

GIOVANNI MACRÌ
Socio effettivo

IL NUOVO PROCESSO SOCIETARIO

Con il Decreto legislativo 17 Gennaio 2003 n. 5, apparso sulla G.U. n. 17 del 22 gennaio 2003, vengono emanate le nuove norme del cosiddetto processo societario. Esso rappresenta la prima concreta attuazione dello schema del Decreto Legislativo approntato dalla commissione Vaccarella in ordine alla riforma del Codice di Procedura Civile; schema definito il 12 luglio 2003.

Va considerato che la delega imponeva al legislatore delegato di predisporre un rito, per quanto attiene al processo di cognizione, ispirato ai principi della concentrazione delle udienze e alla riduzione dei tempi processuali.

In effetti si è creato un nuovo rito, mutuato, come detto, dal testo predisposto dalla commissione Vaccarella, talché può dubitarsi che il legislatore delegato abbia effettivamente rispettato la delega.

E' tale profilo di illegittimità costituzionale è stato prontamente attenzionato dagli interpreti.

Non mi pare, peraltro, che anche a condividersi il dubbio di legittimità costituzionale ci sia da strapparsi le vesti ove si consideri che in ogni caso saremo in presenza di un vizio formale, estrinseco alla normativa, sicché sarebbe agevole per il legislatore rimediare attraverso la rapida emanazione di una legge conforme nel contenuto a quanto prevede il Decreto legislativo n°5 del 2003, come peraltro ha fatto già emanando la legge n. 205/2000 a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale, per eccesso di delega, della legge n°80/98.

Ciò premesso va rilevato che il legislatore si è trovato sostanzialmente di fronte a due alternative: o prevedere un processo caratteriz-

zato da una fase preparatoria di scambio di atti tra le parti per giungere successivamente, attraverso l'intervento del giudice, alla definizione del *thema decidendum* e del *thema probandum* o prevedere la immediata comparizione davanti al giudice con possibilità di successivi aggiustamenti sia in ordine al contenuto della domanda sia in ordine ai temi di prova, così come avviene oggi ai sensi degli artt. 183 e 184 cod. procedura civile.

Il legislatore ha ritenuto di battere la prima delle due strade. Ha ritenuto quindi di prevedere una fase in cui le parti si scambiano atti e memorie relegando l'intervento del giudice a un momento successivo.

Tale sistema processuale non costituisce assolutamente una novità per la nostra tradizione giuridica.

Senza voler fare riferimento al modello più antico che ispira l'attuale rito societario e cioè senza necessariamente scomodare il processo *per formulas* di diritto romano, è agevole rilevare che per tutto il periodo successivo all'avvio della cosiddetta civiltà dei comuni, che segue al feudalesimo e riscopre la via dei commerci e degli scambi, sul corpo del cosiddetto diritto comune, di sostanziale tradizione romanistica, si innestano una serie innumerevole di riti civili caratterizzati tutti (ad eccezione di quello mercantile) da scambi di atti tra avvocati, da formalismo, da eccezioni e controeccezioni, da sentenze interlocutorie soggette ad appello con conseguente sospensione della causa principale, dall'intervento del giudice solo per le decisioni interlocutorie o per la decisione finale¹.

Il processo civile era un processo dai tempi lunghissimi aggravato dalla paradossale previsione dell'istituto della cosiddetta *insufflatio* che consentiva di resuscitare processi già definiti².

L'unica eccezione a questi processi infiniti era rappresentata dal rito sommario delle curie mercantili.

¹ M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna 1980; G. SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, in "Storia del diritto italiano" a cura di Del Giudice, Vol. III, Milano 1927.

² Sulle ragioni storiche che hanno condotto a un diritto di classe per i mercanti nella società comunale, a un successivo diritto statutale mercantile nell'epoca della monarchia assoluta e al diritto commerciale delle società borghesi, v. F. GALGANO, *Storia del diritto commerciale*, Bologna 1980.

Questa indecorosa situazione si protrae fino a tutto il '700. Basti considerare che ancora nel 1750 a Venezia esistevano 130 tribunali con competenze e procedure diverse: a Napoli 86 tribunali, oltre alla giurisdizione baronale di tradizione feudale.

E per il giudice erano previste le cosiddette sportule.

Si avvertiva l'esigenza di una rivisitazione del processo civile.

E un primo tentativo di accelerazione del processo civile viene posto in essere da Vittorio Amedeo II di Savoia nel 1723 così come a Napoli Carlo di Borbone dà mandato a Bernardo Tanucci di predisporre una nuova sistemazione generale del processo.

Incombe l'Illuminismo e, sotto la sua spinta, nella seconda metà del '700, si diffonde l'ideologia della codificazione. Ne sono esempio il Codice feudale del 1780 e il Codice per la Veneta Marina mercantile del 1786 della Repubblica di Venezia.

E' anche l'epoca in cui nel granducato di Toscana Pietro Leopoldo di Lorena introduce sostanziali modifiche all'ordinamento giudiziario che prevedono un giudice precostituito e l'abolizione delle sportule. Sul piano del processo civile però non vi sono riforme significative così come del resto avviene anche con il Codice Estense.

In definitiva non si realizzano grandi riforme ma più che altro compilazioni riassuntive dello stato della legislazione.

