, e restringendo il ricorso al solo motivo della violazione di legge nel caso del patto stipulato dopo.

laterale della prima udienza, che nel d.lgs. 5/2003 sono disciplinate al 3° co. dell'art. 20 e all'art. 22.

Il 3° co. dell'art. 20 stabilisce che la mancata costituzione nei termini dell'appellante provoca la declaratoria di improcedibilità, subordinando tale effetto all'istanza «dell'appellato che si sia tempestivamente costituito».

Per l'appello in materia societaria viene dunque derogato il disposto del 1° co. dell'art. 348 c.p.c., secondo cui, in caso di mancata costituzione in termini dell'appellante, l'appello è dichiarato improcedibile «anche d'ufficio».

Questa deroga si spiega, probabilmente, con la volontà del legislatore di armonizzare il giudizio di appello con la più marcata filosofia dispositiva, di esaltazione della libera volontà delle parti, a cui ora viene improntato il primo grado, dove, ad esempio, l'operare dei meccanismi di preclusione viene sottratto al rilievo officioso del giudice[25].

L'allentamento del regime è del resto coerente con le perplessità espresse dalla Commissione Vaccarella illustrando quella parte del proprio progetto[26] nella quale si suggerisce, ai fini della riforma del giudizio d'appello, la revisione della disciplina dell'improcedibilità[27]. Per la Commissione, infatti, l'attuale necessità che la costituzione in sede di gravame avvenga nel termine abbastanza ristretto di dieci giorni decorrenti dalla notificazione della citazione produce difficoltà non trascurabili[28]. Evidentemente il legislatore delegato, pur mantenendo invariati i ter-

---

[25] Ma, ad avviso di Ronco, *sub* art. 20, cit., par. 5, «risolvendosi in una sorta di "lassismo" verso l'inattività delle parti nel giudizio di gravame», ciò probabilmente contrasta con la legge di delegazione, che, ai sensi del 2° co. dell'art. 12, impegnava il legislatore delegato a favorire la rapida definizione dei procedimenti e la concentrazione processuale.

[26] Cfr. la lett. e) del punto 32) della proposta presentata alla stampa il 12 luglio 2002, adesso lett. e) dell'art. 30 del d.d.l. delega C. 4578/XIV.

[27] Secondo la Commissione, «le fattispecie di improcedibilità dell'appello, come ha rilevato la migliore dottrina, derivano da una scelta tutto sommato discrezionale del legislatore: si tratta, dunque, di individuare ragionevoli ipotesi in cui l'inattività dell'appellante impedisce l'esame nel merito dell'appello». In altri termini, si tratta di rendere «più ragionevoli» i casi di improcedibilità.

[28] Questo avviene, precisa la Commissione «specie quando il luogo di notificazione dell'impugnazione non coincide con la sede della corte di appello».

In effetti, considerato il tempo occorrente in questi casi perché torni indietro l'avviso di ricevimento, che costituisce la prova dell'avvenuta notifica a mezzo posta, qualche difficoltà potrebbe insorgere. Si tenga però presente che, anche a ritenere vietata l'iscrizione a ruolo sulla base di una semplice velina (cfr. in questo senso, contrariamente alle prassi seguite in taluni uffici giudiziari, Cass., 1° giugno 2000, n. 7263, in *Giur. it.*, 2001, 907, in *Giust. civ.*, 2001, I, 1051, e in *Foro it.*, 2001, I, 813), ed in attesa che ciò venga espressamente consentito a seguito dell'approvazione dell'art. 6 del d.d.l. C. 2229/XIV, recante «Modifiche urgenti al codice di procedura civile», l'ult. co. dell'art. 5, l. 20 novembre 1982, n. 890, sulle notificazioni a mezzo del servizio postale, dispone che «la parte può, anche prima del ritorno dell'avviso di ricevimento, farsi consegnare dall'ufficiale giudiziario l'originale dell'atto per ottenere l'iscrizione della causa a ruolo» con l'unica riserva che, qualora il convenuto non si costituisca, la causa non potrà essere messa in decisione se successivamente non sia stato allegato agli atti l'avviso di ricevimento. D'altra parte, attendere il ritorno dell'avviso di ricevimento permette di verificare che la notifica sia andata a buon fine e di risparmiare le spese di costituzione tutte le volte in cui essa sia risultata inesistente e non semplicemente nulla, rendendo così impossibile rinnovarla ai sensi del 1° co. dell'art. 291 c.p.c. e costringendo ad iniziare un differente giudizio di impugnazione.

mini di costituzione, ha ritenuto eccessivamente punitivo che il loro mancato rispetto potesse essere rilevato anche d'ufficio.

6. La cancellazione dal ruolo in caso di mancata comparizione delle parti

Un intento acceleratorio, coerente con lo scopo espresso dall'art. 12, 1° e 2° co., lett. a), della legge delega, di favorire la rapida definizione dei procedimenti e la concentrazione processuale, appare invece sotteso al disposto dell'art. 22, secondo cui, se nessuna delle parti compare all'udienza, la corte d'appello ordina la cancellazione della causa dal ruolo.

La previsione dell'art. 22 è infatti più rigorosa rispetto a quella ricavabile dall'art. 181 c.p.c., ritenuto applicabile al giudizio di secondo grado in virtù del rinvio generale alle norme del procedimento di primo grado operato dall'art. 359 c.p.c.[29]. Basti in proposito osservare che, mentre l'art. 22 dispone l'immediata cancellazione della causa dal ruolo, l'art. 181 c.p.c. stabilisce che, quando nessuna delle parti compaia alla prima udienza, il giudice fissa una nuova udienza di cui il cancelliere deve dare comunicazione alle parti costituite e dispone la cancellazione solo se le parti non compaiono neppure alla nuova udienza.

In ogni caso, la sanzione della cancellazione della causa dal ruolo appare, in termini assoluti, piuttosto blanda, considerato che la causa cancellata dal ruolo può essere riassunta, secondo il disposto del 1° co. dell'art. 307 c.p.c., nel termine di un anno. Molto più afflittivo sarebbe stato prevedere che in caso di mancata comparizione delle parti, pur costituite, l'appello dovesse essere dichiarato improcedibile, posto che, *ex* art. 358 c.p.c., l'appello dichiarato inammissibile o improcedibile non può essere più riproposto, nemmeno quando il termine fissato dalla legge per impugnare non sia ancora decorso.

7. L'intervento

Quanto infine alla disciplina dell'intervento in appello, l'art. 21 ne amplia l'ambito.

---

[29] Per l'applicabilità dell'art. 181 c.p.c., v. Cass., 5 maggio 2001, n. 6334, in *Giur. it.*, 2001, 2246, con nota di TESORIERE; Cass., 8 giugno 1998, n. 5640, in *Giur. it.*, 1999, 703; Cass., 26 ottobre 1995, n. 11123, in *Foro it.*, 1996, I, 3183. Non ha invece trovato riscontri in giurisprudenza la tesi, sostenuta da LASAGNO, *sub* art. 348 c.p.c., in CHIARLONI (a cura di), *Le riforme del processo civile*, Bologna, 1992, 452, secondo cui la previsione contenuta nel 2° co. dell'art. 348, da cui consegue la declaratoria di improcedibilità, anche d'ufficio, quando l'appellante, benché si sia anteriormente costituito, non compaia né alla prima udienza né all'udienza successiva a cui il collegio è tenuto a rinviare la causa, dovrebbe operare indipendentemente dal comportamento dell'appellato e quindi anche qualora nemmeno l'appellato si sia costituito, determinando così una situazione di diserzione bilaterale dell'udienza.

Nel nuovo rito possono infatti intervenire non solo i terzi legittimati all'opposizione di terzo, come previsto per il rito ordinario dall'art. 344 c.p.c., ma anche i «terzi che avrebbero interesse a sostenere le ragioni di alcuna delle parti» e cioè i terzi che avrebbero potuto proporre intervento adesivo dipendente[30].

Nel testo approvato dal Consiglio dei Ministri il 30 settembre 2002 si consentiva l'intervento in appello pure dei litisconsorti necessari pretermessi.

Ciò non è più contemplato nella stesura definitiva, approvata dal Consiglio dei Ministri il 10 gennaio 2003 e poi pubblicata in Gazzetta Ufficiale.

Questo non vuole peraltro dire che i litisconsorti necessari pretermessi non possano intervenire in appello per ottenere la rimessione della causa in primo grado *ex* art. 354 c.p.c., dal momento che nell'ipotesi descritta può essere facilmente riscontrato il caso di cui all'art. 344 c.p.c. dell'intervento dei terzi che potrebbero proporre opposizione a norma dell'art. 404, essendo il litisconsorte necessario potenzialmente pregiudicato nei propri diritti dalla sentenza pronunciata tra gli altri litisconsorti ed essendo quindi legittimato alla opposizione di terzo ai sensi del 1° co. dell'art. 404.

[30] Per la precisazione che la legittimazione dei terzi all'intervento sussiste «naturalmente sulla base del semplice interesse all'intervento adesivo dipendente, senza bisogno che siano anche legittimati a fare opposizione di terzo revocatoria, considerato che gli elementi del dolo o della collusione ai loro danni, ai sensi dell'art. 404, 2° co., c.p.c., li farebbe automaticamente rientrare nella categoria dei legittimati ai sensi dell'art. 344 c.p.c.», v. SASSANI e TISCINI, *Il nuovo processo societario. Prima lettura del d.lgs. n. 5 del 2003*, in *Giust. civ.*, 2003, II, 59, part. nota 32.

TITOLO III
DEL PROCEDIMENTO CAUTELARE

Articolo 23
Provvedimenti cautelari anteriori alla causa

1. *Nelle controversie di cui al presente decreto, ai provvedimenti d'urgenza e agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della decisione di merito non si applica l'articolo 669 octies del codice di procedura civile, ed essi non perdono la loro efficacia se la causa non viene iniziata.*
2. *Il magistrato designato provvede, in ogni caso, sulle spese del procedimento a norma degli articoli 91 e seguenti del codice di procedura civile.*
3. *Quando il giudizio di merito non sia iniziato, la revoca e la modifica dell'ordinanza di accoglimento, esaurita l'eventuale fase di reclamo, possono essere sempre richieste al giudice che ha provveduto sull'istanza cautelare. La revoca e la modifica sono concesse soltanto se si verificano mutamenti nelle circostanze. Possono altresì essere concesse sulla base di circostanze anteriori di cui è acquisita conoscenza successivamente al provvedimento cautelare. In tale caso, l'istante deve fornire la prova del momento in cui ne è venuto a conoscenza.*
4. *Quando il giudizio di merito sia iniziato, si applicano gli articoli 669 novies, terzo comma, e 669 decies del codice di procedura civile. L'estinzione del giudizio di merito non determina l'inefficacia della misura cautelare di cui al comma 1.*
5. *Contro tutti i provvedimenti in materia cautelare è dato reclamo a norma dell'articolo 669 terdecies del codice di procedura civile da proporsi nel termine perentorio di dieci giorni dalla comunicazione del provvedimento. Le circostanze e i motivi sopravvenuti al momento della proposizione del reclamo debbono essere proposti, nel rispetto del principio del contraddittorio, nel relativo procedimento. Il tribunale può sempre assumere informazioni e acquisire nuovi documenti. Non è consentita la rimessione al primo giudice.*
6. *In nessun caso l'autorità del provvedimento cautelare è invocabile in un diverso processo.*
7. *Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni della sezione I del capo III del titolo I del libro IV del codice di procedura civile.*

Articolo 24
Provvedimenti cautelari in corso di causa e giudizio abbreviato

1. *La domanda cautelare in corso di causa si propone con ricorso depositato nella cancelleria del giudice già designato a norma dell'articolo 12, comma 2, ovvero dell'articolo 18, comma 2; altrimenti, il presidente designa senza indugio il magistrato al quale è affidata la trattazione del procedimento.*
2. *Il giudice designato, se la domanda cautelare è proposta anteriormente al decreto di cui all'articolo 12, con lo stesso decreto che fissa l'udienza di comparizione delle parti davanti a sé, le invita a depositare i documenti che ritiene rilevanti anche in relazione alla decisione della causa a norma dei commi 4 e seguenti. Può anche fissare termini per il deposito di documenti, memorie e repliche.*
3. *Il giudice designato procede a norma dell'articolo 669 sexies del codice di procedura civile. In ogni caso, l'estinzione del giudizio di merito non determina l'inefficacia dei provvedimenti d'urgenza o degli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare provvisoriamente gli effetti della decisione di merito.*
4. *All'udienza di comparizione, il giudice designato, se ritiene che la causa sia matura per la decisione di merito senza bisogno di ulteriore assunzione di mezzi di prova ovvero che il giudizio sia comunque in condizione di essere definito, ne dà comunicazione alle parti presenti e le invita a precisare le rispettive conclusioni di rito e di merito; nella stessa udienza pronuncia sentenza, al termine della discussione.*
5. *Quando la decisione della causa è attribuita al tribunale in composizione collegiale, il giudice designato fissa l'udienza di discussione, nei successivi trenta giorni, davanti al collegio.*
6. *La sentenza è pronunciata a norma dell'articolo 281 sexies del codice di procedura civile ovvero, se la complessità della causa impedisca o renda difficoltosa la contestuale redazione della motivazione, dando lettura del dispositivo in udienza. In tal caso la motivazione deve essere depositata nei successivi quindici giorni.*
7. *Quando la discussione viene rinviata, il giudice può sempre adottare le misure cautelari idonee ad assicurare gli effetti della decisione di merito.*
8. *L'istanza di sospensione proposta a norma dell'art. 2378 del codice civile è disciplinata dalle disposizioni di cui al presente articolo. La società, ricevuta la notifica dell'istanza di sospensione, ne dà notizia agli amministratori e ai sindaci.*

Commento di EUGENIO DALMOTTO

Sommario

1. Tutela cautelare *ante causam* – **1.1.** Premessa – **1.2.** La possibilità di non instaurare il giudizio di merito dopo la fase cautelare – **1.3.** (Segue.) ... i suoi corollari (condanna alle spese, influenza su numerosi problemi interpretativi) – **1.4.** (Segue.) ... e qualche considerazione pratica sull'attenuazione della strumentalità della tutela cautelare – **1.5.** L'instaurazione del giudizio di merito (effetti della declaratoria di inesistenza del diritto e della sentenza processuale) – **1.6.** La soluzione *ope legis* di talune incertezze interpretative in tema di revoca (condizioni per la revocabilità, giudice competente) – **1.7.** (Segue.) ... e di reclamo (termine per reclamare, *nova*, divieto di rimessione al primo giudice) – **1.8.** Il rinvio alle norme sul procedimento cautelare uniforme *ante causam* – **1.9.** (Segue.) ... e l'influenza su queste ultime della normativa speciale – **2.** Tutela cautelare *lite pendente* – **2.1.** Il procedimento cautelare in corso di causa iniziato dopo la designazione del relatore o del giudice monocratico – **2.2.** (Segue.) ... e prima – **2.3.** Le particolarità della procedura e l'efficacia del provvedimento cautelare concesso in corso di causa – **2.4.** L'applicabilità al procedimento cautelare in corso di causa di norme sul procedimento cautelare *ante causam* – **3.** Giudizio abbreviato – **3.1.** L'evoluzione del procedimento cautelare in corso di causa in giudizio abbreviato sul merito – **3.2.** La costituzionalità del giudizio abbreviato e l'uso strumentale dell'istanza cautelare – **3.3.** La sospensione della delibera assembleare impugnata

1. Tutela cautelare *ante causam*

1.1. Premessa

Tra le esigenze più sentite della riforma del rito societario, finanziario e bancario, c'è quella dell'accelerazione.

La velocità è infatti un valore particolarmente importante in campo economico.

Come si notava nella relazione di accompagnamento al d.d.l. C. 7123/XIII, «una pronuncia che ponesse nel nulla gli effetti, ad esempio, di una deliberazione di aumento di capitale sociale già da tempo eseguito, dopo che siano stati già emessi i relativi titoli azionari e questi abbiano preso a circolare, determinerebbe una delicatissima situazione. Si rischierebbe, alternativamente, di mettere a repentaglio una serie di posizioni giuridiche derivate a catena da quella emissione, oppure – ove ciò non fosse ritenuto possibile – di rendere la pronuncia giudiziale sostanzialmente lettera morta».

In proposito puntualmente si osservava, sempre nei lavori preparatori, che proprio per evitare tali situazioni «sono state emanate, in determinati settori, norme di sbarramento che impediscono di invalidare atti societari dopo la loro iscrizione nel registro delle imprese» (si pensi all'art. 2504 quater c.c., ai sensi del quale eseguita l'iscrizione dell'atto di fusione tra società, la sua invalidità non può più essere pronunciata e resta solo la possibilità di chiedere il risarcimento del danno eventualmente spettante ai soci o ai terzi danneggiati).

