

A_{I2}

70

Livia Di Cola

Il procedimento sommario nel nuovo rito societario

*La logica di un procedimento
inidoneo a concludersi
con il giudicato*



Copyright © MMV
ARACNE editrice S.r.l.

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

via Raffaele Garofalo, 133 A/B
00173 Roma
redazione: (06) 72672222 – telefax 72672233
amministrazione: (06) 93781065

ISBN 88-7999-972-9

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: febbraio 2005

Indice

Premessa	7
Capitolo I. La cognizione sommaria nell'attuale sistema processuale civile alla luce dei principi costituzionali	15
1. Il persistente primato del giudicato, indissolubilmente legato alla cognizione piena, quale aspirazione ultima di che contende su diritti soggettivi lesi o rimasti inattuali: i principi relativi al giusto processo civile naturalmente destinato a concludersi con il giudicato .	16
2. Il ruolo della cognizione sommaria non cautelare	23
Capitolo II. I caratteri del procedimento di cui all'art. 19 d.lgs. 5/2003	51
1. L'ambito di applicazione	52
2. L'introduzione del giudizio, la costituzione delle parti ed i suoi termini	54
3. Unicità del procedimento. Litispendenza, connessione, continenza e sospensione	58
4. I poteri del giudice nella fase speciale	61
5. l'istruttoria della fase sommaria e la cognizione del giudice	63
6. Ipotesi particolari di chiusura del procedimento	70
7. Il provvedimento di conversione del rito	72
8. Alcuni dubbi di costituzionalità sollevati sul procedimento	73
Capitolo III. Gli effetti del provvedimento	75

Capitolo IV. I rimedi avverso il provvedimento di accoglimento . .	83
1. L'appello, l'opposizione all'esecuzione, la sospensione dell'esecuzione o dell'efficacia esecutiva del provvedimento	83
2. Il giudizio di accertamento negativo del diritto di credito	90
 Capitolo V. Il confronto tra il procedimento di cui all'art. 19 ed il référé provision	 97
 Capitolo VI. Conclusioni	 105

Premessa

Il secondo comma dell'art. 12 della legge 3 ottobre 2001 n. 366, per il perseguimento delle finalità di rapida ed efficiente definizione dei procedimenti, enunciata nel primo comma, ha attribuito al Governo la delega a dettare regole processuali relative ad un giudizio sommario non cautelare, improntato a particolare celerità ma con il rispetto del principio del contraddittorio, che possa condurre all'emanazione di un provvedimento esecutivo anche se privo di efficacia di giudicato.

Il procedimento di cognizione sommaria nel rito societario è disciplinato dall'art. 19 del d.lgs. 5/2003, che ha dettato una disciplina del procedimento e del provvedimento conclusivo *sui generis* e ha destato non solo perplessità in dottrina, ma svariati problemi interpretativi.

Nella relazione al decreto legislativo n. 5/2003¹, con specifico riferimento al giudizio sommario a cui faceva riferimento il secondo comma dell'art. 12 sopra menzionato viene precisato come il giudizio sommario sia stato congegnato in una duplice maniera:

- a. come svolgimento del procedimento cautelare promosso in corso di causa;
- b. come *forma di semplificazione estrema*² delle controversie che abbiano ad oggetto esclusivamente il pagamento di una somma di denaro, anche se non liquida, a patto che non siano il frutto dell'accertamento della responsabilità di organi societari, ovvero la consegna di una cosa mobile determinata³.

¹ Vedi: *La relazione al decreto legislativo 5/2003*, in *Il nuovo diritto societario / 4: le norme procedurali*, Guida al diritto, Dossier mensile, Aprile 2003, p. 109 ss., ed in particolare si veda p. 111 ss.

² Sono proprio queste le parole usate dal legislatore.

³ In proposito si veda: ARIETA-DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, in particolare *Il giudizio sommario*, Padova, 2004, p. 353 ss.; CAPONI, *La tutela sommaria nel processo societario alla luce dei modelli europei*, in *Foro it.*, 2003, V, c. 141 ss.; CAPPONI, *Il procedi-*

Quest'ultimo procedimento, per ammissione dello stesso legislatore, troverebbe il suo modello di riferimento nel procedimento sommario appartenente al processo francese, disciplinato all'art. 808 del codice di procedura francese, che prende il nome di *référé*.

Coerentemente con il modello che ha ispirato il nuovo procedimento sommario, il legislatore ha previsto come mezzo di critica l'appello, o meglio che l'opposizione contro il provvedimento sommariamente adottato, seppur inidoneo al giudicato formale e, quindi, sostanziale, per espressa previsione di legge, abbia la forma dell'appello così come disciplinato nel nuovo rito societario all'art. 20.