Il primo vero tentativo di porre rimedio all'infinito scambio di atti, introducendo meccanismi acceleratori del processo civile, si verifica nella Lombardia austriaca con il Regolamento del processo civile di Giuseppe II, promulgato il 1785, di stretta derivazione da quello austriaco del 1781.

Con tale regolamento viene finalmente e totalmente abrogato il Diritto comune (anche se alcuni istituti derivano dal Diritto comune); alle parti sono concessi due soli atti difensivi; non sono consentite modificazione delle domande iniziali; è previsto l'intervento del giudice, anche se il processo rimane un processo a iniziativa di parte talché non sono ammesse prove d'ufficio ma solo l'assunzione delle prove articolate dalle parti è rimessa al giudice.

Simile al regolamento austriaco è il Codice barbacoviano (dal nome del suo autore) che restò in vigore per 19 anni nel principato di Trento.

La situazione del processo civile non migliora granchè con la promulgazione del Codice di procedura civile francese del 1806 entrato in vigore il 1 gennaio 1807.

In un certo senso non risente dei principi ispiratori della rivoluzione francese.

Esso deriva infatti dall'*Ordonnance* del 1667 di Luigi XIV che rappresentava una prima sistemazione del diritto comune.

Il Codice del 1806 risulta estremamente analitico: basti pensare che conta 1042 articoli e che, a parte il modello sommario che vale per i giudici di pace, prevede scambi di atti tra le parti senza alcuna limitazione; una oralità ridottissima; una distinzione sul piano delle prove tra aspetti sostanziali contenuti nel Codice civile e aspetti processuali disciplinati dal Codice di procedura civile (e ciò si è perpetuato anche nel nostro attuale ordinamento processuale).

In definitiva il processo civile previsto dal Codice francese è totalmente rimesso alla volontà delle parti.

Esaurito nel 1814 il dominio francese, gli effetti della restaurazione comportano che nel Lombardo Veneto viene emanato un regolamento generale del processo civile, datato 1815, che sostanzialmente riprende il regolamento processuale di Giuseppe II.

Nel Regno delle due Sicilie Ferdinando I nel 1819 promulga un codice sostanzialmente ispirato a quello francese così come avviene per il codice parmense del 1820.

Al regolamento austriaco si ispira invece il codice estense del 1852.

In definitiva il processo civile è rimesso all'iniziativa delle parti.

Nè può dirsi che sostanziali passi avanti sul piano processuale vengono compiuti col Codice di procedura Civile italiano del 1865.

Esso si ispira a quello francese del 1806 passando attraverso la mediazione del codice napoletano del 1819 e del codice sardo del 1859.

I suoi caratteri peculiari sono rappresentati dal formalismo e dalla iniziativa di parte.

Esso distingue un rito formale da uno sommario. Il formale prevede uno scambio illimitato di atti tra le parti e quindi costituisce un passo indietro rispetto al regolamento austriaco e al codice estense; prevede altresì sentenze interlocutorie; relega l'oralità solo al momento

della discussione finale. Più agile risultava sicuramente il rito sommario ma la sua disciplina era carente sicchè finivano spesso con l'applicarsi ad esso le norme del rito formale con le conseguenti lungaggini. Peraltro il rito sommario conteneva incerte previsioni sulle materie cui poteva applicarsi. Ben più celere era invece il procedimento avanti i tribunali del commercio. Giova sottolineare in proposito che il rito sommario per le cause commerciali non era il rito sommario cosiddetto ordinario ma un rito che prevedeva un intervento continuo del giudice che poteva, dedotta oralmente dalle parti la prova, formulare i relativi capitoli.

Aboliti nel 1888 i tribunali del commercio il rito sommario commerciale non si estingue dal momento che viene demandato ai giudici ordinari di applicarlo in materia commerciale.

Le insopportabili lungaggini del rito civile formale ordinario spingono le parti ad utilizzare, anche con evidenti forzature, il rito sommario tanto che solo il 4% delle controversie viene trattata con il rito ordinario.

Giova però ribadire che il rito sommario ordinario (non quello commerciale) non conteneva una disciplina organica talchè veniva integrato con le norme del rito formale. Si era in concreto ideato un sistema processuale ibrido. Di fronte a questa situazione si cerca di correre ai ripari attraverso la rimodulazione del rito sommario che avviene con la legge 31 marzo 1901 n°107.

Ci si prefigge di far diventare il rito sommario rito ordinario pur lasciando in vigore il rito formale. Il rito sommario previsto dalla legge del 1901 è caratterizzato da un'udienza tenuta dal presidente del collegio che decide sulle istanze istruttorie: dalla eventuale nomina di un giudice istruttore, dalla facoltà di delega per l'assunzione delle prove ad uno dei giudici, dalla previsione di non più di 5 rinvii.

In questo tentativo di riformare il processo civile si inserisce l'introduzione del giudice unico di primo grado, disposta nel 1912 e abrogata nel 1914 perché si era risolta in un sostanziale fallimento.

Sopravviene la crisi della concezione liberale del processo civile, non per effetto del c.d. socialismo giuridico (ad eccezione dell'opera del Lessoma) ma solo sul piano della cultura giuridica.