Tuttavia i meccanismi di pubblicità sanante, se impediscono la turbativa derivante dal concedere efficacia ripristinatoria a pronunce lontane nel tempo ri-

spetto all'evento dedotto in giudizio, devitalizzano anche l'efficacia della tutela giudiziaria ordinaria, i cui tempi sono quasi sempre superiori a quelli del perfezionamento della sanatoria[1].

È pertanto un dato di comune esperienza, anch'esso sottolineato nei lavori parlamentari del d.d.l. C. 7123/XIII, che «la fase decisiva di quasi tutte le controversie in tema di validità delle deliberazioni assembleari di società si concentri nell'eventuale provvedimento di sospensione della deliberazione impugnata. Se la sospensione è concessa, quella deliberazione sarà ormai infatti destinata a non avere mai più esecuzione; se, viceversa, essa è negata, difficilmente sarà poi possibile rimettere in discussione, a distanza di anni, gli effetti irreversibilmente prodotti dalla deliberazione medesima: sicché la causa, di fatto, continuerà ormai solo in una prospettiva risarcitoria (se non soltanto per le spese)».

Ciò, nella prospettiva della riforma del diritto processuale delle società, suscitava due riflessioni.

Da un lato, occorreva procedere alla verifica dell'esistenza nel nostro ordinamento di forme di tutela cautelare capaci di assicurare un'efficace tutela.

Dall'altro lato occorreva riconoscere che, ottenuto il provvedimento cautelare, il ricorrente ha spesso soddisfatto la propria pretesa e non ha interesse a coltivare la causa nel merito, così come il convenuto soccombente non ha interesse a che il giudice riconosca dopo anni la legittimità di atti che in concreto non hanno potuto realizzare i piani imprenditoriali ad essi sottesi.

Sotto il primo profilo, i *conditores* potevano stare relativamente tranquilli. La materia cautelare è infatti uscita da una profonda revisione a seguito della riforma processuale del 1990, che, novellando il codice di procedura civile, ha introdotto un procedimento uniforme[2] su cui, dopo un decennio di applicazione, si può esprimere un giudizio ampiamente positivo[3], salva l'opportunità di

---

[1] Basti dire che la durata di un procedimento di impugnazione di delibera assembleare è, se si considerano i tre possibili gradi di giudizio, di circa otto anni, mentre il solo giudizio di merito di primo grado dura in media tre anni.

[2] Sul procedimento cautelare introdotto dalla riforma del 1990, v., tra gli altri, CECCHELLA, *Il processo cautelare*, Torino, 1997, X-329; CONSOLO, LUISO, SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996, 565-740 ss.; MERLIN, voce «Procedimenti cautelari ed urgenti in generale», in *Digesto/civ.*, XIV, Torino, 1996, 393-435; TARZIA (a cura di), *Il nuovo processo cautelare*, Padova, 1993; FRUS, *sub* artt. 669 bis-669 quaterdecies c.p.c., in CHIARLONI (a cura di), *Le riforme del processo civile*, Bologna, 1992, 607-804; CIPRIANI e TARZIA (a cura di), *L. 26 novembre 1990, n. 353*, in *Nuove leggi comm.*, 1992, 294-426; PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, partt. 293-401; OLIVIERI, *I provvedimenti cautelari nel nuovo processo civile*, in *Riv. dir. process.*, 1991, 688-738; TOMMASEO, *L. 26 novembre 1990, n. 353, artt. da 73 a 77*, in *Corr. giur.*, 1991, 95-107; SALETTI, *Appunti sulla nuova disciplina delle misure cautelari*, in *Riv. dir. process.*, 1991, 355-387.

[3] In proposito, la «Commissione Vaccarella» ossia la commissione ministeriale di studio per la riforma del processo civile, istituita con d.m. 23 novembre 2001 e presieduta, fino alla nomina a giudice costituzionale, dal prof. Romano Vaccarella, ha scritto, nella Relazione alla proposta presentata alla stampa il 12 luglio 2002, che «il procedimento cautelare uniforme, in quasi dieci anni di applicazione, non ha mostrato gravi lacune o difetti» e si è pertanto limitata a proporre, al punto 53), ora divenuto art. 50 del d.d.l. delega C. 4578/XIV, pochi ritocchi e adattamenti. Per una va-

alcuni aggiustamenti e della revisione del procedimento *ex* art. 2378 c.c. di sospensione delle delibere assembleari impugnate[4].

Il Parlamento, dettando la delega, non riteneva quindi necessario contemplare, nella l. 3 ottobre 2001, n. 366, principi e criteri appositamente dedicati ad assicurare una maggiore velocità ed efficienza della procedura cautelare, pur consentendo che interventi in questo senso potessero essere operati dal legislatore delegato, rientrando all'interno della direttiva generale, di cui al 1° co. dell'art. 12, la possibilità di emanare norme dirette alla «più rapida ed efficace definizione di procedimenti»[5].

Sotto l'altro profilo, invece, le Camere erano consapevoli che si dovesse intervenire pesantemente, spezzando il vincolo di strumentalità necessaria tra fase cautelare e di merito che la migliore dottrina aveva segnalato, in relazione a talune categorie di rimedi cautelari, come uno dei maggiori difetti della disciplina introdotta con la novella del 1990[6].

---

lutazione favorevole v. anche PROTO PISANI, *Dodici anni di riforme per la giustizia civile*, in *Foro it.*, 2001, V, 89 ss., part. 93 ss., già in *Giur. it.*, 2000, 1768 ss., secondo cui «nonostante i molti problemi che sono sorti nella pratica, il giudizio su questa parte della riforma del 1990 è stato ed è unanimemente positivo, specie dopo che la sentenza n. 253 del 1994 della C. Cost. (in *Foro it.*, 1994, I, 2005) ha esteso il reclamo anche all'ordinanza con cui sia stata rigettata la domanda di provvedimento cautelare».

[4] Sull'impugnazione delle delibere assembleari dopo la riforma del diritto societario, v. SANZO, *sub* art. 2378 c.c., in questo *Commentario*.

Qui si può ricordare che, senza specifico riguardo al subprocedimento di sospensione ma con generico riguardo all'impugnazione delle delibere assembleari, la parte «sostanziale» della l. 3 ottobre 2001, n. 366, di delega alla riforma del diritto societario, all'art. 4, 7° co., lett. b), ha dettato il principio direttivo di «disciplinare i vizi delle deliberazioni in modo da contemperare le esigenze di tutela dei soci e quelle di funzionalità e certezza dell'attività sociale, individuando le ipotesi di invalidità, i soggetti legittimati alla impugnativa e i termini per la sua proposizione, anche prevedendo possibilità di modifica e integrazione delle deliberazioni assunte, e l'eventuale adozione di strumenti di tutela diversi dalla invalidità». Questi criteri sono stati recepiti emanando il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, recante «Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative», che ha novellato le disposizioni in materia societaria contenute nel codice civile.

[5] Il d.d.l. C. 7123/XIII (decaduto con l'esaurirsi della legislatura e ripresentato alla legislatura successiva come C. 1137/XIV per poi essere tradotto, con modificazioni, nella l. 366/2001), invece, oltre a delegare il Governo, con l'art. 11, 1° co., «ad emanare nuove norme dirette ad assicurare una più rapida ed efficace definizione di procedimenti», prevedeva anche, alla lett. b) del 2° co., «un giudizio monocratico, salve eventuali riserve di collegialità, improntato a particolare celerità ed ispirato al modello del procedimento cautelare, per provvedere su domande volte alla rimozione o alla cessazione degli effetti di atti negoziali già compiuti, nel rispetto del principio del contraddittorio e con possibilità di reclamo immediato ad un organo collegiale». Ma nel corso dei lavori parlamentari della XIV legislatura queste indicazioni cadevano, probabilmente per la loro superfluità, dal momento che il procedimento cautelare uniforme già è normalmente monocratico, improntato a particolare celerità, rispettoso del principio del contraddittorio e comprensivo della possibilità di reclamo immediato ad un organo collegiale.

[6] Sul punto, si scriveva: «si è persa un'occasione per separare la disciplina dei sequestri da quella dei provvedimenti anticipatori, così da introdurre, grazie ad un diverso modo di considerare questi ultimi, un fortissimo elemento deflazionatore del processo ordinario. L'occasione consi-

Di conseguenza, la legge delega contiene, alla lett. c) del 2° co. dell'art. 12, la specifica direttiva secondo cui il Governo avrebbe dovuto prevedere la mera facoltatività dell'instaurazione della causa di merito dopo la pronuncia di un provvedimento emesso all'esito di un procedimento sommario cautelare, la definitività degli effetti prodotti dai provvedimenti cautelari non seguiti dal giudizio di merito, l'impossibilità per essi di acquistare efficacia di giudicato in altri eventuali giudizi promossi per finalità diverse[7].

1.2. La possibilità di non instaurare il giudizio di merito dopo la fase cautelare

Si giungeva così all'emanazione del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, che attua la lett. c) del 2° co. dell'art. 12 della legge delega prevedendo l'allentamento del nesso di strumentalità necessaria tra giudizio cautelare e di merito, la stabilità degli effetti del provvedimento cautelare in relazione al quale non vi sia stato (o si sia estinto) un successivo giudizio di merito, l'esclusione dell'efficacia in altri processi della pronuncia resa in sede cautelare. Nè si può trascurare che il d.lgs. 5/2003 ha avuto cura di ottemperare anche all'indicazione contenuta nel 1° co. dell'art. 12 per la rapidità ed efficacia, intervenendo a modifica, della disciplina della revoca, del reclamo, del procedimento cautelare in corso di causa, nonché introducendo, sulla falsariga dell'analogo istituto nel processo amministrativo,

steva nello sciogliere il nodo di correlazione necessaria tra provvedimento anticipatorio e processo di merito (...) Non vedrei nulla di scandaloso in un sistema che, consentendo al giudice di provvedere in maniera provvisoria e anticipata sulla tutela giurisdizionale (...) lasci poi al controinteressato l'iniziativa di chiedere un eventuale provvedimento definitivo di accertamento». per tali testuali parole, v. CHIARLONI, *Prime riflessioni sui valori sottesi alla novella del processo civile*, in *Riv. dir. process.*, 1991, 672 s., e, nello stesso senso ID., *Riflessioni inattuali sulla novella del processo civile (con particolare riguardo ai provvedimenti cautelari e interinali)*, in *Foro it.*, 1990, V, 501.

Nel solco di queste critiche si è sviluppata un'ampia riflessione che ha portato, *de iure condendo*, alla proposta di abrogare l'art. 669 novies c.p.c. nella parte in cui ricollega la perdita di efficacia del procedimento cautelare alla mancata instaurazione della causa di merito: v. PROTO PISANI, *Per l'utilizzazione della tutela cautelare anche in funzione di economia processuale*, in *Foro it.*, 1998, V, 8, e il punto 43) della proposta di disegno di legge delega elaborata dalla Commissione Tarzia, in *Riv. dir. process.*, 1996, 945 ss., part. 964, nonché la relativa relazione, *ivi*, 971 ss., part. 1016 s. Per l'indicazione di mantenere, con gli opportuni adattamenti, i principi attualmente vigenti, ma di completare la disciplina dell'efficacia nel tempo dei provvedimenti cautelari con «la previsione delle ipotesi nelle quali non è indispensabile un successivo giudizio di merito», v. inoltre la lett. b) del punto 53) del progetto elaborato dalla Commissione Vaccarella e quindi la lett. b) dell'art. 50 del d.d.l. delega C. 4578/XIV. Nel senso di rendere eventuale e non necessaria la fase di merito successiva al rilascio del provvedimento d'urgenza *ante causam*, consentendo peraltro, nel caso di mancato inizio del giudizio di merito, la revocabilità e modificabilità del provvedimento d'urgenza da parte del giudice che l'ha emesso, allorché si verifichino mutamenti delle circostanze, v. anche il d.d.l. d'iniziativa governativa C. 2229/XIV, recante «Modifiche urgenti al codice di procedura civile», e la valutazione positiva resa su tale punto dal C.S.M. con il parere in data 21 febbraio 2002.

[7] L'art. 11, 2° co., lett. c), del d.d.l. C. 7123/XIII provvedeva analogamente, riferendo questo regime al procedimento di cui alla lett. b).

un «giudizio abbreviato» che attribuisce al giudice il potere di definire direttamente nel merito il giudizio cautelare chiesto in corso di causa.

In particolare, il Titolo III del decreto, composto da due articoli e dedicato al procedimento cautelare, si apre, al 1° co. dell'art. 23, prevedendo la possibilità di un procedimento cautelare *ante causam* seguito dal giudizio di merito solo se una delle parti lo vuole.

Secondo il 1° co. dell'art. 23, infatti, ai provvedimenti d'urgenza e agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della decisione di merito non si applica l'art. 669 octies c.p.c.[8] ed essi non perdono la loro efficacia se la causa non viene iniziata o, si può aggiungere, ne viene iniziata una non congruente rispetto a quella preannunciata in sede cautelare. Il giudice, quindi, non deve fissare il termine *ad quem* per l'inizio della causa di merito, né la parte che abbia ottenuto il provvedimento cautelare a sé favorevole è sollecitata ad intraprendere il giudizio nel merito per salvaguardare il risultato da essa provvisoriamente ottenuto.

Così come non c'è un onere di iniziare la causa di merito, non c'è neppure un onere di coltivarla: coerentemente, l'ultima parte del 4° co. dell'art. 23 dispone che l'estinzione del giudizio di merito non determina l'inefficacia della misura cautelare concessa ai sensi del 1° co.

Qualora la causa di merito non venga iniziata o comunque il giudizio si estingua, il provvedimento diviene definitivo, salva la possibilità della sua revoca o modifica quando si verifichino mutamenti nelle circostanze poste a base della sua emanazione, ma, come precisa il 6° co. dell'art. 23, in nessun caso l'autorità del provvedimento cautelare è invocabile in un diverso processo. In nessun caso, in altri termini, la pronuncia cautelare, pur producendo effetti definitivi, potrà avere la forza di un vero e proprio giudicato, che sarebbe incompatibile con i caratteri sommari del giudizio in esame. La parte rimasta soccombente nel giudizio sulla cautela potrà dunque promuovere in qualsiasi momento, senza essere pregiudicata dagli esiti della fase a cognizione sommaria, un giudizio a cognizione piena orientato a dimostrare l'inesistenza del diritto posto a fondamento dell'ordine cautelare.

Ci si può chiedere, peraltro, se il regime di stabilità del provvedimento su cui ci si è appena soffermati valga in relazione a tutti i procedimenti cautelari che siano chiesti nell'ambito della materia coperta dal decreto in commento, intendendosi come onnicomprensivo il riferimento, contenuto nel 1° co. dell'art. 23, ai «provvedimenti d'urgenza e agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della decisione di merito».

Non pare.

Entro la categoria delle misure cautelari deve infatti distinguersi tra prov-

[8] La precisazione è stata operata, nel testo approvato dal Consiglio dei Ministri il 10 gennaio 2003 e poi pubblicato in Gazzetta Ufficiale, in accoglimento della sollecitazione venuta dalla 2ª commissione permanente della Camera dei Deputati. Il testo dell'art. 23 approvato dal Consiglio dei Ministri del 30 settembre 2002 si limitava infatti a stabilire che i provvedimenti cautelari non avrebbero perso efficacia in caso di mancata instaurazione della causa di merito.

vedimenti cautelari conservativi (in particolare i sequestri) e provvedimenti cautelari a contenuto anticipatorio[9].

Solo questi ultimi, caratterizzati dal far operare in via provvisoria e anticipata quegli effetti dell'emananda decisione di merito che, se differiti, risulterebbero inefficaci o inattuabili, potranno avere una loro autonoma stabilità.

I provvedimenti cautelari di tipo conservativo, ossia i provvedimenti che mirano a conservare uno stato di fatto in attesa ed allo scopo che su di esso il provvedimento principale possa esercitare i suoi effetti, postulano invece necessariamente che si intraprenda il giudizio di merito. Il che è palese quando, ad esempio, si ottiene un sequestro giudiziario o conservativo ai sensi dell'art. 670 o 671 c.p.c. o un'ulteriore figura di sequestro prevista dal codice civile o da leggi speciali: il sequestro non ha di per sé la funzione di anticipare, in via provvisoria, il soddisfacimento del diritto alla proprietà di un bene o al pagamento di una somma, ma ha esclusivamente la funzione di consentire, conservando al proprietario l'integrità del bene in contesa e al creditore la garanzia del credito, che quel diritto possa essere utilmente riconosciuto da una successiva sentenza.