E qui si viene ad una delle particolarità del nuovo procedimento: il provvedimento emesso al termine del procedimento di appello, in quanto emesso al termine di un processo "celebrato" con tutti i crismi della cognizione piena, risulta essere idoneo al giudicato, come si può desumere dall'ultimo comma del menzionato art. 19, che specifica come solo all'ordinanza non impugnata non possano fare seguito gli effetti di cui all'art. 2902 c.c., facendo desumere *a contrario*, con una certa sicurezza che tali effetti siano propri del provvedimento emesso al termine del giudizio d'appello, proprio per le caratteristiche dell'appello ordinario, che non hanno subito variazioni di rilievo nel rito societario⁴.

mento sommario di cognizione, in www.judicium.it; CARRATTA, *Rito speciale per le società, in arrivo l'inedito "processo senza giudice"*. La fase preliminare è affidata esclusivamente alle parti, in Dir. giust., F. 7, 2003, p. 18 ss.; ID., *Società (riforma delle) profili processuali*, Voce dell'Enciclopedia giuridica Treccani in corso di pubblicazione; CATALDI, *La riforma del diritto societario di cognizione: il procedimento sommario di cognizione*, in www.judicium.it; CAVALLINI, *Il procedimento sommario di cognizione nelle controversie societarie*, in www.judicium.it; CECHELLA, *Il référé italiano nella riforma delle società*, in Riv. dir. proc., 2003, p. 1130 ss.; MENCHINI, *Il giudizio sommario per le controversie societarie*, in www.judicium.it; PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo societario*, in Foro it., 2003, V, c. 1 ss.; RONCO, *Del procedimento sommario di cognizione*, in *Il nuovo processo societario*, a cura di CHIARLONI, Torino, 2004, p. 523 ss.; SALETTI, *Il procedimento sommario*, in www.judicium.it; SASSANI, *Sulla riforma del processo societario*, in *La riforma delle società, Il processo*, a cura di B. SASSANI, p. 1 ss.; TISCINI, *Del procedimento sommario di cognizione*, ivi, p. 183 ss.; SASSANI-TISCINI, *Il nuovo processo societario. Prima lettura del d. lgs. n. 5 del 2003*, in giust. civ., 2003, II, p. 49 ss..

⁴ L'art. 20 non sembra aver introdotto novità degne di nota. La *Relazione*, cit., p. 110 illustrativa del decreto legislativo ha precisato: «... poiché nessuna coerenza logica sta ad imporre il rimodellamento dell'impugnazione di merito sul tipo processuale disegnato per la decisione della controversia in primo grado, è apparso di dover mantenere la procedura d'appello improntata ai medesimi schemi attuali, dettando 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...».

Questo il primo dogma infranto: nel nostro sistema l'appello viene previsto come mezzo di gravame nei confronti di provvedimenti idonei al giudicato; il reclamo nei confronti di provvedimenti privi di tale stabilità, sempre revocabili o modificabili ovvero soggetti ad essere spazzati via perché o non funzionali alla tutela di diritti soggettivi inattuali, ma alla gestione di interessi, o funzionali ad assicurare esclusivamente l'efficiente attuazione del provvedimento che decide nel merito.

Questo è il primo scoglio che impone di fermarsi e di compiere una prima riflessione.

Si è detto che l'appello, proprio perché modellato sul rito disciplinato dal secondo libro del codice di rito, salva la possibilità di appelli speciali, avrebbe tutte le caratteristiche proprie del giudizio a cognizione piena, e proprio per questo motivo sarebbe in grado di supplire alla mancanza di adeguate garanzie in un primo grado, consentendo, comunque, il passaggio in giudicato⁵.

Tuttavia la limitazione nell'introduzione delle nuove domande, eccezioni e dei nuovi mezzi di prova, prevista dall'art. 345, ed applicabile anche nel

⁵ TARZIA e CERINO CANOVA, *Realtà e prospettive dell'appello civile*, Riv. dir. proc., p. 86 ss., pur negando la garanzia costituzionale dell'appello, dato l'espresso disposto dell'art. 111, hanno riconosciuto a quest'ultimo un importante ruolo ai fini della realizzazione del diritto di difesa di cui all'art. 24, tenendo conto della realtà dell'ordinamento processuale. Essendo il nostro un processo scritto, il giudice di secondo grado, provocato dalle parti che mediante l'impugnazione denunciano i presunti vizi della sentenza di primo grado, nel controllarne l'esistenza, sottoporrebbe ad nuovo esame tutto il materiale della causa, anche nel caso in cui non vi fosse la rinnovazione o l'integrazione dell'istruttoria già svoltasi in primo grado. Al contrario, l'oralità del primo grado comporterebbe una limitazione in ordine alla valutazione delle prove già assunte. Inoltre, TARZIA, op. cit., p. 91, ha evidenziato la particolare utilità del giudizio di appello in presenza di procedimenti in primo grado sommari, rispetto ai quali tale mezzo di impugnazione, come strutturato prima della riforma del '90, avrebbe svolto una funzione integrativa, più che di "giudizio di secondo grado". A favore dell'appello v. ALLORIO, *Sul doppio grado del processo civile*, in Studi in onore di Liebman, III, Milano, 1979, p. 1979 ss.; LIEBMAN, *Il giudizio d'appello e la Costituzione*, in Riv. dir. proc., 1980, p. 401 ss.