Sotto la spinta dei giuristi tedeschi di fine ottocento si viene affermando il principio che il processo civile appartiene al diretto pubblico: non è affare delle parti private, ma dello Stato.

L'azione giudiziaria non è una appendice del diritto sostanziale, ma un autonomo diritto di natura pubblica.

In Italia il Chiovenda si colloca in quest'ambito per cui lo Stato ha un precipuo interesse allo svolgimento del processo, all'attuazione della legge.

E' una reazione, il nuovo orientamento in tema di processo civile, alle lungaggini, all'eccessivo carattere dispositivo del processo civile.

Chiovenda non fornisce, però, strumenti per autoritarismi processuali.

Non fornisce la base per la fascistizzazione del processo civile, come superficialmente è stato, a volte, affermato.

Sostiene la riforma del processo civile per una sua maggiore speditezza e per l'attuazione del diritto sostanziale.

Da qui il c.p.c. del 1942 con i maggiori poteri attribuiti al giudice istruttore, che riferisce al collegio a istruzione completata.

Si comprende, dalle precedenti sommarie notizie storiche, che la riforma attuale del processo societario si pone nell'alveo di una tradizione giuridica secolare: non rappresenta assolutamente una novità.

Ciò premesso, va rilevato che la riforma concerne il giudizio di cognizione di primo grado, quello di appello, il regime degli interventi in giudizio, i procedimenti cautelari, quelli in camera di consiglio, le regole dell'arbitrato e della conciliazione stragiudiziale; configura una complessa disciplina della quale, in questa sede, conviene attenzionare, come più significativi, il processo di cognizione di primo grado (a rito ordinario e a rito sommario) e il procedimento cautelare³.

³ Per una prima lettura della riforma, B. SASSANI, *La riforma delle società*, Torino 2003; COLANTUONI e altri, *I procedimenti in La riforma del diritto societario*, a cura di G. Lo Cascio, Milano 2003; G. ARIETA, F. DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, Padova 2004; R. VACCARELLA, *La riforma del processo societario: risposta ad un editoriale*, in "Diritto e Giustizia", 2003, p. 262; A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo societario*, in "Il Foro it." 2003, V., 1; M.G. CIVININI, *La riforma del diritto societario*, Il

Giova preliminarmente soffermarsi sull'art. 1 che disciplina l'ambito di applicazione della legge individuato nelle seguenti controverse:

- a) rapporti societari (di società di persone come di società di capitali). 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; trasferimento delle partecipazioni sociali, nonché ogni altro negozio (*inter vivos o mortis causa*) avente ad oggetto le partecipazioni sociali e i diritti inerenti; patti parasociali;
- b) rapporti in materia di intermediazione mobiliare (disciplinati dal d. leg. 24 febbraio 1998, n.58, e successive modificazioni) 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, cessione di rapporti finanziari ivi compresa la cartolarizzazione dei crediti, offerte pubbliche di acquisto e di scambio, contratti di borsa;
- c) materie di cui al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (d. leg. 1 settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni), 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;
- d) credito di opere pubbliche.

In tutte queste materie il tribunale giudica normalmente in composizione collegiale, con la sola eccezione delle controversie di cui alla lettera c quando la relativa controversia è promossa da una banca nei confronti di altra banca nelle quali sole ipotesi il tribunale giudica in composizione monocratica. Poco chiara è la ragione di un tale trattamento differenziato.

Resta ferma la competenza della Corte d'appello (di Roma) prevista dall'art. 145 d. leg. 385/1993 (t.u. delle leggi in materia bancaria e creditizia) in materia di opposizione contro il decreto del Ministero del tesoro irrogatore delle sanzioni amministrative per le violazioni previste dagli art. 130 ss. T.u., sanzioni irrogate su proposta della Banca d'Italia o dell'UIC; nonché la competenza sempre della corte d'appello prevista dall'art. 195 d. leg. 58/1998 (t.u. in materia di intermediazione finanziaria) in materia di opposizione contro il decreto del Ministero del tesoro irrogatore delle sanzioni amministrative per le violazioni previste dagli art. 188 ss. t.u., sanzioni irrogate su proposta della Banca d'Italia o della CONSOB.

E' altresì previsto che "per quanto non diversamente disciplinato dal presente decreto, si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili".

Se una causa relativa ad uno dei rapporti di cui al 1° comma dell'art.1 del d. leg. è proposta in forme diverse da quelle previste dal d. leg., il giudice dispone con ordinanza il mutamento di rito; dalla comunicazione dell'ordinanza decorrono i termini per la memoria di replica dell'attore o per la controreplica del convenuto (art. 1, 5° comma). Analogamente è previsto dall'art.16, ult. comma, per l'ipotesi inversa di proposizione nelle forme del rito societario di una causa non rientrante fra quelle previste dall'art.1.