La descritta impostazione traspare chiaramente dal testo del d.lgs. 5/2003, dove il richiamo «ai provvedimenti d'urgenza e agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della decisione», di cui si parla al 1° e al 4° co.[10] dell'art. 23 per ricollegarvi la non necessaria instaurazione del giudizio di merito e l'irrilevanza della sua estinzione[11], si contrappone al riferimento a «tutti i provvedimenti cautelari» contenuto nel 5° co., in tema di reclamo, per sottolineare come quest'ultima disciplina, a differenza di quella dettata dal 1° e dal 4° co., si applichi alla generalità delle misure cautelari[12].

---

[9] La contrapposizione tra provvedimenti cautelari conservativi e anticipatori è ben definita da CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936 (ora in *Opere giuridiche*, IX, Napoli, 1983, 163 ss.), 26 s.

[10] L'espresso rinvio dell'ultima parte del 4° co. dell'art. 23 alle misure cautelari di cui al 1° co. della medesima disposizione, assente nella versione del decreto pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale del 22 gennaio 2003, è stato aggiunto, correggendo un errore materiale di omissione, dall'avviso di rettifica, pubblicato, a cura della Presidenza del Consiglio, sulla Gazzetta Ufficiale del 9 settembre 2003.

[11] Non va inoltre dimenticato che pure nell'ambito del procedimento cautelare in corso di causa, l'irrilevanza dell'estinzione ai fini della sopravvivenza della misura cautelare viene significativamente limitata, dal 3° co. dell'art. 24, ai soli «provvedimenti d'urgenza» e agli «altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare provvisoriamente gli effetti della decisione di merito».

[12] Nel medesimo senso, v. COSTANTINO, *Il nuovo processo commerciale: la tutela cautelare*, in *Riv. dir. process.*, 2003, 656 s., secondo il quale «la differente locuzione adoperata nel primo e nel quinto capoverso induce a ritenere che il legislatore delegato abbia introdotto una distinzione tra le diverse specie di provvedimenti cautelari» tale per cui la strumentalità tra tutela cautelare e tutela ordinaria «sarebbe eliminata con esclusivo riferimento ai provvedimenti anticipatorî, non anche a quelli conservativi».

Sarebbe stato peraltro opportuno che il legislatore avesse esplicitato il proprio pensiero, dando seguito alla richiesta, contenuta nel parere espresso dal C.S.M. sullo schema approvato dal Consiglio dei Ministri il 30 settembre 2002, di «chiarire se la disciplina si applica anche ai provvedimenti

Il legislatore ha così sottointeso che per i provvedimenti cautelari non idonei ad anticipare gli effetti della sentenza, come per l'appunto quelli di tipo meramente conservativo, vale l'ordinario regime di cui all'art. 669 octies c.p.c., in base al quale la misura diviene inefficace se il giudizio di merito non viene tempestivamente instaurato.

E sembrerebbe altresì sottointeso che tutti i provvedimenti d'urgenza *ex* art. 700 c.p.c. siano di tipo anticipatorio, dal momento che il 1° co. dell'art. 23 li accomuna agli «altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della decisione di merito». Ma questa lettura non corrisponde al vero. La natura atipica e residuale dei provvedimenti d'urgenza permette infatti di invocare anche misure che abbiano carattere conservativo, quando manchi una misura cautelare tipica capace di assicurare il relativo effetto[13]. Deve pertanto ritenersi che il legislatore abbia voluto riferirsi, dettando la regola della non necessaria instaurazione del giudizio di merito, non a tutti i provvedimenti d'urgenza, ma ai provvedimenti d'urgenza in quanto categoria paradigmatica di misure cautelari con effetti normalmente anticipatori, con esclusione quindi di quei provvedimenti emanati ai sensi dell'art. 700 c.p.c. che non rivestano tale normale carattere anticipatorio[14].

In ogni caso, pur non potendosi nascondere una certa insoddisfazione per la formulazione del 1° co. dell'art. 23[15], che, come si è visto, impone all'interprete un non indifferente sforzo ricostruttivo, c'è un aspetto importante da sottolineare: aver lasciato libere le parti di decidere se iniziare o coltivare il giudizio di merito per ottenere l'accertamento con efficacia di giudicato del diritto i cui effetti già siano stati assicurati dal provvedimento cautelare, appare certamente positivo e capace di contemperare concrete esigenze di tutela con il principio di

---

conservativi ed in tal caso disciplinare la conversione del sequestro in pignoramento in modo da consentire l'espropriazione forzata sui beni sequestrati» (vale la pena di osservare che il C.S.M. dunque non esclude che in base alla disciplina di cui al decreto anche una misura cautelare conservativa possa mantenere efficacia nonostante la mancata instaurazione della causa di merito).

[13] Si pensi ai cosiddetti sequestri atipici, che il giudice pronuncia ai sensi dell'art. 700 c.p.c., segnatamente quando il bene cautelando non presenti le caratteristiche oggettive previste dall'art. 670 c.p.c. (come nel caso del «sequestro giudiziario» di quote di una società a responsabilità limitata, su cui TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, Padova, 1983, 196 ss., 202 s.; C. Cost., 9 luglio 1970, 122, in *Foro it.*, 1970, I, 2294) oppure in relazione a controversie che non siano riconducibili ad alcuna tra le figure considerate dagli artt. 670 ss. c.p.c. (come nel caso del «sequestro innominato» concesso ai sensi dell'art. 700 per la tutela di invenzioni non brevettate o di marchi non ancora ottenuti: v. Pret. Montebelluna, 8 aprile 1979, ord., in *Riv. dir. ind.*, 1980, II, 167, e Pret. Roma, 1° ottobre 1973, ord., in *Riv. dir. ind.*, 1974, II, 291; TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., 867). Ulteriori ipotesi di utilizzo in funzione conservativa del provvedimento *ex* art. 700 c.p.c. sono ricordate da FRUS, *sub* art. 23, d.lgs. 5/2003, in CHIARLONI (a cura di), *Il nuovo processo societario*, Bologna, 2004, par. 4.

[14] Nel medesimo senso, per l'opinione che «il legislatore delegato, con una tecnica di redazione normativa non ineccepibile, abbia dapprima menzionato i provvedimenti d'urgenza come paradigma di misure cautelari con effetti normalmente anticipatori cui riservare l'attenuazione della strumentalità e, al contempo, l'abbia estesa anche ad ogni *altra* misura, pur sempre (e soltanto) anticipatoria», v. FRUS, *sub* art. 23, par. 4.

[15] Critiche al modo in cui la norma è stata confezionata sono espresse anche da FRUS, *sub* art. 23, cit., parr. 3 e 4.

economia dei giudizi. Diventa quindi un rammarico che non si sia colta l'occasione per consentire un più ampio ricorso al 1° co. dell'art. 23 attraverso l'allargamento dei presupposti a cui la legge subordina l'emanazione dei provvedimenti d'urgenza, attualmente concedibili solo quando il pregiudizio temuto sia irreparabile, cosa che ne limita fortemente l'utilizzabilità nel campo delle controversie a contenuto patrimoniale[16].

1.3. (Segue.) ... i suoi corollari (condanna alle spese, influenza su numerosi problemi interpretativi)

L'acquisita autonomia del giudizio cautelare, capace di concludersi con un provvedimento positivo dotato di stabilità nonostante la mancata instaurazione della causa di merito, consigliava di modificare la regola dettata dall'art. 669 septies c.p.c., che consente al giudice di liquidare le spese del procedimento solo in caso di rigetto dell'istanza.

Del resto, non pareva opportuno mantenere una regola che avrebbe potuto incentivare il ricorrente vittorioso a proseguire il giudizio, innanzi al giudice del merito, al solo scopo di ottenere la condanna in suo favore delle spese processuali maturate in sede cautelare.

Ragionevole è dunque che il 2° co. dell'art. 23 abbia stabilito che il magistrato designato alla trattazione del giudizio cautelare provveda, a norma degli artt. 91 ss. c.p.c., «in ogni caso» e cioè sia quando respinga sia quando accolga la domanda cautelare.

Resta poi dubbio se la nuova regola valga solo per i procedimenti cautelari di tipo anticipatorio o anche per quelli di tipo conservativo, per i quali l'instaurazione del giudizio di merito deve considerarsi ancora necessaria.

La seconda alternativa, quella di ritenere che la regola dell'immediata liquidazione valga tanto per i provvedimenti anticipatori quanto per quelli conservativi, pare preferibile.

In questo senso depone sia il tenore letterale del 2° co., che non distingue tra i due tipi di misure e anzi dispone che la pronuncia sulle spese debba aversi in ogni caso[17], sia l'assenza di un legame indefettibile tra la necessità di instaurare il giudizio di merito e l'allocazione in quella sede della condanna alle spese.

Non si può infine tacere come l'allentamento del nesso di strumentalità tra giudizio cautelare e di merito sia destinato a riflettersi su parecchie questioni

[16] Per l'opinione che il requisito dell'irreparabilità avrebbe potuto essere sostituito con il riferimento alla gravità, così da rendere più incisivi gli effetti dell'attuazione della delega contenuta alla lett. c) del 2° co. dell'art. 12 della l. 3 ottobre 2001, n. 366, v. il parere del C.S.M. sullo schema di decreto approvato dal Consiglio dei Ministri il 30 settembre 2002.

[17] Per l'insuperabilità del dato letterale si esprime Frus, *sub* art. 23, par. 10, il quale, al par. 11, ipotizza una disciplina differente, rispetto a quella dettata dall'art. 669 septies c.p.c., in ordine ai rimedi azionabili contro la pronuncia sulle spese.

attualmente dibattute. Tra le altre, si può qui ricordare quella relativa alla validità della procura alle liti conferita in margine o in calce agli atti introduttivi del giudizio cautelare, che, in assenza di una espressa limitazione alla fase cautelare, tende ad essere ritenuta valida anche per il giudizio di merito[18], ma su cui si potrebbe assistere ad un cambiamento di indirizzo sull'onda del riconoscimento di una accentuata autonomia al giudizio cautelare. Lo stesso si può dire per il caso del luogo della notificazione della citazione per il giudizio di merito dopo che si sia svolta la fase cautelare *ante causam*: per la giurisprudenza, la citazione è regolarmente notificata al domicilio eletto dalla parte presso il difensore nominato con la procura alle liti rilasciata per il procedimento cautelare[19], sennonché l'orientamento potrebbe mutare una volta recepita l'idea di una accentuazione cesura tra cautela e merito. Così pure per la questione della validità del ricorso cautelare in cui manchi l'indicazione della causa di merito da instaurare in seguito[20]: la mancata precisazione degli estremi di un giudizio

[18] Cfr. la motivazione di Cass., 22 ottobre 1997, n. 10363, in tema di procura conferita per la cautela che vale pure per il merito. In argomento, per casi in cui la procura rilasciata per la fase cautelare è stata ritenuta conferita anche per la fase di merito, con conseguente validità della notifica dell'atto introduttivo del giudizio ordinario presso il difensore costituito nel procedimento cautelare e non presso la parte personalmente, v. Cass., 28 gennaio 2003, n. 1236, in *Giur. it.*, 2003, 1576, e Cass., 15 marzo 2002, n. 3794, in *Giur. it.*, 2003, con nota di FRUS.

[19] Così Cass., 15 marzo 2002, n. 3794, in *Giur. it.*, 2003, con nota di FRUS, e in *Giust. civ.*, 2003, I, 1101, con nota di TRINCHI.

[20] Secondo un orientamento giurisprudenziale, il ricorso cautelare che non contenga la precisa indicazione della relativa domanda di merito deve ritenersi inammissibile (così Trib. Bari, 12 dicembre 2002, ord., e Trib. Bari, 24 febbraio 2003, ord., in *Giur. it.*, 2003, 1607; Trib. Parma, sez. dist. Fidenza, 18 dicembre 2000, ord., in *Giur. it.*, 2001, 1163, con nota di SPACCAPELO, Trib. Santa Maria Capua Vetere, 15 gennaio 1999, in *Gius*, 1999, 1878; Trib. Bari, 25 settembre 1996, in *Corr. giur.*, 1997, 960, con nota di SPADA; Trib. Catania, 6 aprile 1994, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, 28, con nota di RAITI; Trib. Catania, 26 agosto 1993, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, 675, e, in *Giur. merito*, 1995, 405, con nota di MASONI; Pret. Legnano, 7 giugno 1993, in *Riv. critica dir. lav.*, 1994, 211) o nullo (in questo senso, v. Trib. Napoli, 22 settembre 1998, in *Gius*, 1999, 2001; Trib. Napoli, 30 aprile 1997, ord., in *Giur. merito*, 1998, 674, e in *Giur. it.*, 1998, 269; Trib. Bari, 3 giugno 1996, in *Corr. giur.*, 1997, 959, con nota di SPADA; Trib. Potenza, 29 marzo 1995, e Trib. Rovigo, 7 marzo 1994, in *Giur. merito*, 1995, 405, con nota di MASONI; Trib. Trani, 25 luglio 1995, in *Giur. it.*, 1996, I, 2, 88; Trib. Verona, 22 dicembre 1993, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, 1121, con nota di D'ASCOLA; Pret. Alessandria, 16 marzo 1993, in *Giur. it.*, 1993, I, 2, 775, con mia nota e replica di CHIARLONI).

Secondo altra giurisprudenza, la conseguenza dell'inammissibilità o della nullità va per quanto possibile evitata. Così, l'istanza cautelare è stata ritenuta ammissibile quando, pur non essendo specificate le conclusioni dell'instaurando giudizio di merito, siano indicate, anche senza l'uso di formule sacramentali, le norme giuridiche violate (così Trib. Venezia, 12 giugno 2000, in *Gius*, 2001, 391) e più in generale si ritiene valido il ricorso cautelare nel quale, pur non essendo stati espressamente formulati gli estremi della causa di merito, il contenuto di quest'ultima è ricavabile o dall'interpretazione del ricorso stesso o in virtù di un nesso di implicazione necessaria come avviene tra la richiesta di un sequestro giudiziario e la controversia sulla proprietà di un bene (in questo senso, cfr. Trib. Torino, 23 agosto 2002, ord., in *Giur. it.*, 2003, 1834, con nota di ANANIA; Trib. Trieste, 24 luglio 1999, in *Giust. civ.*, 2000, I, 1851, con nota di PIRIA; Trib. Milano, 20 marzo 1997, in *Giur. comm.*, 1998, II, 250, con nota di RIMINI; Trib. Verona, 16 gennaio 1997, in *Giur. merito*, 1997, I, 708; Trib. Como, 27 novembre 1997, in *Giur. it.*, 1999, 1215; Trib. Milano, 14 agosto 1997,

non solo futuro ma diventato anche meramente eventuale potrebbe essere valutata con minor rigore di quanto si faccia con riferimento al procedimento cautelare uniforme[21]. E via discorrendo.

1.4. (Segue.) ... e qualche considerazione pratica sull'attenuazione della strumentalità della tutela cautelare

La valutazione positiva dell'allentamento della strumentalità tra misura cautelare e giudizio di merito deve essere a questo punto considerata anche alla luce della sua concreta incidenza.

Se infatti, come sembra, la disciplina sulla non necessarietà di instaurare il merito si applica solo alla tutela cautelare integralmente anticipatoria, la possibilità di sperimentare le nuove norme appare ristretta.

In materia societaria, infatti, la tutela cautelare consiste, normalmente, nella sospensione delle deliberazioni assembleari impugnate, nel sequestro conservativo in funzione delle azioni di risarcimento nei confronti dei responsabili della gestione sociale, nel sequestro giudiziario delle partecipazioni nelle controversie sulla titolarità e sul possesso delle medesime, nei provvedimenti di revoca e sostituzione degli amministratori[22].

Ma per l'art. 2378 c.c., nel vecchio come nel nuovo testo, risultante dalla riforma della parte sostanziale del diritto societario operata novellando il codice civile con il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, la sospensione delle deliberazioni assembleari può essere chiesta solo in corso di causa, dopo che sia stata notificata la citazione nel merito, e quindi il tema dell'allentamento della strumentalità nel passaggio tra cautela e merito nemmeno si pone[23].

Quanto ai sequestri, poi, si tratta di misure tipicamente conservative, rispetto alle quali il nuovo regime non dovrebbe operare.

E riguardo ai provvedimenti di revoca e sostituzione degli amministratori, essi sono solitamente chiesti nell'ambito dei procedimenti per la denuncia delle gravi irregolarità ai sensi dell'art. 2409 c.c. e quindi nelle forme del procedimento camerale in confronto di più parti, ai sensi dell'art. 30.

Le novità sul regime della stabilità del provvedimento cautelare di cui qui si discute investirebbero pertanto solo due ambiti: da un lato la materia rispet-

---

in *Foro it.*, 1998, I, 241; Trib. Nocera Inferiore, 1° agosto 1995, in *Giur. it.*, 1996, I, 2, 238; Trib. Cagliari, 23 settembre 1993, in *Giust. civ.*, 1994, I, 3310).