LA DISCIPLINA DEL NUOVO RITO SPECIALE A COGNIZIONE PIENA

Il processo può essere distinto in tre fasi:

- a) la fase preparatoria che va dalla notifica dell'atto di citazione alla notifica della istanza di fissazione dell'udienza (*rectius*: al deposito della istanza e della nota contenente la precisazione delle conclusioni della controparte): questa fase si svolge tutta in assenza del giudice, fuori dell'udienza, attraverso lo scambio tra le parti (e il deposito in cancelleria) di atto di citazione, comparsa di risposta, replica dell'attore, controreplica del convenuto, ulteriori repliche delle parti fino ad una durata massima di circa duecento giorni. Durante questa fase si determinano in modo tendenzialmente definitivo (ne sono sottratte solo le ecce-

zioni e le prove rilevabili o disponibili d'ufficio) il *thema decidendum* (domande ed eccezioni), il *thema probandum* (fatti controversi), le prove precostituite e le prove costituenti richieste dalle parti;

- b) la fase che va dalla designazione del giudice relatore (nei tre giorni successivi al decorso del termine di dieci giorni dal deposito di fissazione dell'udienza) al deposito da parte del giudice relatore del decreto di fissazione dell'udienza: decreto nel quale il giudice, dopo avere necessariamente studiato la controversia, deve determinare il programma della udienza di discussione e delle attività successive, invitando se del caso le parti a comparire personalmente per essere liberamente interrogate, pronunciandosi sulla ammissibilità dei mezzi di prova richiesti dalle parti, indicando le questioni, di rito e di merito, rilevabili d'ufficio;
- c) la fase della udienza di discussione davanti al collegio, fase di trattazione, di eventuale istruzione e di decisione della controversia.

La fase preparatoria

Atto di citazione, comparsa di risposta, memoria di replica dell'attore, controreplica del convenuto, ulteriori repliche

Inizia con la notificazione dell'atto di citazione che deve assegnare al convenuto un termine non minore di sessanta giorni per la replica; prosegue con la comparsa di risposta del convenuto da notificarsi all'attore entro il termine da quest'ultimo fissato (ma il convenuto e le altre parti, se vogliono accelerare lo svolgimento del processo, possono utilizzare solo in parte il termine a disposizione). comparsa di risposta che deve fissare all'attore un termine non minore di trenta giorni per la replica: segue quindi la memoria di replica dell'attore che deve fissare al convenuto un termine non inferiore a trenta (se l'attore ha proposto nuove domande) o venti giorni (in caso di mancanza di nuove domande) per la controreplica del convenuto; quindi ancora la memoria di controreplica del convenuto con la fissazione all'attore di un termine non inferiore a sedici giorni; e così ancora per un periodo ulteriore massimo di altri ottanta giorni. Tra atto di citazione, comparsa di

risposta, replica controreplica possono correre circa duecentodieci giorni (60 + 30 + 30 e 20 + 16 + 80).

Ciascuna parte, oltre a rinunciare all'uso integrale del termine concessogli, può rinunciare alla replica e, con l'istanza di fissazione della udienza, chiudere la fase preparatoria facendo scattare le preclusioni in punto di domande, eccezioni e prove.

Osserva al riguardo la relazione alla legge "ciascuna parte, peraltro, è sin dall'origine della causa indotta alla maggiore completezza possibile del proprio atto in quanto è immanente al modello il potere di ciascuna parte di rinunciare all'incremento del *thema decidendum* chiedendo, con la fissazione dell'udienza, che la causa venga definita sulla base di quanto fino a quel momento introdotto. Si tratta di un meccanismo che genera preclusioni dall'interno, venendo continuamente rimessa alla controparte la facoltà di provocare la rimessione in decisione della causa *rebus sic stantibus*".

E' evidente la diversità rispetto al rito formale del c.p.c. del 1865 perché se è vero che quel processo prevedeva lo scambio di comparse fra le parti e la iscrizione della causa sul ruolo su istanza della parte che vi avesse interesse (art. 173 c.p.c. 1865), la richiesta di fissazione dell'udienza non faceva scattare alcuna preclusione a danno della controparte, ma determinava solo la decorrenza di un termine perentorio nel quale la controparte era tenuta a fare valere tutte le proprie difese.

Le preclusioni in punto di domande, eccezioni e prove

Quanto alle preclusioni è da rilevare innanzi tutto che la loro inosservanza (così come la inosservanza dei termini minimi da concedere alla controparte per la replica, o del termine entro cui i singoli atti vanno notificati e/o depositati: v. art. 13, 4° comma) non è rilevabile d'ufficio ma la relativa "decadenza può essere pronunciata soltanto su eccezione della parte interessata, da proporsi nella prima istanza a difesa successiva a norma dell'art. 157 c.p.c.": così l'art. 10, 2° comma, seconda parte.

Va altresì rilevato che la sanzione della decadenza si ricava dall'art.10, 1° comma, che prevede la indicazione "delle conclusioni di rito e di merito già proposte" e dall'altro lato la "definitiva formulazione delle istanze istruttorie già proposte esclusa ogni loro modifica-

zione” con ciò implicitamente affermando che nuovi documenti non sono più producibili dopo la presentazione dell’istanza di fissazione dell’udienza.

In definitiva va rilevato:

- che l’attore, all’atto della costituzione in giudizio (da effettuare entro dieci giorni dalla notificazione della citazione) *deve* depositare in cancelleria i documenti offerti in comunicazione;
- che ai sensi dell’art.4. 1° comma, l’ultimo momento utile per il convenuto per proporre domanda riconvenzionale e per “dichiarare di voler chiamare in causa i terzi ai quali ritiene comune la causa o dai quali pretende essere garantito” risiede nella comparsa di risposta da notificare all’attore entro il termine (non inferiore a sessanta giorni) fissatogli sempre dall’attore in seno all’atto di citazione (art. 2, lett. c), e da depositare in cancelleria entro dieci giorni dalla scadenza di tale termine (art. 5, 1° comma). All’atto della costituzione in giudizio il convenuto *deve* altresì depositare i documenti che offre in comunicazione;
- che ai sensi dell’art. 6. 2° comma, l’ultimo momento utile per l’attore per “modificare le domande già proposte”, per “proporre nuove domande ed eccezioni che siano conseguenza della domanda riconvenzionale o delle difese proposte dal convenuto”, per “dichiarare che intende chiamare un terzo ai sensi dell’art. 106 c.p.c., se l’esigenza è sorta dalle difese del convenuto”, e per “depositare nuovi documenti in cancelleria”, risiede nella “memoria di replica dell’attore” da notificare al convenuto entro il termine (non inferiore a trenta giorni) fissatogli sempre dal convenuto.
- che il convenuto che intende controreplicare all’attore depositando nuovi documenti deve farlo nell’atto di replica (art. 7. 1° comma) da notificare all’attore entro il termine (non inferiore a venti o trenta giorni) fissato sempre dall’attore nel suo atto di replica (art. 6, 3° comma); e così ancora fino alla consumazione del termine di ottanta giorni dalla notifica della memoria di controreplica del convenuto (art. 7, 2° e 3° comma);

- che quanto alle eccezioni, va rilevato che le eccezioni rilevabili d'ufficio sono espressamente sottratte dall'art. 10, 2° comma, ad alcuna preclusione nella fase preparatoria.

Riguardo invece alle eccezioni rilevabili solo su istanza di parte, l'unico dato sicuro è che la decadenza si verifica "a seguito della notificazione dell'istanza di fissazione dell'udienza" (così esplicitamente l'art. 10, 2° comma, prima parte): incerto è invece se il convenuto debba sollevarle a pena di decadenza sin dalla comparsa di risposta (in tal senso si esprime la relazione).

Per quanto attiene ai mezzi di prova, va rilevato che i documenti devono sicuramente essere depositati da attore e convenuto secondo le scansioni sopra indicate e che, per quanto attiene alle richieste istruttorie l'art. 9, 1° comma, e l'art. 10, 1° comma, dispongono che "la definitiva formulazione delle rispettive istanze istruttorie già proposte" ("in mancanza, si intendono formulate le istanze di cui al primo atto difensivo") debba avvenire con l'istanza di fissazione dell'udienza o, per la controparte, entro il termine di dieci giorni dalla notificazione dell'istanza di fissazione dell'udienza, all'atto del deposito delle note di precisazione delle conclusioni; talché, anche per la mancata previsione di alcun termine per articolare la prova contraria, è da ritenere che in sede di istanza di fissazione dell'udienza o di deposito della nota di cui all'art. 10 non sono proponibili nuove richieste istruttorie, ma è possibile solo provvedere alla loro "definitiva formulazione".

L'istanza di fissazione dell'udienza

La fase preparatoria si conclude con la notificazione all'altra parte dell'istanza di fissazione dell'udienza (art. 8).

L'istanza deve contenere la definitiva precisazione delle conclusioni nei limiti di quelle già proposte, con esplicita "esclusione di ogni modificazione delle domande" (art. 9, 1° comma). Nell'istanza di fissazione dell'udienza o nella nota di precisazione delle conclusioni di cui all'art. 10, 1° comma, ciascuna parte può indicare le condizioni alle quali sarebbe disposta a conciliare la lite, senza che questa indicazione possa pregiudicare "in alcun modo la decisione della causa" (art. 9, 2° comma).

L'istanza di fissazione dell'udienza deve essere prima notificata alla controparte e poi depositata entro dieci giorni in cancelleria (art. 9, 3° comma). Nello stesso termine di 10 giorni dalla notifica, la controparte deve depositare in cancelleria una nota contenente la definitiva precisazione delle conclusioni nei limiti di quelle già proposte (art. 10, 1° comma).

In relazione alla chiusura della fase preparatoria l'art. 10, 2° comma, dispone esplicitamente che "a seguito della notificazione dell'istanza di fissazione di udienza, tutte le parte decadono dal potere di proporre nuove eccezioni non rilevabili d'ufficio, di precisare o modificare domande o eccezioni già proposte, nonché di formulare ulteriori istanze istruttorie e depositare nuovi documenti".

La fase che va dalla designazione del giudice relatore al deposito del decreto di fissazione dell'udienza di discussione

Ai sensi dell'art. 12, decorso dieci giorni dal deposito dell'istanza di fissazione dell'udienza (decorso cioè anche il termine entro il quale la controparte deve depositare le sue note di precisazione delle conclusioni), il cancelliere, nei tre giorni successivi, forma il fascicolo contenente tutti gli atti e documenti e lo presenta senza indugio al Presidente. Questi, entro il secondo giorno successivo alla presentazione del fascicolo, designa il giudice relatore e questi, a sua volta, entro cinquanta giorni dalla designazione, deposita in cancelleria il decreto di fissazione dell'udienza, da comunicare alle parti costituite. Per comprovate ragioni il termine di cinquanta giorni può essere prorogato dal Presidente ai sensi dell'art. 154 c.p.c., cioè per non più di cinquanta giorni e normalmente per una sola volta.