[21] Nel senso che «la disciplina introdotta *ex novo* dall'art. 23 non modifica i termini di fondo della questione» e che quindi «rimane inalterata la necessità di indicare la futura causa di merito», v. peraltro FRUS, *sub* art. 23, par. 6.

[22] Così COSTANTINO, *Il nuovo processo commerciale: la tutela cautelare*, cit., 657.

[23] Si pone semmai il problema della sommarizzazione del giudizio di merito, dato che, come si vedrà successivamente, il giudice, nel decidere sull'istanza cautelare, potrà, se ritiene la causa matura per la decisione, decidere anche il merito con le forme del giudizio abbreviato di cui alla seconda parte dell'art. 24.

to a cui, per vari motivi, il ricorso alla tutela offerta dall'art. 2378 c.c. si dimostra inefficace e dall'altro il campo delle controversie relative alle società di persone[24], nell'ambito delle quali non è infrequente il ricorso alla tutela cautelare atipica *ex* art. 700 c.p.c. in alternativa alla denunzia di gravi irregolarità, inoperante in quel contesto[25].

Oggi, con l'abolizione, ad opera del d.lgs. 6/2003, della tutela *ex* art. 2409 c.c. nelle società a responsabilità limitata[26] dovrebbero aprirsi nuovi spazi alle norme sul procedimento cautelare *ante causam* in materia societaria, ma si tratterà di poca cosa[27].

Né l'ambito di applicazione si estende molto prendendo in esame la materia finanziaria, o quella bancaria e creditizia, dove la tutela di tipo anticipatorio non pare frequente[28]. In tali campi si chiedono prevalentemente sequestri conservativi a tutela della garanzia patrimoniale e sequestri giudiziari di partecipazioni e titoli. Come misure cautelari di carattere anticipatorio, resterebbero dunque essenzialmente le azioni inibitorie contro le clausole abusive nelle controversie tra

[24] Ma non quando la lite abbia ad oggetto l'esclusione del socio, giacché in tal caso, in presenza della misura cautelare tipica di cui al 2° co. dell'art. 2287 c.c., si ritiene che il ricorrente non possa, prima dell'instaurazione del giudizio di opposizione innanzi al tribunale, ottenere la sospensione dell'efficacia della deliberazione di esclusione a norma dell'art. 700 c.p.c.: così Trib. Torre Annunziata, 17 maggio 1994, in *Giur. merito*, 1998, 967, ed *ivi*, 1999, 74; Pret. Ischia, 15 novembre 1983, in *Giur. comm.*, 1984, II, 621, con nota di ROCCO DI TORREPADULA.

Per ragioni analoghe, la tutela anticipatoria *ante causam* è esclusa, secondo l'orientamento prevalente, anche nel caso della richiesta di sospensione della delibera di esclusione del socio di cooperativa, che si ritiene possa essere domandata, *ex* art. 2527, 3° co., solo nell'ambito del giudizio di merito di opposizione contro la delibera medesima: così Trib. Padova, 17-20 aprile 2000, in *Giur. it.*, 2000, 67, e in *Soc.*, 2000, 1122, con nota di BONAVERA; Trib. Monza, 19 ottobre 1999, in *Giur. milanese*, 2000, 208; Pret. Taranto, 17 marzo 1992, in *Arch. civ.*, 1992, 717, e in *Giur. merito*, 1994, 51; Pret. Matera, 17 ottobre 1987, in *Giur. merito*, 1989, 621; Pret. Noci, 30 aprile 1987, in *Foro it.*, 1988, I, 1182.

La giurisprudenza non è però univoca sul punto. Secondo un orientamento minoritario, infatti, pur in presenza della misura cautelare tipica prevista dall'art. 2527 c.c., il ricorso *ex* art. 700 c.p.c. *ante causam* per ottenere la sospensione dell'esecuzione della delibera di esclusione di un socio di società cooperativa è ammissibile, in quanto offre una protezione di maggiore ampiezza ed efficacia, che consente di non procrastinare nel tempo la tutela: in tal senso, cfr. Trib. Verona, 1° agosto 1996, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, 66, e in *Giur. merito*, 1997, 4, con nota di ASPRELLA; Trib. Salerno, 18 gennaio 1995, in *Giur. comm.*, 1995, II, 694; Pret. Roma, 31 dicembre 1987, in *Giust. civ.*, 1988, I, 793, e in *Soc.*, 1988, 705.

[25] Sostanzialmente in questo senso, COSTANTINO, *op. ult. cit.*, 657 s.

[26] Su cui v. MAINETTI, *sub* art. 2409, in questo Commentario, par. 2; SALAFIA, *La riforma del controllo giudiziario previsto dall'art. 2409 c.c.*, in *Soc.*, 2002, 1329 ss.; e il mio contributo *sub* art. 2409, in CHIARLONI (a cura di), *Il nuovo processo societario*, Bologna, 2004, par.2.2.

[27] In particolare, il nuovo 3° co. dell'art. 2476 c.c. espressamente prevede che, in caso di gravi irregolarità nella gestione della società a responsabilità limitata, possa essere adottato il provvedimento cautelare di revoca degli amministratori.

[28] Sarebbe andata meglio prendendo in considerazione la materia del diritto industriale e della concorrenza (riguardo a cui cfr. SORDELLI, *Provvedimenti cautelari nel diritto industriale, nel diritto di autore e nella concorrenza*, Padova, 1998), che però, contrariamente a quanto originariamente si progettava, non è stata investita dalla riforma.

banche ed associazioni di consumatori a sensi dell'art. 1469 sexies (nel testo da ultimo modificato dall'art. 6 della l. 3 febbraio 2003, n. 14)[29].

Da tutto ciò consegue che l'importanza pratica degli artt. 23, 1° e 4° co., e 24, 3° co., che consentono la sopravvivenza degli effetti dei provvedimenti cautelari anticipatori (ma non di quelli conservativi) nel caso in cui il giudizio di merito non sia instaurato o si estingua, sarà piuttosto contenuta[30]. Di questo non ci si deve d'altra parte eccessivamente sorprendere, in quanto molti degli interventi operati con il d.lgs. 5/2003, costituiscono il frutto, più che di specifiche esigenze della materia societaria, finanziaria e bancaria, di idee maturate nella diversa ottica di una riforma generale della giustizia civile, dove, per rimanere sull'argomento del regime della stabilità dei provvedimenti cautelari, il campo della tutela cautelare anticipatoria è alquanto ampio, comprendendo tutto il terreno della tutela dei diritti della personalità[31].

1.5. L'instaurazione del giudizio di merito (effetti della declaratoria di inesistenza del diritto e della sentenza processuale)

Naturalmente, poi, se la causa di merito viene iniziata, il provvedimento cautelare perde efficacia, come ricorda il 4° co. dell'art. 23, richiamando il 3° co. dell'art. 669 novies c.p.c., quando, con sentenza anche non passata in giudicato, sia dichiarato inesistente il diritto a cautela del quale era stato concesso.

Né, una volta iniziata la causa di merito, il provvedimento cautelare può mantenere efficacia quando il giudice di merito dichiari, pure qui con sentenza anche non passata in giudicato, la sua incompetenza, riconoscendo così impli-

---

[29] Sul punto v., in generale, soprattutto Tarzia, *L'azione inibitoria prevista dall'art. 1469 sexies*, in *Riv. dir. process.*, 1996, 936; Id., *La tutela inibitoria contro le clausole vessatorie*, *ibid*., 1997, 629.

[30] Secondo Costantino, *op. ult. cit.*, 659, ad ulteriore ridimensionamento dell'importanza delle innovazioni, da cui non ci si potrebbe attendere l'auspicato effetto deflattivo, ci sarebbe da tener presente che, aver legato la sopravvivenza degli effetti del provvedimento cautelare «ad un dato obiettivamente opinabile, quale la natura, anticipatoria o conservativa, del medesimo (...) indurrà chi ha ottenuto un provvedimento cautelare a iniziare comunque il giudizio di merito ed a dargli impulso, al fine di scongiurare il rischio di perderne gli effetti, essendo possibile che, in sede di valutazione della sopravvenuta inefficacia ai sensi dell'art. 669 novies, 2° co., c.p.c., quel provvedimento sia qualificato conservativo e non meramente anticipatorio (...). Qualora, infatti, si prescinda dalle ipotesi estreme (provvedimenti d'urgenza totalmente anticipatorî della pronuncia di merito, come nei casi previsti dall'art. 1469 sexies c.c., da una parte, e sequestri conservativi *ex* art. 671 c.p.c., dall'altra), il confine tra le due figure, utili a fini classificatorî e didattici, rischia di complicare l'esistenza agli interpreti e agli operatori. Basti pensare a un sequestro giudiziario di partecipazioni societarie delle quali sia controverso il possesso con nomina del richiedente quale custode, ai sensi dell'art. 676 c.p.c.: appare sostenibile che tale provvedimento sia anticipatorio e non meramente conservativo; appare tuttavia legittimo chiedersi chi ne affiderebbe la sopravvivenza degli effetti alla qualifica da parte del giudice al quale ne sia denunciata la sopravvenuta inefficacia, ai sensi dell'art. 669 novies, 2° co., c.p.c.».

[31] In proposito, v. Proto Pisani, *La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela*, in *Foro it.*, 1990, V, 1 ss.

citamente l'incompetenza del giudice che ha pronunciato la misura cautelare, o più in generale quando il giudice definisca il processo decidendo questioni processuali impedienti[32].

È però lecito domandarsi se tale affermazione possa valere anche nel rito societario, finanziario e bancario.

Nel procedimento cautelare uniforme l'inefficacia della misura cautelare in conseguenza della pronuncia di una sentenza meramente processuale viene infatti ricavata, mancando una espressa previsione, dall'equiparazione tra rigetto in rito e dichiarazione di estinzione del processo, da cui, secondo il 1° co. dell'art. 669 novies c.p.c., discende la perdita di efficacia del provvedimento cautelare.

Ciò posto, bisogna ricordare che nella materia in esame, ai sensi dell'ultima parte del 4° co. dell'art. 23 (e della seconda parte del 3° co. dell'art. 24), il 1° co. dell'art. 669 novies c.p.c., relativo alla sorte del cautelare quando il giudizio di merito si estingua, non si applica (se non a tutti i cautelari, quanto meno) alle misure cautelari anticipatorie (anzi, vale la regola opposta: l'estinzione del giudizio di merito non determina l'inefficacia del provvedimento). Il che pone in crisi il valore del richiamo all'interpretazione estensiva dell'art. 669 novies per sostenere che l'emanazione di una sentenza sul processo travolge subito la misura cautelare.

Le conclusioni possibili sono pertanto due.

O ritenere che i cautelari societari e creditizi di tipo anticipatorio non perdono efficacia all'atto della pronuncia di una sentenza processuale e che per vederli decadere si debba attendere l'eventuale passaggio in giudicato di quest'ultima.

O ritenere che tanto per il procedimento cautelare uniforme quanto per il rito cautelare di cui all'art. 23, d.lgs. 5/2003 l'effetto di immediata caducazione in conseguenza della pronuncia di una sentenza processuale discende non dall'assimilazione con l'ipotesi dell'estinzione del giudizio di merito di cui al 1° co. dell'art. 669 novies c.p.c. ma dall'equiparazione con l'ipotesi dell'emanazione di una sentenza di merito che accerti l'inesistenza del diritto, disciplinata dal 3° co. del medesimo articolo[33].

Le due tesi si equivalgono, ma occorre avvertire che, al di là della coerenza formale del ragionamento, non si riesce a trovare nessuna seria ragione per ricollegare effetti diversi, a seconda del rito cautelare coinvolto, all'identico fenomeno della pronuncia di una sentenza meramente processuale. La realtà è quindi che si deve adottare la seconda delle alternative illustrate oppure si deve negare l'idoneità della sentenza processuale non passata in giudicato a tra-

---

[32] In argomento, cfr. FRUS, *sub* art. 669 novies c.p.c., in CHIARLONI (a cura di), *Le riforme del processo civile*, Bologna, 1992, 714 ss. Cfr. inoltre Pret. Monza, 11 gennaio 1997, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, 680, secondo cui la sentenza declinatoria di competenza (come ogni altra sentenza che definisca il giudizio in rito), pronunciata nel giudizio di merito, determina l'inefficacia della misura cautelare concessa *ante causam*.

[33] Per l'equiparazione, agli effetti di travolgimento della misura cautelare, tra sentenza di accertamento dell'inesistenza del diritto e sentenza processuale, v. ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 1991, 252 s.

volgere la misura cautelare anticipatoria sia quando si applichi il d.lgs. 5/2003 sia quando si applichino gli artt. 669 ss. c.p.c.[34].

1.6. La soluzione *ope legis* di talune incertezze interpretative in tema di revoca (condizioni per la revocabilità, giudice competente)

Trovandosi ad intervenire sulla disciplina della materia cautelare, il legislatore delegato ha colto l'occasione per offrire la soluzione legislativa di una serie di incertezze sorte nella pratica in relazione al vigente procedimento cautelare uniforme.

Ciò non era vietato.

La l. 3 ottobre 2001, n. 366, ha infatti delegato il Governo ad emanare norme dirette alla «più rapida ed efficace definizione di procedimenti» e si può sostenere che l'esistenza delle incertezze a cui si è accennato costituisce ragione non trascurabile di allungamento degli *itinera* processuali nonché, più in generale, di inefficienza della procedura cautelare.

Procedere a qualche chiarificazione poteva allora ritenersi nelle corde della delega[35].

Per il vero, occorre notare come gran parte dei dubbi che il d.lgs. n. 5 del 2003 ha inteso dissipare discendano non tanto dalla cattiva tecnica redazionale del legislatore del 1990 o dall'intrinseca difficoltà della materia quanto dalla circostanza che le ordinanze rese in sede cautelare non sono mai ricorribili in Cassazione e che quindi il controllo nomofilattico della Suprema Corte non può esplicarsi.

Ma tant'è.

---

[34] Per una terza via si esprimono Sassani e Tiscini, *Il nuovo processo societario. Prima lettura del d.lgs. n. 5 del 2003*, in *Giust. civ.*, 2003, II, 63, che, dopo aver rilevato la non facile trasponibilità delle teorie sinora elaborate per il rito cautelare uniforme nel nuovo rito cautelare delle controversie societarie, sostengono che «se il vizio processuale (che ha impedito la pronuncia nel merito della controversia) è vizio proprio del giudizio di merito e non si estende al provvedimento cautelare», allora si può ammettere, in analogia con la disciplina prevista dal 4° co. dell'art. 23, che il provvedimento cautelare conservi la sua efficacia, mentre quando il rigetto in rito sia fondato su un vizio estendibile anche al provvedimento cautelare «non può ammettersi che il provvedimento cautelare conservi la sua efficacia, essendo anch'esso colpito da quel vizio la cui presenza nella fase di merito ne ha imposto la chiusura in rito (così ad esempio per il caso di sentenza di incompetenza o dichiarativa del difetto di giurisdizione, o della carenza di interesse o legittimazione ad agire)».

[35] Il C.S.M. sembra invece propenso a ravvisare un eccesso di delega. Nel parere reso sullo schema di decreto approvato dal Consiglio dei Ministri il 30 settembre 2002, si sottolinea infatti che la legge n. 366 del 2001, mentre ha attribuito un'ampia delega al Governo quanto alla introduzione e disciplina di un procedimento sommario non cautelare concludentesi con un provvedimento esecutivo e di uno o più procedimenti camerali informati ai principi del giusto processo, per il procedimento cautelare ha previsto solo di allentare il nesso di strumentalità necessaria tra cautela e merito e di disciplinare il regime dell'efficacia del provvedimento cautelare, «il legislatore delegato ha proceduto, invece, ad una modifica della disciplina della revoca, del reclamo, del procedimento cautelare in corso di causa ed ha anche introdotto la previsione di un "giudizio abbreviato"».

Il legislatore delegato ha ritenuto troppo eccentrico rispetto alla delega o comunque troppo impegnativo forgiare meccanismi idonei a garantire l'esercitabilità della funzione nomofilattica pure nei casi di non ricorribilità del provvedimento in Cassazione[36].

Si è preferito quindi regolamentare legislativamente i singoli punti controversi.

In particolare, sono state prese in esame alcune questioni in tema di revoca o modifica del provvedimento cautelare e di reclamo nei suoi confronti.

Riguardo alla revoca o modifica dell'ordinanza di accoglimento, il 3° co. dell'art. 23 ha chiarito che i «mutamenti nelle circostanze» che la legittimano, ed a cui fa riferimento anche il 1° co. dell'art. 669 decies c.p.c., possono consistere anche in «circostanze anteriori di cui è acquisita conoscenza successivamente al provvedimento cautelare»[37]. Dunque, oltre ai mutamenti oggettivi delle circo-

[36] Il progetto elaborato dalla Commissione Vaccarella ipotizza, invece, alla lett. g) del punto 33), oggi lett. g) dell'art. 31 del d.d.l. delega C. 4578/XIV, di consentire alla Cassazione di svolgere anche nelle materie dove i provvedimenti non siano impugnabili *ex* art. 111 Cost. il compito di indirizzo interpretativo che l'ordinamento gli riconosce, assegnando alla parte soccombente la facoltà di proporre comunque ricorso, che la Cassazione sarebbe insindacabilmente libera di esaminare, o rivitalizzando l'istituto, di cui all'art. 363 c.p.c., del ricorso nell'interesse della legge su impulso del Procuratore Generale. La nota illustrativa che correda il progetto a questo proposito scrive: «com'è noto, l'attuale diritto vivente in tema di ricorso straordinario *ex* art. 111 Cost. nega la possibilità di impugnare i provvedimenti che, oltre alla forma, non abbiano neppure gli effetti propri delle sentenze. In particolare, non sono censurabili in Cassazione i provvedimenti (...) cautelari. Questa situazione produce un notevole inconveniente: l'impossibilità per la Corte di dare dei precedenti. Tanto per fare un esempio, non vi possono essere sentenze della Cassazione sull'interpretazione ed applicazione degli artt. 669 bis ss. c.p.c. Ciò produce, nella materia del procedimento cautelare, una giurisprudenza a macchia di leopardo: tante "prassi" quanti sono i tribunali; il che è proprio quello che la presenza di una Corte suprema dovrebbe evitare. Per ovviare a tale inconveniente, non è certo possibile estendere illimitatamente la previsione dell'art. 111 Cost. anche ai provvedimenti del tipo di quelli sopra indicati, in quanto ciò produrrebbe un ulteriore aggravio per la Cassazione. Tuttavia, poiché – appunto – nelle dette materie la Costituzione non garantisce la decisione della Cassazione, si può pensare di ammettere la parte soccombente a proporre comunque l'impugnazione, e che la Corte possa insindacabilmente scegliere di decidere solo i ricorsi che diano l'occasione di emettere una pronuncia di principio, e di declinare l'esame degli altri con un provvedimento che si limiti a dar atto della mancanza di interesse generale degli stessi; ovvero si può pensare (ma la scelta tra queste tecniche va lasciata al legislatore delegato) ad un meccanismo – attivabile dal Procuratore Generale – analogo al vigente (ma perento) art. 363 che provochi una pronuncia di mero indirizzo, e cioè nomofilattica nel senso più pregnante della parola, della Corte senza incidenza nel caso concreto che ha dato occasione alla pronuncia».

[37] Il legislatore non ha ritenuto di introdurre una analoga precisazione anche con riferimento ai «mutamenti delle circostanze» che consentono, ai sensi del 1° co. dell'art. 669 septies c.p.c., la riproposizione della domanda cautelare quando essa sia stata in precedenza rigettata.

Probabilmente la formula contenuta nel 1° co. dell'art. 669 septies, che legittima la riproposizione dell'istanza, oltre «quando si verifichino mutamenti delle circostanze», anche quando «vengano dedotte nuove ragioni di fatto o di diritto» è stata ritenuta già sufficientemente ampia. Sul tema è appena il caso di osservare che tra le nuove ragioni di fatto di cui alla norma pare possibile ricomprendere anche «circostanze anteriori di cui è acquisita conoscenza successivamente» al (diniego del) provvedimento cautelare. La dottrina è anzi ancora più largheggiante, ritenendo che costituisca nuova ragione di fatto non soltanto l'allegazione di un fatto sopravvenuto al provvedi-

stanze successivi all'emanazione dell'ordinanza, può rilevare pure la «scoperta» di situazioni di fatto, anteriori alla pronuncia cautelare, sulla cui base sarebbe stato possibile addivenire ad una diversa decisione[38]. In altri termini, non sono da trascurare quelli che si potrebbero definire come «mutamenti soggettivi delle circostanze» successivi all'emanazione dell'ordinanza. Il che pare giusto. La scoperta di un fatto nuovo preesistente, per quanto non muti la realtà fattuale, muta comunque la percezione soggettiva di quella realtà ed è pertanto ragionevole che il legislatore abbia assimilato il cambiamento oggettivo delle circostanze all'acquisizione di conoscenze prima ignorate. Opportuno, per sollecitare la completezza delle difese, è altresì che, in questo secondo caso, l'istante sia tenuto, in forza dell'ultima parte dell'art. 23, a offrire la prova di essere venuto a conoscenza delle circostanze anteriori successivamente all'emanazione dell'ordinanza[39].

Sempre in tema di revoca o modifica, la prima parte del 3° co. dell'art. 23 ha chiarito che essa può essere chiesta, anche *ante causam*, «esaurita l'eventuale fase di reclamo». Ciò significa che, sino alla scadenza dei termini per reclamare, la sede naturale in cui far valere eventuali mutamenti nelle circostanze è quella del giudizio di reclamo, cosa su cui si potrebbe nutrire qualche dubbio se si dovesse tener conto solo della disciplina dettata dagli artt. 669 bis ss. c.p.c. Se infatti, come sostiene un orientamento, nel procedimento cautelare uniforme non è possibile allegare in sede di reclamo fatti nuovi, non è possibile allegare in quella sede neppure «mutamenti nelle circostanze», che pertanto dovrebbero essere proposti esclusivamente in sede di giudizio di revoca o modifica[40]. Se invece l'allegazione di nuovi fatti è consentita, come un altro orientamento sostiene, il giudizio di reclamo appare astrattamente idoneo a prendere le veci di quello di revoca o modifica, pur non sapendosi poi quale dei due scegliere. Tenuto conto che la seconda parte del 5° co. dell'art. 23 espressamente stabilisce che nel giudizio di reclamo è possibile allegare nuove circostanze e che quindi in materia societaria il reclamo appare perfettamente fungibile rispetto all'istanza di revoca o modifica, è stato allora opportuno che il legislato-

---

mento di rigetto, ma anche l'allegazione di un fatto preesistente, semplicemente non menzionato prima: in questo senso, v. per tutti FRUS, *sub* art. 669 septies c.p.c., in CHIARLONI (a cura di), *Le riforme del processo civile*, Bologna, 1992, 686.

[38] Per una interpretazione ampia della formula «mutamenti nelle circostanze», v. comunque, già in relazione al procedimento cautelare uniforme, FRUS, *sub* art. 669 decies c.p.c., in CHIARLONI (a cura di), *Le riforme del processo civile*, Bologna, 1992, 740 ss.

[39] Mancando una espressa previsione di tal genere, non si può ritenere che l'onere di provare di aver conosciuto le circostanze anteriori successivamente all'emanazione dell'ordinanza sia imposto anche quando l'istanza cautelare venga riproposta *ex* art. 669 septies c.p.c. a seguito del suo precedente rigetto. Come si è accennato prima, tra le condizioni che legittimano la riproposizione dell'istanza cautelare, all'interno della categoria delle «nuove ragioni di fatto», ci può essere anche l'allegazione di una circostanza preesistente di cui si sia in seguito acquisita la conoscenza.

[40] Per un quadro delle diverse opinioni, v. CORSINI, *Il reclamo cautelare*, Torino, 2002, 148 ss., per il quale nel secondo grado cautelare è consentito allegare nuove circostanze ed è quindi utilizzabile lo strumento del reclamo anziché quello dell'istanza di revoca o modifica, che comunque resterebbe pur sempre possibile usare anche nella pendenza dei termini per reclamare.

re delegato, per evitare le incertezze derivanti dalla concorrenza di due rimedi ugualmente esperibili, abbia stabilito di dare la prevalenza ad uno e precisamente al reclamo.

Infine, il 3° co. dell'art. 23 stabilisce che il giudice competente a concedere la revoca o la modifica del provvedimento cautelare è, quando il giudizio di merito non sia iniziato, il giudice che ha provveduto sull'istanza cautelare, mentre una volta che il giudizio di merito sia iniziato si applica, ai sensi del 4° co., l'art. 669 decies c.p.c. e quindi il giudice competente diviene il giudice istruttore della causa di merito.

Questa puntualizzazione del legislatore delegato consente di individuare la competenza per la revoca o la modifica nel caso non sia pendente un giudizio di merito, ipotesi rara nell'ambito del procedimento cautelare uniforme, dove la causa di merito deve essere necessariamente proposta nel termine di trenta giorni dall'ordinanza di accoglimento, ma che potrebbe esser frequente nel nuovo rito, dove i provvedimenti cautelari di tipo anticipatorio mantengono efficacia anche se non seguiti dalla fase di merito. Proprio la rarità del caso che la circostanza nuova emergesse nei trenta giorni tra il giudizio cautelare e quello di merito era stata, probabilmente, la ragione della mancata disciplina da parte degli artt. 669 bis ss. della competenza per revoca o modifica quando il giudizio di merito non fosse ancora iniziato, peraltro agevolmente ricavabile, applicando analogicamente l'art. 669 decies o l'art. 669 novies: era inevitabile riconoscere la competenza del giudice che avesse in precedenza emanato il provvedimento cautelare, posto che l'art. 669 decies, 2° co., individua quest'ultimo come competente sulla revoca o modifica quando il giudice del merito manchi perché la causa appartiene a un giudice straniero o ad arbitri, e che l'art. 669 novies, 2° co., enuncia la medesima regola per individuare il giudice competente a dichiarare l'inefficacia del provvedimento cautelare quando il giudice del merito manchi perché la relativa causa non risulta proposta nel termine di legge[41].

La precisazione operata dal 3° co. dell'art. 23 non cancella peraltro ogni dubbio.

Con l'attribuzione al giudice che ha provveduto sull'istanza cautelare del potere di revoca e modifica del provvedimento resta infatti irrisolta la questio-

[41] Nel senso che, nell'assenza di un giudice per il merito, appare ragionevole, anche alla, luce di quanto previsto nel 2° co. dell'art. 669 decies c.p.c., «affermare la *prorogatio* dei poteri in capo al giudice che ha emesso la misura revocanda o modificanda», v. MERLIN, *I limiti temporali di efficacia, la revoca e la modifica*, in TARZIA (a cura di), *Il nuovo processo cautelare*, Padova, 1993, 368 s.; ID., *sub* art. 669 decies c.p.c., in CIPRIANI e TARZIA (a cura di), *L. 26 novembre 1990, n. 353*, in *Nuove leggi comm.*, 1992, 378.

Non mancano, però, prese di posizione scarsamente condivisibili: aderendo strettamente al dato letterale enunciato dal 1° co. dell'art. 669 decies c.p.c., secondo cui la revoca o modifica sono disposte «nel corso dell'istruzione» dal «giudice istruttore della causa di merito», stando a Trib. Brindisi, 3 aprile 2000, ord., in *Foro it.*, 2000, I, 2332, sarebbe inammissibile l'istanza di revoca o modifica proposta prima che sia iniziata la fase istruttoria del giudizio di merito e quindi, a maggior ragione, quando il giudizio di merito non sia ancora iniziato.

ne di chi sia competente per la revoca e la modifica quando il ricorso sia stato rigettato in prime cure e il provvedimento cautelare sia stato concesso dal giudice del reclamo[42]. L'attribuzione della competenza al giudice che «ha provveduto» lascia peraltro intendere che la revoca o modifica vada chiesta non a chi si è limitato a respingere l'istanza, negando il provvedimento, ma a chi abbia agito in positivo e cioè abbia, per l'appunto, «provveduto». Del resto, sarebbe un controsenso attribuire il potere di revocare o modificare il provvedimento ad un giudice per il quale le condizioni per concederlo non sussistevano nemmeno in origine[43].

1.7. (Segue.) ... e di reclamo (termine per reclamare, *nova*, divieto di rimessione al primo giudice)

Quanto poi al giudizio di reclamo, il 5° co. dell'art. 23 affronta il problema del termine di proponibilità dello stesso, dell'allegazione di fatti e mezzi di prova nuovi, della rimessione al primo giudice.

Iniziando dalla questione dei termini per reclamare, essa trae la propria causa dall'infelice tecnica normativa adottata nel redigere l'ultima parte del 1° co. dell'art. 669 terdecies c.p.c. Il legislatore della Novella del 1990, infatti, anziché disciplinare in maniera diretta il regime dei termini per reclamare contro i provvedimenti cautelari, si è limitato a richiamare il 2° co. dell'art. 739 c.p.c., il quale, in tema di procedimento in camera di consiglio, dispone che il termine per proporre reclamo contro il decreto camerale è di dieci giorni dalla sua comunicazione, se è dato in confronto di una sola parte, o dalla sua notificazione, se è dato in confronto di più parti. Un richiamo così congegnato pone notevoli problemi all'interprete, considerata la difficoltà di innestare nel campo del reclamo cautelare una disposizione dettata per il reclamo contro i provvedimenti pronunciati in camera di consiglio. Basti dire che il 2° co. dell'art. 739 c.p.c. si riferisce al reclamo contro dei decreti (mentre i provvedimenti cautelari assumono la forma di ordinanza) e che i cautelari, essendo strumentali a procedimenti di tipo contenzioso, sono sempre resi in confronto di più parti (mentre i provvedimenti camerali, potendo appartenere all'area della volontaria giurisdizione, possono essere resi nei confronti anche del solo richiedente). C'è poi da ricordare che l'art. 739 non era di uniforme interpretazione neppure nel settore, per il quale fu originariamente pensato, dei provvedimenti resi in camera di consiglio[44]. Se infine si ag-

[42] Per l'opinione che la lettera del 3° co. dell'art. 23 non appare sufficiente, in questo caso, a chiarire quale sia il giudice competente, v. COSTANTINO, *Il nuovo processo commerciale: la tutela cautelare*, in *Riv. dir. process.*, 2003, 661.

[43] Per differenti valutazioni, cfr. FRUS, *sub* art. 23, cit., par. 12.

[44] Questo almeno fino a quando le Sezioni Unite, componendo un precedente contrasto, hanno affermato il principio di diritto secondo cui il termine di dieci giorni previsto dall'art. 739 c.p.c. per la proposizione del reclamo contro il provvedimento camerale pronunciato nei confronti di

giunge che le ordinanze rese in sede di reclamo cautelare non sono mai ricorribili in Cassazione e che quindi manca il materiale su cui possa esercitarsi il controllo nomofilattico della Suprema Corte, non desta meraviglia che sul punto, malgrado la sostanziale uniformità delle opinioni dottrinali, si siano formati almeno quattro orientamenti giurisprudenziali in conflitto tra di loro.

Uno è l'orientamento, che trova il conforto della dottrina maggioritaria, secondo cui il termine per reclamare decorre dalla notifica su istanza di parte[45].

Un altro è l'orientamento secondo cui il termine per reclamare può decorrere non solo dalla notifica effettuata ad istanza di parte, come impone la regola generale in materia di impugnazioni, ma anche dalla notifica effettuata ad istanza del cancelliere[46].

Un altro ancora è l'orientamento secondo cui il termine per reclamare decorre dalla comunicazione a cura del cancelliere del provvedimento pronunciato fuori udienza ovvero dalla stessa pronuncia, se avvenuta in udienza[47].

---

più parti decorre dalla notificazione dello stesso eseguita dall'ufficiale giudiziario ad istanza di parte e non anche dalla notificazione eseguita a ministero o su istanza del cancelliere (v. Cass., Sez. Un., 29 aprile 1997, n. 3670, in *Giur. it.*, 1998, 1376, in *Nuova giur. comm.*, 1998, I, 739, con nota di CIANI, in *Foro it.*, 1997, I, 3531, e in *Giust. civ.*, 1997, I, 1502, con osservaz. di GIACALONE).

[45] Così Trib. Milano, 25 novembre 2002, in *Giur. it.*, 2003, 1886; Trib. Casale Monferrato, 25 febbraio 1997, in *Dir. ind.*, 1997, 531, con nota di CAVALLARO; Trib. Salerno, 8 aprile 1995, ord., in *Foro it.*, 1995, I, 2990; Trib. Roma, 8 marzo 1995, ord., in *Giur. merito*, 1996, I, 246; Trib. Torino, 16 novembre 1994, ord., in *Giur. it.*, 1995, I, 2, 472; Trib. Torino, 21 aprile 1994, ord., *ibidem*, I, 2, 102, con nota di FRUS; Trib. Torino, 3 gennaio 1994, ord., *ivi*, 1994, I, 2, 1118; Trib. Rovigo, 24 novembre 1993, ord., in *Giur. merito*, 1995, I, 64, con nota di CARRATO; CECCHELLA, *Il processo cautelare*, Torino, 1997, 207 ss.; CONSOLO, *sub* art. 669 terdecies c.p.c., in CONSOLO, LUISO, SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996, 708, 712 ss.; MERLIN, voce «Procedimenti cautelari ed urgenti in generale», cit., 415; CIRULLI, *La nuova disciplina dei rimedi contro i provvedimenti cautelari*, Padova, 1996, 152 ss.; MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, IV, Torino, 2003, 229, part. nota 80; FRUS, *sub* art. 669 terdecies c.p.c., in CHIARLONI (a cura di), *Le riforme del processo civile*, Bologna, 1992, 787; TARZIA *Il provvedimento negativo. Il reclamo*, in TARZIA (a cura di), *Il nuovo processo cautelare*, Padova, 1993, 393 s.; ID., *sub* art. 669 terdecies c.p.c., in CIPRIANI e TARZIA (a cura di), *L. 26 novembre 1990, n. 353*, in *Nuove leggi comm.*, 1992, 397; BASILICO, *I rimedi nei confronti dei provvedimenti cautelari alla luce dei nuovi artt. 669 decies e 669 terdecies c.p.c.*, in *Giur. it.*, 1994, IV, 27, ed ora in *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, III, Milano, 1993, 667; PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, cit., 373; OLIVIERI, *I provvedimenti cautelari nel nuovo processo civile*, in *Riv. dir. process.*, 1991, 724; ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 1991, 257; TOMMASEO, *L. 26 novembre 1990, n. 353, artt. da 73 a 77*, in *Corr. giur.*, 1991, 104, part. nota 50.