La fase della udienza di discussione davanti al collegio

Il contenuto del decreto di fissazione dell'udienza

Il decreto di fissazione dell'udienza deve contenere, oltre ovviamente alla fissazione dell'udienza:

- l'ammissione dei mezzi di prova richiesti dalle parti e di quelli disponibili d'ufficio anche se l'esercizio dei poteri istruttori d'ufficio presuppone l'assunzione delle prove richieste dalle parti, dovendo porre rimedio alle lacune istruttorie residue alla assunzione delle prove richieste dalle parti), "nonché la succinta e-

sposizione delle ragioni di inammissibilità o irrilevanza delle istanze istruttorie” richieste dalle parti (così l’art. 12, 3° comma, lett. b):

- l’indicazione delle questioni di rito e di merito (relative alla individuazione della norma sotto cui sussumere il diritto fatto valere. o relative a eccezioni rilevabili d’ufficio non sollevate dalle parti nelle relative conclusioni ove i fatti che ne costituiscono il fondamento emergano dagli atti del processo) (così l’art. 12, 3° comma, lett. c):
- “l’invito alle parti, ove appaia opportuno, a comparire personalmente all’udienza per l’interrogatorio libero e il tentativo di conciliazione (che cessano così di essere obbligatori), 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” (così l’art. 12, 3° comma, lett. d):
- “l’invito alle parti a depositare, almeno cinque giorni prima dell’udienza, memorie conclusionali, anche indicando le questioni bisognevoli di trattazione” (così l’art. 12, 3° comma, lett. e):

Nullità della notificazione della citazione. integrazione del contraddittorio e “irregolarità” ex art. 182

Meritano attenzione alcune ipotesi particolari:

- a) in caso di dichiarazione della nullità della notificazione dell’atto di citazione, ove il convenuto non si sia costituito, con il decreto viene fissato all’attore un termine perentorio di sessanta giorni per la rinnovazione (art. 12, 7° comma) cui seguirà lo svolgimento della fase preparatoria;
- b) ove sussista la necessità di integrare il contraddittorio ai sensi dell’art. 102 c.p.c. (o l’opportunità di chiamare in causa un terzo ai sensi dell’art. 107 c.p.c.), con il decreto 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 (il litisconsorte pretermesso non usufruisce degli stessi termini minimi a difesa previsti per il convenuto dall’art. 2 lett. c) per costituirsi mediante memoria notificata alle altre parti, anche non costi-

tuite, e ulteriori trenta giorni alle parti originarie per l'eventuale replica" (sì l'art. 13, 8° comma). Con lo stesso decreto il giudice fissa l'udienza di discussione davanti al collegio entro i successivi trenta giorni (sul punto la formulazione dell'ultima parte dell'ottavo comma dell'art. 12 non è chiara);

- c) Il sesto comma dell'art. 12 dispone, infine, che "con il decreto, ove sussista l'esigenza di regolarizzazione ai sensi dell'art. 182 c.p.c., 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". La disposizione appare plausibile riguardo ai vizi di costituzione o di irregolarità di atti e documenti di cui al primo comma dell'art. 182, ma non appare altrettanto riguardo ai vizi di rappresentanza o di autorizzazione di cui al secondo comma dell'art. 182; in questa seconda ipotesi si sarebbe dovuta adottare una disciplina simile a quella prevista per la nullità della notificazione o per l'integrazione del contraddittorio.

Le attività da svolgersi all'udienza di discussione

Le attività da svolgersi all'udienza di discussione sono descritte dall'art. 16. Ai sensi del secondo comma, "quando nel decreto è contenuto l'invito alle parti a comparire di persona, il giudice le interroga liberamente ed esperisce, quando la causa lo consente (quando cioè sia relativa a diritti disponibili), 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 (in linea con i principi enunciati dal primo e dal secondo comma dell'art. 92 c.p.c.). Se il tentativo riesce, il verbale di conciliazione costituisce titolo esecutivo anche per la consegna di cose mobili o il rilascio di immobili (secondo una interpretazione già accolta dalla giurisprudenza), nonché per l'esecuzione di obblighi di fare o non fare" (innovando rispetto alla restrittiva formulazione dell'art. 612).

“se la lite non viene conciliata, i difensori delle parti illustrano le rispettive conclusioni. Il Presidente dirige la discussione e può consentire brevi repliche”.

Esaurita la discussione, direi nella stessa udienza (ma un rinvio dell'udienza con riserva di provvedere non è escluso dal d. leg.), il collegio conferma o revoca (o modifica), in tutto o in parte, con ordinanza il decreto redatto dal giudice relatore, ed in specie le decisioni sulla ammissione o no di mezzi di prova e l'indicazione delle questioni di rito o di merito rilevabili d'ufficio. Quindi, in una nuova udienza appositamente fissata, procede all'assunzione dei mezzi di prova ritenuti necessari, eventualmente delegandola al relatore. Chiusa l'istruzione il collegio o il giudice relatore delegato fissa una nuova udienza di discussione nei trenta giorni successivi (così l'art. 16, 4° comma).