[46] Nel senso che l'ufficiale giudiziario debba consegnare al destinatario copia integrale dell'atto, v. Trib. Pescara, 26 novembre 1998, ord., in *Giur. it.*, 2000, 315, e in *Giur. merito*, 2000, con mia nota; Trib. Modena, 13 marzo 1997, ord., in *Giur. it.*, 1997, I, 2, 564, e in *Nuova giur. comm.*, 1998, I, 408, ancora con mia nota; Trib. Messina, 4 dicembre 1995, ord., in *Giur. it.*, 1996, I, 2, 556, con nota di NICOTINA; e, nel senso che basti la notifica del dispositivo, Trib. Torino, 3 agosto 1995, ord., in *Foro it.*, 1997, I, 318.

[47] V., quanto al primo caso, Trib. Piacenza, 25 giugno 1997, ord., in *Riv. critica dir. lav.*, 1997, 855; Trib. Piacenza, 13 marzo 1997, ord., in *Foro it.*, 1997, I, 3532, e in *Arch. civ.*, 1997, 646; Trib. Rimini, 13 dicembre 1995, ord., in *Giur. it.*, 1996, I, 2, 286; Trib. Biella, 23 luglio 1994, ord., *ivi*, 1995, I, 2, 875, e in *Nuova giur. comm.*, 1995, I, 1083, con nota di FRUS; Trib. Brescia, 9 dicembre 1993, ord., in *Foro it.*, 1994, I, 1601; SALETTI, *Appunti sulla nuova disciplina delle misure cautelari*, in *Riv. dir. process.*, 1991, 378 s.; e, quanto alla pronuncia in udienza, Trib. Padova, 21 marzo 1994, ord., in

Un ultimo orientamento è infine quello secondo cui il termine per reclamare decorre dalla comunicazione del provvedimento qualora vi sia un'unica parte legittimata a reclamare (cioè quando vi sia un'unica parte soccombente, posto che il provvedimento cautelare viene sempre emesso tra più parti, data la natura contenziosa del procedimento) e dalla notifica qualora vi sia una pluralità di legittimati, ossia quando i soccombenti siano più d'uno[48].

Tra tutte queste opzioni il legislatore del rito societario ha preferito, probabilmente per compattare i tempi del giudizio cautelare, quella che onera il soccombente a proporre il reclamo nel termine perentorio di dieci giorni dalla comunicazione del (dispositivo del) provvedimento di prime cure[49] e che quindi lo obbliga ad attivarsi per procurarsi in cancelleria copia dell'ordinanza contro cui vuole reclamare[50].

La comunicazione, secondo quanto dispone l'art. 136 c.p.c., viene effettuata alle parti dal cancelliere con biglietto di cancelleria o con le nuove modalità tecnologiche consentite dall'art. 17[51].

Giur. it., 1994, I, 2, 856, con nota di De Cristofaro. Per l'affermazione che «la comunicazione integrale del provvedimento cautelare, effettuata dal cancelliere per il tramite dell'ufficiale giudiziario» (e cioè la notificazione dello stesso in istanza del cancelliere) è idonea a far decorrere il termine di dieci giorni per la proporzione del reclamo, v. anche, recentemente, Trib. Treviso, 3 giugno 2003, in *Giur. it*, 2004, 312.

[48] Così Trib. Bologna, 5 luglio 1995, ord., in *Giur. merito*, 1996, 246 e in *Foro it.*, 1997, I, 319, rimasta peraltro isolata.

[49] La medesima scelta viene prospettata, con riferimento al procedimento cautelare uniforme, dal d.d.l. d'iniziativa governativa C. 2229/XIV, recante «Modifiche urgenti al codice di procedura civile», ed in relazione a quella previsione il C.S.M. ha espresso, con il parere del 21 febbraio 2002, la propria opinione negativa.

La valutazione negativa sulla previsione della decorrenza del termine per reclamare, posto che la decorrenza del termine «dalla comunicazione anziché dalla notifica del provvedimento è rischioso e non solo ribalta le conclusioni cui sono faticosamente pervenute le Sezioni Unite della Cassazione ma non tiene conto delle ragioni di certezza che da sempre militano per l'opposta soluzione», è stata in seguito ribadita dal C.S.M. con riferimento allo schema di decreto, approvato dal Consiglio dei Ministri il 30 settembre 2002, sull'attuazione della delega per la disciplina delle controversie societarie.

Nonostante ciò, il legislatore delegato non ha mutato la sua scelta, che è stata mantenuta sia per il reclamo cautelare, sia, al 1° co. dell'art. 27, per il reclamo avverso i provvedimenti camerali. Per la citata disposizione, contenuta nella parte generale della disciplina sul procedimento in camera di consiglio e quindi tanto nei procedimenti camerali in confronto di una parte sola quanto in quelli in confronto di più parti, il decreto con cui il giudice ha provveduto è infatti «reclamabile dal soggetto interessato nel termine perentorio di dieci giorni dalla comunicazione del provvedimento».

[50] Frus, *sub* art. 23, cit., par. 23, auspica che negli uffici giudiziari si instauri la prassi di comunicare l'intero provvedimento cautelare, e non il solo suo dispositivo, così da non costringere il soccombente, desideroso di iniziare a predisporre subito il reclamo, a recarsi in cancelleria per ottenere copia integrale del provvedimento, con conseguente erosione del già ridotto termine di dieci giorni per elaborare le proprie difese.

[51] È da ricordare che, per il 2° co. dell'art. 17, le disposizioni di cui al 1° co. sulla possibilità di effettuare tutte le notificazioni e comunicazioni anche a mezzo fax o per posta elettronica «si applicano a tutti i procedimenti previsti dal presente decreto», compresi, è da ritenere, anche i procedimenti cautelari.

Ma poiché, ai sensi dell'art. 134 c.p.c., il cancelliere comunica alle parti le ordinanze pronunciate fuori dell'udienza, mentre non esiste un obbligo di comunicazione per quelle pronunciate all'udienza (che vengono scritte in calce al processo verbale o su un foglio allegato e si presumono conosciute dalle parti presenti), ci si può domandare cosa avvenga in quest'ultima ipotesi.

Considerato che l'ordinanza pronunciata in udienza potrebbe non essere mai comunicata alle parti, pare doversi ritenere che, nonostante manchi una espressa previsione, il termine per reclamare decorra dal momento della pronuncia in udienza. In caso contrario, e cioè ritenendo che il termine debba comunque decorrere dall'eventuale comunicazione, si renderebbe possibile che il termine per il reclamo resti indefinitamente aperto. Sennonché la possibilità di impugnare *sine die* in caso di mancata comunicazione sarebbe inopportuna e contraria all'intenzione del legislatore, che, scartando la possibilità di far decorrere il termine per impugnare dalla notificazione del provvedimento ad istanza di parte in favore dell'alternativa più rigorosa della decorrenza dalla comunicazione dell'ufficio, ha mostrato di volere improntare il procedimento ad un sistema stringente di termini rigorosi.

Diversamente che sulla questione per reclamare, riguardo ai *nova* nel giudizio di reclamo ed alla possibilità o meno della regressione alla fase di prima istanza cautelare il d.lgs. 5/2003 pare essersi ispirato ai risultati raggiuni dall'orientamento prevalente in sede di interpretazione della disciplina degli artt. 669 bis ss. c.p.c.

Relativamente al tema dell'allegazione di fatti e mezzi di prova nuovi, oggetto di contrasti nel procedimento cautelare uniforme[52], il 5° co. dell'art. 23 dispone che le circostanze e i motivi sopravvenuti al momento della proposizione del reclamo debbono essere proposti, nel rispetto del principio del contraddittorio, nel relativo procedimento, e che il tribunale può sempre assumere informazioni e acquisire nuovi documenti.

Dunque, il legislatore delegato risolve positivamente il problema dell'allegabilità in sede di reclamo di nuove circostanze, con la sola, ovvia, precisazione che l'altra parte deve essere messa in condizione di replicare.

Il legislatore risolve in senso positivo anche il problema dell'ammissibilità di prove nuove. Se infatti il tribunale può assumere ulteriori informazioni e acquisire nuovi documenti, non potrà negarsi alle parti il diritto di chiedere al giudice di approfondire l'istruttoria cautelare né si potrà impedire che esse producano nuove prove documentali. Naturalmente, poi, l'acquisizione di prove nuove, sia essa d'ufficio o su impulso di parte, dovrà essere coordinata con il rispetto del principio del contraddittorio. Dovrà, in altre parole, essere assicurato il termine per proporre prova contraria.

---

[52] In argomento, anche per un'ampia panoramica delle differenti opinioni, v., da ultimo, CORSINI, *Il reclamo cautelare*, cit., 139 ss., secondo cui, in linea di massima, tutti i *nova*, siano essi nuove circostanze o nuove prove, sono ammissibili.

Infine, l'ultima parte del 5° co. dell'art. 23 dispone che il giudice del reclamo non può rimettere la causa al primo giudice[53], lasciando così intendere che la soluzione della *vexata quaestio* della natura rescindente o sostitutiva del reclamo cautelare vada cercata nel secondo senso[54]. Sembrerebbe, in altri termini, che il giudice del reclamo non possa mai limitarsi a pronunce meramente rescindenti, ma, quando annulla l'ordinanza di prime cure, debba procedere al riesame della controversia ed emettere un provvedimento che prenda il posto di quello impugnato. L'art. 23, 5° co., dovrebbe dunque vietare, in caso di accoglimento del reclamo, non solo la rimessione del procedimento nella fase precedente[55] ma anche la pura e semplice pronuncia di annullamento che lasci le parti nella necessità di dover nuovamente intraprendere la procedura cautelare[56].

1.8. Il rinvio alle norme sul procedimento cautelare uniforme *ante causam*

Nessun problema particolare suscita il 7° co. dell'art. 23, che, in tema di procedimento cautelare anteriore alla causa, rinvia, per quanto non disposto dal d.lgs. n. 5 del 2003, alle disposizioni sul procedimento cautelare uniforme contenute nella Sez. I del Capo III del Titolo I del Libro IV del codice di rito.

---

[53] Il prevalente indirizzo giurisprudenziale è già nel senso del divieto della rimessione al primo giudice: cfr., da ultimo, CARTUSO, *Reclamo cautelare e rimessione al primo giudice* (nota a Trib. Modena, 16 giugno 1999, e a Trib. Trani, 2 marzo 1999), in *Rass. dir. civ*., 2000, 932 ss.

[54] Sui termini del dibattito circa la natura rescindente o sostitutiva del reclamo cautelare nel procedimento uniforme, v. CORSINI, *Il reclamo cautelare*, cit., 123 ss., il quale propende per ricostruire l'istituto in chiave «sostitutiva». In tema cfr. anche DE CRISTOFARO, *Struttura rescindente o sostitutiva del reclamo cautelare* (che critica Trib. Napoli, 25 marzo 1993, ord., in *Giur. it.*, 1994, I, 2, 216, secondo cui, in applicazione di una concezione strettamente rescindente del reclamo, il giudice del reclamo non può prendere in esame ragioni non esaminate in prime cure, essendo state considerate assorbite, neppure quando la fondatezza dei motivi di reclamo farebbe riemergere la loro rilevanza.

Dopo che la Corte costituzionale (con la sentenza 23 giugno 1994, n. 253, in *Giur. cost.*, 1994, 2033, con nota di ARIETA, in *Foro it.*, 1994, I, 2001, con nota di CAPPONI, in *Giur. it.*, 1994, I, 409, con nota di CONSOLO, in *Giust. civ.*, 1994, I, 2087, ed *ivi*, 1995, I, 659, con nota di MAMMONE) ha consentito la proponibilità del reclamo anche contro i provvedimenti negativi, è divenuto ad ogni modo difficile sostenere che il reclamo è un rimedio rescindente puro. Postulando la natura rescindente, si dovrebbe infatti ammettere che, dopo aver visto accogliere il reclamo contro un diniego di tutela, il reclamante, invece di ottenere subito la tutela invocata debba tornare a chiederla al giudice di primo grado (così peraltro è avvenuto, ad es., con Trib. Bologna, 30 luglio 1998, in *Giur. it.*, 1999, 38, che, pur ritenendo erronea la declaratoria di incompetenza pronunciata in primo grado, non ha deciso il merito della questione rimettendo a questo scopo le parti dinanzi al primo giudice).

[55] Come avvenuto nel caso deciso da Trib. Bologna, 30 luglio 1998, cit.

[56] Non dovrebbe essere quindi possibile emettere provvedimenti del tipo di quello pronunciato da Trib. Napoli, 30 aprile 1997, ord., in *Giur. merito*, 1998, 674, e in *Giur. it.*, 1998, 269, che, sul presupposto della natura solo rescindente e non anche sostitutiva del reclamo cautelare, dopo aver annullato per una questione di rito (mancata indicazione nel ricorso cautelare *ante causam* deve indicare della causa di merito instauranda) non precedeva al riesame della controversia ma si limitava a dichiarare la nullità del provvedimento di primo grado.

L'applicazione delle norme codicistiche viene espressamente subordinata alla loro compatibilità con la normativa in commento.

Tra le norme dettate dagli artt. 669 bis ss. c.p.c., a cui necessariamente si deve fare riferimento per completare l'art. 23 e che sono sicuramente compatibili con il nuovo rito, ci sono quelle sulla forma della domanda (art. 669 bis c.p.c.), sulla competenza anteriore alla causa (artt. 669 ter e 669 quinquies c.p.c.) e sul procedimento (art. 669 sexies c.p.c.).

Il procedimento si introdurrà quindi con ricorso dinanzi al giudice che sarebbe competente per il merito e si svolgerà con l'osservanza delle modalità proprie del procedimento cautelare uniforme.

L'unica particolarità da segnalare riguarda l'innesto dell'art. 17 sull'art. 669 bis. c.p.c. Per il 2° co. dell'art. 17, infatti, la possibilità di effettuare tutte le notificazioni e comunicazioni alle parti costituite, oltre che a norma degli artt. 136 ss. c.p.c., con trasmissione dell'atto a mezzo fax, con trasmissione dell'atto per posta elettronica, con scambio diretto tra difensori attestato da sottoscrizione per ricevuta sull'originale, apposta anche da parte di collaboratore o addetto allo studio del difensore, opera con riferimento a tutti i procedimenti previsti dal d.lgs. 5/2003 e quindi anche per i procedimenti cautelari. Ciò implica che l'attore, nella redazione del ricorso, e il convenuto, nella stesura della memoria difensiva che normalmente viene depositata, possono, in analogia a quanto avviene *ex* artt. 2 e 4, indicare il numero di fax o l'indirizzo di posta elettronica presso cui si dichiarano disponibili a ricevere le comunicazioni e le notificazioni nel corso del procedimento[57].

1.9. (Segue.) ... e l'influenza su queste ultime della normativa speciale

Pare semmai interessante chiedersi se la disciplina codicistica possa essere interpretata, laddove sussistano contrasti, alla luce del d.lgs. 5/2003.

In proposito la risposta sembrerebbe scontata.

Dal momento che la nuova disciplina è speciale rispetto all'articolato contenuto nel codice di procedura civile, essa parrebbe operare esclusivamente nel proprio specifico campo di applicazione ed al di fuori di esso non parrebbe poter influire sull'interpretazione del codice di rito.

È tuttavia proprio la premessa del ragionamento ad essere dubitabile.

Il decreto sul processo societario, finanziario e bancario sembra infatti animato solo in parte dalla volontà di approntare un intervento settoriale, a tutela delle particolari esigenze della materia societaria e di quella assimilata. In

[57] Per la considerazione che l'applicazione analogica di tali disposizioni si giustifica anche in funzione del fatto che la velocizzazione e la semplificazione della notificazione e della comunicazione degli atti processuali risulta di particolare utilità in un procedimento, quale quello cautelare, «caratterizzato per definizione dalla rapidità dei tempi di svolgimento», v. FRUS, *sub* art. 23, cit., par. 26.

realtà, è una convinzione diffusa che il legislatore abbia inteso emanare una sorta di anticipazione dell'ampia riforma organica di tutto il processo civile che, secondo le intenzioni manifestate dal Governo, dovrebbe essere realizzata sviluppando i criteri emersi dai lavori compiuti dalla Commissione Vaccarella.

Quanto poi al procedimento cautelare, molte disposizioni dettate dal d.lgs. 5/2003 si spiegano, più che con la necessità di approntare una disciplina speciale in materia societaria, con la volontà del legislatore delegato di prendere posizione su incertezze applicative degli artt. 669 bis ss. c.p.c.

In linea di massima, quindi, non può essere esclusa la possibilità di ricavare dalla normativa sul procedimento cautelare dettata dal d.lgs. 5/2003 indicazioni utili anche nel dibattito sull'interpretazione delle norme in tema di procedimento cautelare uniforme[58].

2. Tutela cautelare *lite pendente*

2.1. Il procedimento cautelare in corso di causa iniziato dopo la designazione del relatore o del giudice monocratico

Passando al procedimento cautelare in corso di causa (o *lite pendente*), esso è disciplinato dai primi tre commi dell'art. 24 del decreto, che poi prosegue, nei successivi cinque commi, con la regolamentazione del giudizio abbreviato, con cui il giudice può definire direttamente nel merito l'istanza cautelare avanzata durante la pendenza del processo.

La prima questione affrontata è quella del giudice competente per la cautela.

In proposito, il 1° co. dell'art. 24 prende in esame il caso in cui l'istanza cautelare sia stata presentata dopo la designazione del giudice per la trattazione del merito.

---

[58] I temi su cui il d.lgs. 5/2003 potrebbe influire sono numerosi.

Tanto per proporre qualche esempio, ci si dovrebbe domandare se esistano ragioni che giustifichino la limitazione al campo societario, finanziario e bancario del disposto del 5° co. dell'art. 23, secondo cui il reclamo cautelare si propone nel termine di dieci giorni (non dalla notificazione ma) dalla comunicazione del provvedimento, o il disposto dell'ultima parte dello stesso comma del medesimo articolo laddove prevede che in sede di reclamo il tribunale può sempre assumere informazioni e acquisire nuovi documenti e stabilisce che non è consentita la rimessione al primo giudice.

E rimanendo in tema di tutela cautelare, ci si potrebbe chiedere per quale motivo il 5° co. dell'art. 35, che ammette la compatibilità tra la clausola per arbitrato irrituale e la tutela cautelare, non possa essere invocato, in un contesto più ampio, per sostenere la generale compatibilità tra arbitrato irrituale e intervento in via cautelare del giudice.

In argomento, Frus, *sub* art. 23, cit., par. 27, dopo aver ammesso come non possa escludersi una indiretta influenza della nuova normativa sul *corpus* normativo di cui agli artt. 669 bis ss. c.p.c., afferma che ciò non può peraltro rimettere in discussione «risultati interpretativi faticosamente raggiunti dalla giurisprudenza, grazie anche all'intervento delle Sezioni Unite della Cassazione», quali quelli in ordine alla decorrenza del termine per la proposizione del reclamo cautelare *ex* art. 669 terdecies c.p.c.

Il legislatore, al riguardo, distingue tra i procedimenti pendenti dinanzi al tribunale in composizione collegiale e quelli pendenti in sede monocratica.

Quanto ai procedimenti pendenti dinanzi al tribunale in composizione collegiale, la norma dispone che la domanda cautelare si propone con ricorso depositato nella cancelleria del giudice designato per la trattazione del merito a norma dell'art. 12, 2° co. Dunque, dopo che sia stata chiesta la fissazione della prima udienza del giudizio di merito e il presidente, ai sensi del 2° co. dell'art. 12, abbia designato il giudice relatore, l'istanza cautelare si deposita nella cancelleria di quest'ultimo.

Quanto poi ai procedimenti pendenti dinanzi al tribunale in composizione monocratica, il legislatore delegato ha stabilito che l'istanza vada proposta nella cancelleria del giudice designato *ex* art. 18, 2° co. E poiché, per il 2° co. dell'art. 18, il magistrato al quale è affidata la trattazione del procedimento monocratico è nominato dal presidente del tribunale a norma dell'art. 12, il meccanismo è analogo: una volta che il presidente, a seguito della richiesta di fissazione della prima udienza, abbia scelto a chi assegnare la causa per la trattazione nel merito, l'istanza cautelare andrà depositata nella cancelleria del giudice così individuato[59].

2.2. (Segue.) ... e prima

Se invece il giudice per la trattazione del merito non è stato ancora nominato, ma il giudizio è comunque già pendente, il presidente del tribunale, sempre ai sensi del 1° co. dell'art. 24, dovrà designare senza indugio il magistrato al quale affidare la trattazione del procedimento cautelare.

---

[59] È da ricordare che nel testo del d.lgs. 5/2003 pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 22 gennaio 2003 risultava disciplinato solo il caso appena descritto dei procedimenti pendenti dinanzi al tribunale in composizione monocratica, per i quali si rinviava alla competenza del giudice designato *ex* art. 18, 2° co., mentre nulla si diceva circa la competenza per i procedimenti cautelari quando fosse stato già designato il giudice relatore nei procedimenti di fronte al tribunale in composizione collegiale. In quest'ultimo caso, di gran lunga più frequente dell'altro, occorreva pertanto fare riferimento all'ipotesi generale disciplinata dal 2° co. dell'art. 669 quater c.p.c., secondo cui «la domanda si propone all'istruttore». Ma siccome nel nuovo processo manca, all'interno del collegio, la figura dell'istruttore, bisognava concludere in uno di questi due modi: o riconoscendo una competenza cautelare collegiale o (come appariva preferibile) identificando il giudice istruttore del codice di rito con il giudice relatore, valorizzando la circostanza che al giudice relatore del procedimento in materia societaria può essere delegata, *ex* art. 16, 4° co., l'assunzione dei mezzi di prova.

Fortunatamente è risultato che l'omessa disciplina della competenza cautelare per le istanze proposte dopo la designazione del giudice relatore nei procedimenti dinnanzi al tribunale in composizione collegiale dipendeva da un semplice errore materiale, a cui la Presidenza del Consiglio, con comunicato relativo al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 9 settembre 2003, ha rimediato diramando un avviso di rettifica in cui si precisa che al 1° co. dell'art. 24, anziché «nella cancelleria del giudice designato per la trattazione del merito a norma dell'art. 18, 2° co.; altrimenti, il presidente designa», deve leggersi «nella cancelleria del giudice già designato a norma dell'art. 12, 2° co., ovvero dell'art. 18, 2° co.; altrimenti, il presidente designa».

In quest'ultima eventualità, che tenderà a verificarsi di frequente, posto che la lite inizia a pendere, secondo le regole generali, con la notificazione al convenuto dell'atto di citazione e che tra la data della notificazione e quella della richiesta al giudice di fissare la prima udienza può trascorrere un intervallo di tempo notevole, la legge non precisa dove vada depositata l'istanza. Deve ad ogni modo ritenersi che il ricorso cautelare vada presentato al presidente e che poi esso sia inoltrato d'ufficio al giudice designato, il quale, ai sensi del 2° co. dell'art. 24, dovrà fissare con decreto l'udienza di comparizione delle parti davanti a sé, invitandole a depositare i documenti ritenuti rilevanti non solo per il giudizio cautelare ma anche per l'eventuale decisione in via abbreviata della causa e fissando, se lo ritiene opportuno, termini per il deposito di documenti, memorie e repliche.

La legge non precisa neppure se la designazione del «magistrato al quale è affidata la trattazione» valga solo per il procedimento cautelare o anche per il giudizio di merito.

Probabilmente la disposizione va letta nel senso che il presidente designa il magistrato al quale è affidata la trattazione (e successivamente la decisione) della fase cautelare. Per la designazione *ex* art. 12 del giudice relatore nel giudizio di merito occorrerà un altro provvedimento del presidente. Sarebbe poi auspicabile (ma nulla lo impone) che si instauri la prassi di nominare giudice relatore nel processo di cognizione lo stesso magistrato già designato per provvedere sull'istanza cautelare[60]. È vero che in questo modo giudicherebbe del merito della causa un giudice «prevenuto» su di essa, per avere già espresso la sua opinione nella fase cautelare[61]. Non bisogna tuttavia trascurare che i

[60] Per l'opportunità che la medesima persona fisica segua la causa tanto nella fase cautelare quanto in quella successiva di merito, v., quanto al procedimento cautelare uniforme, FRUS, *sub* art. 669 ter c.p.c., in CHIARLONI (a cura di), *Le riforme del processo civile*, Bologna, 1992, 626 ss.

Questo però non toglie che, anche nel procedimento *ex* artt. 669 bis ss. c.p.c., la legge consenta la scelta opposta: nel senso che la designazione del giudice delegato per la misura cautelare non impedisce, almeno in astratto, la possibilità che un diverso magistrato sia poi designato a trattare, al momento della sua iscrizione a ruolo, la causa di merito a cui la cautela concessa o negata si raccordava, v. CONSOLO, *sub* art. 669 ter c.p.c., in CONSOLO, LUISO, SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996, 585.

[61] Sulla base della sussistenza di una prevenzione è stata sostenuta, per il procedimento cautelare uniforme, la tesi secondo cui il magistrato che abbia adottato o negato una misura cautelare non può in seguito venire chiamato a decidere la causa nel merito, e che se ciò avviene si verifica l'ipotesi di astensione o ricusazione dell'aver conosciuto della causa come magistrato in altro grado del processo ovvero, in alternativa, deve essere dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 51, n. 4), c.p.c., nella parte in cui non prevede l'incompatibilità fra il giudice che ha conosciuto della fase cautelare e il giudice del merito. In particolare, dopo che C. Cost., 20 maggio 1996, n. 155, e Id., 24 aprile 1996, n. 131, in *Foro it.*, 1996, I, 3614, hanno affermato, in materia penale, il principio dell'incompatibilità tra la posizione di giudice che decide sulle misure cautelari personali e giudice che decide nel merito, è stata argomentata la possibilità di estendere quanto sancito per il processo penale al processo civile, giungendo così alla conclusione che anche nel processo civile sia consentito ricusare il giudice della cautela chiamato a decidere sul merito della causa (v., in questa direzione, MORETTI, *L'imparzialità del giudice tra la cautela e il merito*, in *Riv. dir. process.*, 1996, 1084 ss.; SCARSELLI, *Ter-*

presupposti della tutela cautelare sono diversi da quelli della tutela di merito, sicché, a rigore, la situazione del giudice prevenuto, restio a tornare sui propri passi e così a smentire se stesso, non appare riscontrabile nel caso in esame per il semplice fatto che le questioni da decidere non sono le stesse. Sembra inoltre opportuno che prevalga il vantaggio in termini di rapidità ed efficacia derivante dal nominare relatore chi ha in precedenza seguito il procedimento cautelare. Né si può dimenticare come proprio la rapidità e l'efficacia costituiscano i principi guida, affermati con forza al 1° co. dell'art. 12 della legge delega, del nuovo processo disciplinato dal d.lgs. 5/2003.

2.3. Le particolarità della procedura e l'efficacia del provvedimento cautelare concesso in corso di causa

Una volta che sia stato designato, il giudice procede a norma dell'art. 669 sexies c.p.c. sino a giungere all'emanazione del provvedimento cautelare.

L'unica singolarità della procedura consiste nel fatto che, a norma del 2° co. dell'art. 24, se la domanda cautelare è stata proposta in corso di causa ma anteriormente all'emanazione del decreto di fissazione dell'udienza di cui all'art. 12, il giudice, con tale decreto, deve invitare le parti a depositare i documenti «che ritiene [*rectius*, che le parti ritengono] rilevanti anche in relazione alla decisione della causa»[62]. Se infatti l'istanza cautelare è stata avanzata dopo la fissazione dell'udienza, essendo ormai maturate le preclusioni istruttorie, il fascicolo di causa contiene ormai tutti i documenti proponibili e non c'è dunque la

zietà del giudice e processo civile, in *Foro it.*, 1996, I, 3616 ss.; *contra*, peraltro, CHIARLONI, *Intrasferibili al civile le declaratorie di illegittimità in tema di misure cautelari penali*, in *Corr. giur.*, 1996, 849 ss.). Ma la giurisprudenza si è mostrata restia ad estendere alla materia civile quanto ritenuto dalla Consulta per la materia penale, escludendo anche la sussistenza di profili di illegittimità costituzionale (così, ad es., Trib. Catania, 14 novembre 1996, ord., in *Foro it.*, 1997, I, 1630, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, 434, e in *Giust. civ.*, 1997, I, 1999, con nota di SIRACUSANO), come del resto era in precedenza aliena dal riconoscere la ricusabilità del giudice che, dopo aver pronunciato un provvedimento cautelare, fosse stato investito della cognizione della causa di merito (v. in proposito Trib. Milano, 9 novembre 1981, in *Foro it.*, 1981, I, 2997, e in *Giur. it.*, 1982, I, 2, 454; ed in dottrina CONSOLO, *Ricusazione del giudice per precedente cognizione della causa*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, II, 179 ss., part. 213 ss., secondo cui, qualora il magistrato sia lo stesso per la cautela e per il merito, non è ravvisabile alcun motivo di astensione o di ricusazione, salvo il caso limite del giudicante che nella fase cautelare abbia travalicato la valutazione del solo *fumus boni iuris*, esprimendosi direttamente ed abnormemente sulla fondatezza della causa di merito).

[62] Come si è rilevato, «la lettera della norma suscita qualche perplessità perché si fa riferimento ai documenti che il giudice ritiene rilevanti e non, come parrebbe più logico, ai documenti che le parti ritengono rilevanti»: così BESSO e CANAVESE, *sub* art. 24, d.lgs. 5/2003, in CHIARLONI (a cura di), *Il nuovo processo societario*, Bologna, 2004, parr. 6 e 16.

In effetti, o si ammette che la dizione legislativa sia il frutto di una svista o si deve poco ragionevolmente ritenere che al giudice al quale sia stata presentata una istanza cautelare in corso di causa sia riconosciuto il potere istruttorio officioso di ordinare alle parti il deposito di documenti da lui ritenuti rilevanti.

necessità dell'invito di cui al 2° co. dell'art. 24. Ma se non si è ancora giunti al punto della fissazione dell'udienza *ex* art. 12, è possibile che le parti siano ancora in tempo a produrre nuovi documenti, non essendo ancora scattata la relativa preclusione. Si giustifica quindi, potendo il giudizio cautelare portare immediatamente, nelle forme del giudizio abbreviato dettate dal 4° co. ss., ad una pronuncia di merito, che il legislatore si sia preoccupato di prevedere la facoltà per le parti di integrare le proprie produzioni documentali, così da poter affrontare una eventuale decisione nel merito della causa.

Quanto poi all'efficacia del provvedimento cautelare pronunciato dal giudice all'esito dell'udienza tenutasi per la definizione del procedimento, essa è simile a quella riconosciuta al provvedimento cautelare concesso *ante causam.*

Come per il caso dei provvedimenti cautelari emanati anteriormente all'inizio del giudizio, l'estinzione della causa di merito infatti non determina, ai sensi del 3° co. dell'art. 24, l'inefficacia dei provvedimenti d'urgenza o degli altri provvedimenti cautelari idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione di merito.

In sostanza, quindi, il legislatore delegato ha attuato anche per i procedimenti cautelari *lite pendente* l'indicazione di attenuare il nesso di strumentalità necessaria tra fase cautelare e di merito contenuta alla lett. c) del 2° co. dell'art. 12, l. 3 ottobre 2001, n. 366[63]. Per far ciò, non ponendosi il problema dell'inizio della causa di merito, che per definizione è già pendente, è bastato far venir meno l'onere di coltivare il giudizio di cognizione dopo l'ottenimento della misura cautelare.

2.4. L'applicabilità al procedimento cautelare in corso di causa di norme sul procedimento cautelare *ante causam*

Nulla dice, il legislatore delegato, circa l'applicabilità al procedimento cautelare *lite pendente* delle norme dettate, ad esempio in tema di modifica, revoca e reclamo, dall'art. 23 del decreto.

Non parrebbe ad ogni modo dubbio, per evitare un'ingiustificata disparità di trattamento, che tali disposizioni si applichino anche, in quanto compatibili, al procedimento cautelare in corso di causa[64].