Ove non sia necessaria l'assunzione di mezzi di prova, o a seguito della chiusura dell'istruzione nella nuova udienza di discussione appositamente fissata, il collegio (sempre dopo l'emanazione dell'ordinanza di conferma modifica o revoca del decreto) decide la causa in camera di consiglio con sentenza emessa a norma dell'art. 281-sexies, cioè con lettura immediata “del dispositivo e della concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione” (così l'art. 281-sexies). “in caso di particolare complessità della controversia – aggiunge l'art. 16, 5° comma – il tribunale dispone con ordinanza, di cui dà lettura in udienza, che la sentenza (quindi sia dispositivo che motivazione) sia depositata nei trenta giorni successivi alla chiusura della discussione orale” (all'esito della quale dovrebbe in ogni caso essere deliberata la decisione in camera di consiglio in applicazione dell'art. 276 c.p.c.). “La sentenza – precisa opportunamente l'ultima parte del quinto comma dell'art. 16 – 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”.

Stante quanto disposto dal penultimo comma dell'art. 1 (“per quanto non diversamente disciplinato dal presente decreto, si applicano le disposizioni del c.p.c.”) è da ritenere che nel corso della udienza di discussione (non direi nel decreto di fissazione dell'udienza) il collegio (e non il giudice relatore che è cosa completamente diversa dal

giudice istruttore) potrà, se richiesto, emanare ordinanza di pagamento delle somme non contestate ex art. 186-bis e ordinanza di ingiunzione ex art. 186-ter. Non sussiste, invece, spazio per l'applicazione dell'art. 186-quarter.

Il c.d. procedimento sommario di cognizione

L'art. 19 del d. leg. disciplina il procedimento sommario di cognizione.

“Fatta eccezione per le azioni di responsabilità da chiunque proposte – dispone il primo comma – le controversie di cui all'art. 1 che abbiano ad oggetto il pagamento di una somma di denaro, anche se non liquida (e quindi in difetto di uno dei requisiti speciali di ammissibilità richiesti dall'art. 633 c.p.c. per il procedimento per decreto ingiuntivo), ovvero la consegna di una cosa mobile determinata (non anche la consegna di una determinata quantità di cose fungibili), possono essere proposte, *in alternativa* alle forme di cui agli art. 2 e seguenti, con ricorso da depositarsi nella cancelleria del tribunale competente, in composizione monocratica”.

Oggetto del procedimento quindi non possono essere, oltre alle azioni di responsabilità da chiunque proposte, anche le azioni costitutive o di accertamento di annullamento o nullità delle delibere ex art. 2377 e 2379 c.c., o le azioni di nullità della società ex art. 2332 c.c. e altre similari: similmente mi sembra che il procedimento ex art. 1 non potrà avere ad oggetto le azioni di danni che presuppongono l'annullamento della delibera societaria come nelle ipotesi previste dall'art. 2377, 3° comma e, forse, dall'art. 2504 *quarter* in tema risarcimento dei danni conseguente ad invalidità dell'atto di fusione.

Depositato il ricorso, il giudice deve disporre la convocazione delle parti, assegnando al convenuto termine non solo per comparire ma anche per costituirsi in giudizio non oltre 10 giorni prima dell'udienza.

Alla udienza di comparizione si hanno due possibilità:

- a) Il giudice ritiene esistenti “i fatti costitutivi della domanda” (o perché non contestati o perché provati documentalmente) “e manifestamente infondata la contestazione” del convenuto”: in tal caso emana “ordinanza immediatamente esecutiva di condanna e dispone per le spese ai sensi degli art. 91 ss. c.p.c.”

L'ordinanza oltre a costituire titolo esecutivo è "titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale". Il regime dell'ordinanza è particolare. Se non è impugnata "non conseguono gli effetti di cui all'art. 2909 c.c."; non, in altri termini, acquista autorità di cosa giudicata e quindi non ha alcuna efficacia preclusiva nel successivo processo a cognizione piena instaurato (in sede di opposizione all'esecuzione ex art. 615 o per la ripetizione dell'indebitato di quanto spontaneamente pagato o consegnato). Se invece è impugnata "davanti alla corte d'appello nelle forme di cui all'art. 20", ove il processo d'appello non si estingua o sia dichiarato inammissibile o improcedibile, la sentenza del giudice d'appello ha attitudine al giudicato formale e sostanziale. Sul piano dommatico la ordinanza in esame (che è modellata sull'ordinanza di *référé provision* prevista dall'art. 808 del c.p.c. francese) rientra nella categoria della condanna con riserva di eccezioni, talchè l'espressione "contestazione del convenuto manifestamente infondata" va intesa nel senso di eccezioni non fondate su prova scritta o di lunga indagine, eccezioni che appaiono altresì infondate *prima facie*.

- b) se il giudice ritiene che non sussistano i presupposti per l'emanazione della ordinanza di condanna, cioè se l'oggetto del processo non rientra fra quelli previsti dal primo comma dell'art. 19, ovvero se i fatti costitutivi non siano pienamente provati, ovvero se le eccezioni del convenuto non siano *prima facie* infondate, "assegna all'attore i termini di cui all'art. 6" (per la memoria di replica dall'attore) e il processo prosegue nelle forme esaminate *retro* 3.

I provvedimenti cautelari e il giudizio abbreviato.

Gli art. 23 e 24 del d. leg. introducono rilevanti novità in materia di procedimenti cautelari.

- a) Innanzi tutto è previsto che i provvedimenti d'urgenza "e gli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della decisione di merito", cioè tutti i provvedimenti cautelari totalmente anticipatori se emanati anteriormente alla causa non perdono efficacia ove la causa di merito non venga iniziata o suc-

cessivamente al suo inizio, si estingua, e se emanati in corso della causa se il giudizio di merito si estingua (art. 23, 1° e 3° comma, e art. 24, 3° comma). In tal caso il provvedimento cautelare conserva solo efficacia provvisoria, la sua "autorità non è invocabile in un diverso processo" (art. 23, 6° comma), può essere sempre modificato e revocato dal giudice che l'ha emanato "se si verificano mutamenti nelle circostanze" (nonché, prosegue il terzo comma dell'art. 23, "sulla base di circostanze anteriori di cui è acquisita conoscenza successivamente al provvedimento cautelare"). Se il provvedimento è emanato prima dell'inizio della causa di merito "il giudice designato provvede, in ogni caso (cioè anche in caso di accoglimento) sulle spese a norma degli art. 91 ss. c.p.c."

Sul piano dommatico i provvedimenti cautelari anticipatori vedono radicalmente allentata la loro strumentalità e si prestano ad essere ricondotti nella categoria dei provvedimenti sommari semplificati esecutivi.

- b) Se il provvedimento cautelare è chiesto nel corso della causa di merito, l'art. 24 precisa che competente alla sua emanazione è sempre un giudice monocratico: questi sarà il giudice relatore se già designato ai sensi dell'art. 12, 2° comma, o un giudice appositamente designato dal Presidente negli altri casi (art. 24, 1° comma). Ancora, se la domanda cautelare è proposta prima del deposito del decreto di fissazione dell'udienza di cui all'art. 12, 3° comma, il giudice designato, "con lo stesso decreto che fissa l'udienza di comparizione delle parti davanti a sé, le invita a depositare i documenti che ritengono rilevanti anche in relazione" alla possibilità della decisione abbreviata della causa con sentenza e "può anche fissare termini per il deposito di documenti, memorie e repliche".
- c) All'art. 23, 5° comma, in via di vera e propria interpretazione autentica si dispone che il termine di dieci giorni per la proposizione del reclamo ex art. 669-terdecies c.p.c. decorra dalla comunicazione (e non dalla notificazione) del provvedimento: che nell'ambito del procedimento di reclamo possano liberamente farsi valere circostanze e motivi sopravvenuti; che il giudice del reclamo "può sempre assumere informazioni e acquisire nuovi

documenti”; che il giudice del reclamo non può rimettere la causa cautelare “al primo giudice”.

- d) Sulla falsariga di quanto previsto per il processo amministrativo dall’art. 21, 10° comma, l. 1034/1971 (nel testo novellato dalla l. 205/2000) – all’art. 24, 4° comma, si prevede che, in caso di richiesta di misura cautelare (anticipatoria o conservativa) nel corso della causa di merito, “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 (evidentemente con sentenza definitiva di rito), ne dà comunicazione alle parti presenti (e con ciò il principio del contraddittorio è pienamente rispettato) e le invita a precisare le rispettive conclusioni di rito e di merito; nella stessa udienza pronuncia sentenza, al termine della discussione”.

Giova sottolineare che l’effetto deflativo sul carico processuale, connesso alla autonomia del provvedimento cautelare rispetto al giudizio di merito, sarà prevedibilmente inferiore alle attese, giacché l’autonomia, rispetto al giudizio di merito, dei provvedimenti cautelari è attribuita solo a quelli anticipatori della decisione finale.

E’ intuitivo ritenere che, a parte il caso dei provvedimenti cautelari conservativi, anche nei casi incerti (se anticipatori o no) la prudenza curiale opererà per l’instaurazione del giudizio.

BIBLIOGRAFIA

(1) M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal ‘700 a oggi*, Bologna, 1980.

G. SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, in “Storia del diritto italiano” a cura di Del Giudice, vol. III, Milano, 1927.

(2) Sulle ragioni storiche che hanno condotto a un diritto di classe per i mercanti nella società comunale, a un successivo diritto statale mercantile nell’epoca della monarchia assoluta e al diritto commerciale delle società borghesi, v. F. GELGANO, *Storia del diritto commerciale*, Bologna, 1980.

(3) Per una prima lettura della riforma. B. SASSANI, *La riforma delle società*. Torino, 2003.

COLANTUONI e altri, *I procedimenti* in “La riforma del diritto societario” a cura di G. Lo Cascio, Milano, 2003.

G. ARIETA. F. DE SANTIS. *Diritto processuale societario*. Padova, 2004.

R. VACCARELLA, *La riforma del processo societario: risposta ad un editoriale*, in *Diritto e Giustizia*, 2003, p. 262.

A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo societario* in “Il Foro”. it., 2003, V, 1.

M.G. CIVININI, *La riforma del diritto societario. Il nuovo processo societario*. in “Rivista di diritto Civile”, 3, 528.

G. TARZIA. *Interrogativi sul nuovo processo societario*. in “Riv. Dir. Proc.”, 2003, 641.