---

[63] Letteralmente, la legge delega si limita a stabilire «la mera facoltatività della successiva instaurazione della causa di merito», il che, ad una prima impressione, potrebbe far pensare che il legislatore delegato abbia ecceduto rispetto al principio direttivo impartito dal Parlamento. Ma in realtà lo scopo del delegante era quello di allentare il vincolo tra cautela e merito, sicché pare legittimo aver previsto l'ultrattività, rispetto all'estinzione del giudizio di merito, del provvedimento cautelare concesso in corso di causa (e a maggior ragione aver previsto l'ultrattività, sempre rispetto all'estinzione del giudizio di merito, di quello emanato *ante causam*).

[64] Quanto in particolare alle norme sul reclamo, nel senso che «evidenti ragioni di uniformità interpretativa» impongono di ritenere che, sebbene collocate nella parte del decreto legislativo relativa ai provvedimenti cautelari *ante causam*, le norme contenute nel 5° co. dell'art. 23 si applichino al settore dei provvedimenti cautelari in corso di causa, v. Besso e Canavese, *op. cit.*, par. 8.

In ulteriore linea di battuta, dovrà poi farsi riferimento alle norme sul procedimento cautelare uniforme di cui al codice di rito.

3. Giudizio abbreviato

3.1. L'evoluzione del procedimento cautelare in corso di causa in giudizio abbreviato sul merito

Il procedimento cautelare in corso di causa si può concludere nei modi usuali di cui al procedimento cautelare uniforme e cioè con la pronuncia di una ordinanza cautelare e la prosecuzione del giudizio di merito secondo le forme ordinarie.

Ma è anche possibile procedere secondo una modalità dettata sulla falsariga di quanto stabilito per il processo amministrativo, dove l'art. 3, l. 21 luglio 2000, n. 205, modificando l'art. 21, 10° co., l. 6 dicembre 1971, n. 1034 (e generalizzando la norma in precedenza dettata in materia di opere pubbliche dall'art. 19, 2° co., d.l. 25 marzo 1997, n. 67)[65], ha introdotto la previsione secondo cui, se il ricorrente, durante il tempo necessario a giungere ad una decisione sul ricorso, chiede l'emanazione di misure cautelari, «in sede di decisione della domanda cautelare, il tribunale amministrativo regionale, accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria ed ove ne ricorrano i presupposti, sentite sul punto le parti costituite, può definire il giudizio nel merito».

Secondo il 5° co. ss. dell'art. 24, il giudice, ritenendo la causa matura per la decisione, anziché emanare la misura cautelare, può infatti invitare le parti a precisare le conclusioni perché si proceda subito, con «modalità abbreviata», a decidere la causa nel merito[66].

---

[65] L'art. 19, 2° co., del d.l. 25 marzo 1997, n. 67, convertito, con modificazioni, dalla l. 23 maggio 1997, n. 135 (oggi abrogato dall'art. 4, 2° co., l. 205/2000, che in sua sostituzione ha introdotto, nella l. 6 dicembre 1971, n. 1034, l'art. 23 bis, dedicato ai riti speciali), prevedeva che nei giudizi amministrativi relativi ad opere pubbliche e materie connesse, il t.a.r., chiamato a pronunciarsi sull'istanza di sospensione dell'atto impugnato o della sentenza di primo grado, potesse definire immediatamente il giudizio nel merito, con motivazione in forma abbreviata.

Contro tale disciplina è stata sollevata questione di legittimità costituzionale, dichiarata manifestamente infondata da C. Cost., 10 novembre 1999, n. 427 (in *Giust. civ.*, 2000, I, 2207, in *Foro it.*, 2000, I, 746, in *Foro amm.*, 2000, 740, in *Giur. it.*, 2000, 161 e *ivi*, 1039, con nota di FENUCCI, in *Urb. e app.*, 1999, 1293, con nota di DELLA VALLE, in *Corr. giur.*, 2000, 166, con nota di PICOZZA e di FERRONI, e in *Riv. trim. app.*, 1999, 705, con nota di CALDERONI). La Consulta ha però precisato che l'istituto processuale sottoposto al suo esame, preordinato alla riduzione dei tempi processuali, comportando il superamento della domanda cautelare e postulando un'effettiva completa tutela giurisdizionale, poteva considerarsi costituzionalmente legittimo solo in quanto fosse assicurata l'esistenza delle condizioni indefettibili per l'emanazione di una sentenza e quindi l'integrità del contraddittorio, la completezza e la sufficienza del quadro probatorio, e più in generale il compimento di ogni adempimento processuale necessario per la tutela del diritto di difesa di tutte le parti.

[66] Per analogie tra questa modalità decisoria e la *passarelle* francese, v. BESSO e CANAVESE, *op. cit.*, par. 14.

In altri termini, indipendentemente dalla volontà delle parti, per effetto di una decisione discrezionale del giudice, l'istanza cautelare può produrre l'effetto di far «collassare» il procedimento ordinario nel cui ambito essa è stata proposta, avviando il giudizio all'immediata definizione nel merito e rendendo superflua l'emanazione della richiesta cautela.

Il giudice, «in controtendenza rispetto alla disciplina del processo ordinario societario, dominato dall'iniziativa delle parti»[67], può dunque abbreviare i tempi, eliminando l'interludio cautelare e decidendo subito la controversia con una pronuncia suscettibile di passare in giudicato.

In particolare, in base al 4° co. dell'art. 24, all'udienza di comparizione *ex* art. 669 sexies c.p.c., il giudice designato, se ritiene che la causa sia matura per la decisione di merito senza bisogno di ulteriore assunzione di mezzi di prova ovvero che il giudizio sia comunque in condizione di essere definito, ne dà comunicazione alle parti presenti[68], le invita a precisare le rispettive conclusioni di rito e di merito e nella stessa udienza pronuncia sentenza, al termine della discussione.

Se la decisione della causa è attribuita al tribunale in composizione collegiale, ai sensi del 5° co. il giudice designato fissa, nei successivi trenta giorni, l'udienza di discussione davanti al collegio.

Precisa poi il 6° co. che, tanto nell'uno quanto nell'altro caso, la pronuncia della sentenza avviene a norma dell'art. 281 sexies c.p.c. e quindi dando lettura in udienza del dispositivo e della concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione. La sentenza, continua l'art. 281 sexies, «si intende pubblicata con la sottoscrizione da parte del giudice del verbale che la contiene ed è immediatamente depositata in cancelleria».

Quando però la complessità della causa impedisca o renda difficoltosa la contestuale redazione della motivazione all'udienza, il 6° co. consente che, ferma restando la lettura del dispositivo in udienza, la motivazione venga depositata nei successivi quindici giorni.

Naturalmente, la scelta tra motivare subito la decisione o rinviare a un momento successivo questa attività spetta alla valutazione insindacabile del giu-

---

[67] Besso e Canavese, *op. cit.*, par. 1.

[68] Secondo Carratta, *Riflessioni «a prima lettura» sui riti per le controversie societarie e finanziarie*, in *Dir. e Giust.*, 22 febbraio 2003, n. 7, 20, il fatto che il giudice designato comunichi la sua valutazione di decidere nel merito o di definire il giudizio alle sole parti «presenti» all'udienza di cui all'art. 669 sexies c.p.c., «senza preoccuparsi in alcun modo, o meglio senza essere tenuto a preoccuparsi, della salvaguardia del contraddittorio e della difesa delle parti non presenti», è da ritenere incostituzionale.

Per Besso e Canavese, *op. cit.*, par.21, occorre distinguere: non si ha alcuna lesione delle garanzie del contraddittorio e del paritario trattamento delle parti «qualora il giudice cautelare abbia, con il decreto di fissazione dell'udienza *ex* art. 24, 2° co., invitato le parti a produrre documenti e autorizzato il deposito di memorie, preannunciando così l'immediata decisione di merito. Se la parte, alla quale è stato notificato il decreto, sceglie di non essere presente all'udienza di cui all'art. 669 sexies c.p.c. non può lamentare violazione alcuna del diritto di difesa (...). Il problema del mancato rispetto della garanzia del contraddittorio potrebbe invece porsi quando il giudice non ha, con il decreto, anticipato la conversione».

dice, che terrà conto del grado di difficoltà delle questioni. Ed è altresì scontato che, quanto allo stile della motivazione, possa trovare applicazione la facoltà, disposta per il rito ordinario dall'ultima parte del 5° co. dell'art. 16, di argomentare «in forma abbreviata, mediante il rinvio agli elementi di fatto riportati in uno o più atti di causa e la concisa esposizione delle ragioni di diritto, anche in riferimento a precedenti conformi»[69].

Il 7° co. infine chiarisce che l'opzione per il giudizio abbreviato non impedisce al giudice, quando la discussione venga rinviata, di adottare le misure cautelari idonee ad assicurare gli effetti della decisione di merito[70]. In altri termini, quando, essendo attribuita alla decisione collegiale, la causa deve essere rinviata ai sensi dell'art. 24, 5° co., ovvero quando la discussione va comunque rinviata per qualunque ragione, ma c'è l'indilazionabile urgenza di provvedere, il giudice può concedere subito la misura cautelare e destinare ad un momento successivo la pronuncia della sentenza.

3.2. La costituzionalità del giudizio abbreviato e l'uso strumentale dell'istanza cautelare

Quella descritta è, evidentemente, una disciplina volta a velocizzare l'*iter* processuale, secondo l'indicazione a carattere generale contenuta nel 1° co. dell'art. 12 della legge delega, in base a cui il legislatore delegato avrebbe dovuto emanare norme dirette alla «più rapida ed efficace definizione di procedimenti».

Non sembra pertanto si pongano problemi di costituzionalità sotto il profilo del rispetto dei limiti della delega, tanto più che il modello del giudizio abbreviato non è inedito nel nostro ordinamento ma è «importato» dal processo amministrativo.

Pare semmai interessante osservare che attraverso il giudizio abbreviato si può arrivare alla pronuncia di una sentenza, con attitudine al giudicato, sulla base di prove assunte nella forma, propria del giudizio cautelare, delle sommarie informazioni.

Si ha così coesistenza tra sommarietà e attitudine al giudicato[71].

La cosa non dovrebbe però suscitare scandalo, dal momento che chiunque

---

[69] Così anche BESSO e CANAVESE, *op. cit.*, par. 23.

[70] La commissione parlamentare incaricata di rendere un parere sul testo approvato dal Consiglio dei Ministri il 30 settembre 2002 aveva segnalato, al punto 28), «l'assoluta e condizionante necessità che – al 7° co. dell'art. 24 – dopo le parole "il giudice" siano aggiunte (in inciso) le parole "su richiesta delle parti"». Ma a ben vedere la domanda cautelare è già stata formulata e il giudice non fa altro che provvedere su di essa quando i tempi del giudizio abbreviato subiscano un allungamento e quindi riemerga l'opportunità di decidere l'istanza.

[71] Una tale coesistenza viene tradizionalmente esclusa e lo stesso d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, nel dare attuazione, con l'art. 19, alla lett. d) del 2° co. dell'art. 12 della legge delega, ha escluso che il procedimento sommario ivi previsto potesse condurre all'emanazione di un provvedimento da cui possano conseguire gli effetti del giudicato.

abbia pratica di procedimenti cautelari sa che la sommaria informazione assunta in quella sede ha un grado di affidabilità non minore di una prova, ad esempio una prova testimoniale, assunta nella fase di merito secondo le forme minuziosamente regolate dal codice di rito[72]. Spesso anzi le sommarie informazioni, grazie alla possibilità per il giudice di giocare un significativo ruolo attivo ed alla immediatezza dell'assunzione, che in genere avviene a ridosso del verificarsi dei fatti su cui le persone sono chiamate a riferire, appaiono addirittura più attendibili dei corrispondenti mezzi tipici[73]. Né può dirsi, per quanto riguarda la testimonianza, che gli svantaggi strutturali siano compensati dalla circostanza che, diversamente da quanto avviene in sede di sommarie informazioni, il teste giura e può essere chiamato a rispondere penalmente quando non abbia detto la verità o sia stato reticente[74]. L'esperienza dimostra che la sanzione penale esplica scarsa capacità intimidatrice, tanto più da quando l'art. 214, d.lgs. 28 luglio 1989, n. 271[75], ha abrogato le disposizioni che prevedevano l'arresto o la cattura da parte di organi giudiziari non esercitanti funzioni penali, abrogando così anche l'ultima parte dell'art. 256 c.p.c., in forza della quale il giudice poteva ordinare l'arresto in udienza del testimone.

Semmai va segnalato che l'istituto in esame può suggerire l'uso strumentale della richiesta di tutela cautelare.

Si deve infatti rilevare che il passaggio alla decisione della causa nel merito avviene sulla base della valutazione del giudice che non vi sia bisogno di ulteriore assunzione di mezzi di prova ovvero che il giudizio sia comunque in condizione di essere definito, a prescindere dal fatto che la domanda cautelare costituente l'innesco del giudizio abbreviato fosse giustificata da ragioni di urgenza.

Si potrebbe pertanto assistere al fiorire di numerose istanze cautelari proposte in corso di causa nonostante l'assenza del *periculum in mora* idoneo a sorreggerle. Queste istanze, pur di per sé inaccoglibili, potrebbero aprire la strada del giudizio abbreviato. La proposizione di domande cautelari sarebbe pertanto, in questi casi, volta alla semplice sollecitazione di un percorso processuale più rapido.

---

[72] Tra di esse va ricordato l'onere di preventiva capitolazione, in articoli separati e specifici, dei fatti su cui interrogare i testi (art. 244 c.p.c.), l'obbligo per il testimone di giurare (art. 251 c.p.c.), l'identificazione delle persone chiamate a testimoniare e la modalità dell'interrogatorio (artt. 252-253 c.p.c.).

[73] Sulle sommarie informazioni, v. da ultimi, ampiamente, SANDULLI, *L'attività istruttoria nei procedimenti sommari cautelari*, in *Rass. locaz. e condominio*, 2002, 485-500; GUAGLIONE, *La prova nel procedimento cautelare*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 193-232.

[74] Per l'art. 372 c.p., che prevede il reato di falsa testimonianza, «chiunque, deponendo come testimone innanzi all'autorità giudiziaria, afferma il falso o nega il vero, ovvero tace, in tutto o in parte, ciò che sa intorno ai fatti sui quali è interrogato, è punito con la reclusione da due a sei anni». La norma, dal momento che nel settore penale vale il principio del divieto di analogia *in malam partem*, non può essere estesa sino a ricomprendere anche il caso della deposizione in sede di sommarie informazioni da parte della persona informata sui fatti di causa.

[75] Si tratta delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del nuovo codice di procedura penale.

3.3. La sospensione della delibera assembleare impugnata

L'art. 24, d.lgs. 5/2003 si chiude, con l'8° co., disponendo che l'istanza di sospensione proposta a norma dell'art. 2378 c.c. è disciplinata dalle disposizioni sul procedimento cautelare in corso di causa[76] e sul giudizio abbreviato[77] previste del decreto, superando così talune incertezze affacciatesi in passato circa l'applicabilità delle norme sul procedimento cautelare uniforme nelle controversie di impugnazione delle deliberazioni degli organi societari[78].

La norma specifica inoltre che la società, ricevuta la notifica dell'istanza di sospensione, ne dà notizia agli amministratori e ai sindaci.

Ma in argomento occorre soprattutto ricordare che la parte processuale della riforma del diritto societario deve essere coordinata con la parte sostanziale di cui al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, per mezzo del quale il legislatore ha novellato il codice civile modificando significativamente anche l'art. 2378 c.c. La disciplina della sospensione delle delibere impugnate dovrà dunque essere ricostruita tramite il costante riferimento alle disposizioni dettate dal nuovo testo dell'art. 2378 c.c. ed in particolare alle norme in tema di giudice competente, di legittimazione all'impugnazione, di presupposti per concedere la sospensione, di procedimento *inaudita altera parte*, di tentativo di conciliazione nonché, dopo l'integrazione operata dal decreto di coordinamento e di modifica, di iscrizione nel registro delle imprese del dispositivo del provvedimento di sospensione[79].

---

[76] Nel regime precedente all'entrata in vigore del d.lgs. 5/2003, per la compatibilità tra il procedimento cautelare uniforme e la disciplina del codice civile sulla sospensione della delibera assembleare impugnata, v. Trib. Torino, 18 gennaio 1993, decreto, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, 140, con nota di FRUS, *Prime estensioni del procedimento cautelare uniforme a provvedimenti cautelari disciplinati dal codice civile*.

[77] Pare potersi prevedere che l'ipotesi dell'impugnazione della delibera assembleare con contestuale istanza di sospensione dell'efficacia della stessa sarà quella dove più frequentemente il giudice riscontrerà i presupposti per decidere la causa nelle forme del giudizio abbreviato.

[78] Su tali incertezze, v. BESSO e CANAVESE, *op. cit.*, par. 9.

[79] In proposito, sul tema dell'impugnazione delle delibere assembleari, si rinvia a SANZO, *sub* art. 2378 c.c., in questo Commentario.