A seguito della riforma il procedimento d'appello non sembra essere in grado di svolgere la funzione un tempo paventata da Tarzia: si tratta, infatti, di un mezzo di impugnazione che, attraverso una limitazione nell'introduzione dei *nova*, consente oggi esclusivamente un riesame critico del provvedimento gravato piuttosto che un secondo giudizio sulla causa o sulla parte di essa che venga sottoposta ad impugnazione. Si veda in proposito: COLESANTI, *Impugnazioni in generale e appello nella riforma processuale*, in Foro it., 1992, c. 1049 ss.; PROTO PISANI, *Appunti sull'appello civile*, in Foro it., 1994, V, c. 193 ss.; FERRI, *Appello nel diritto processuale civile*, in Digesto disc. priv., VI ed., vol. XII, Torino, 1995; MONTE-SANO, *Diritto processuale civile*, II ed., 1997, Torino, II, p. 298 ss.

nuovo rito societario in virtù dell'art. 20, comma 2, d. lgs. 5/2003, non sembra che possa consentire un'adeguata trattazione dell'oggetto del giudizio sommariamente conosciuto in primo grado.

Questo problema viene ulteriormente evidenziato, e pone anche un problema di compatibilità con l'art. 3 della Cost., nonostante l'assenza della garanzia del doppio grado di giudizio, come più volte sottolineato dalla Corte costituzionale⁶, dalla possibilità, prevista terzo comma dell'art. 19 d.lgs. 5/2003, che il giudice, ritenendo l'oggetto della causa o le difese svolte dal convenuto richiedano una cognizione non sommaria, possa passare dal rito sommario a quello a cognizione piena, concedendo i termini di cui all'art. 6. Così, supponendo che a seguito di un errore di valutazione, denunciabile ovviamente attraverso l'appello, il giudice di prima istanza abbia ritenuto accoglibile la domanda di tutela sollecita piuttosto che l'oggetto del giudizio ovvero le difese del convenuto necessitanti della cognizione piena, ed il giudice d'appello in accoglimento del ricorso sia arrivato alla conclusione contraria, il convenuto potrebbe essere arbitrariamente privato di un grado di cognizione.

La preoccupazione da ultimo esposta potrebbe risultare del tutto destituita di fondamento nel momento in cui si passi a considerare che, essendo il provvedimento di accoglimento privo dell'efficacia del giudicato, la parte soccombente non avrebbe alcun onere di proporre, in lasso di tempo più o meno breve, il rimedio dell'appello per veder riformato un provvedimento ad esso non favorevole: non vi sarebbe nessuna regola, nessun principio generale che potrebbe impedire alla parte soccombente, come pure al titolare del diritto che si vedesse rigettata la domanda di tutela, di intraprendere un autonomo giudizio di cognizione di primo grado, tanto attraverso lo strumento dell'opposizione all'esecuzione che dando principio ad un autonomo giudizio di cognizione di primo grado, anche durante la pendenza del giudizio di cui all'art. 19.

Le riflessioni appena esposte rendono incomprensibile il motivo per cui il legislatore, nella relazione espositiva, abbia avuto il riguardo di spiegare il perché si sia disattesa l'indicazione parlamentare di prevedere un rimedio analogo all'opposizione a decreto ingiuntivo: in presenza delle controversie più semplici verrebbe aggravata, con la previsione di un grado in più di cognizione, la scansione normale del giudizio⁷.

Dalle parole del legislatore sembra doversi desumere che l'appello sia l'u-

⁶ Così: Corte Cost. 14 dicembre 1989 n. 543, in Foro it., 1990, I, c. 366 ss..

⁷ *Relazione*, cit., p. 112.

nico rimedio esperibile avverso il provvedimento di accoglimento del ricorso: così sembra doversi desumere perché supponendo il contrario non avrebbe nessun senso la limitazione dei rimedi contro il provvedimento detto al solo appello, con l'eliminazione di un grado di cognizione, quando la parte soccombente avrebbe in ogni momento la possibilità di proporre un ordinario giudizio di cognizione, non solo al termine del procedimento sommario, ma in qualsiasi momento del suo *iter*.

Dovendo accettare la limitazione dei mezzi di impugnazione, secondo l'interpretazione che sembra doversi dare alle parole del legislatore, anche se non è ben chiaro sulla base di quale principio, non potendo essa fondarsi sui principi che normalmente accompagnano il passaggio in giudicato di un provvedimento, di cui si cercherà di dare conto nel prosieguo della trattazione, si verrebbe a porre il problema della disparità di trattamento tra il resistente che vedesse accolta l'avversa domanda, che avrebbe a disposizione esclusivamente il rimedio dell'appello, perdendo un grado di cognizione, ed il ricorrente che vedesse respinta la sua domanda, che avrebbe la possibilità di riproporre, sembrerebbe indiscriminatamente, la domanda in sede di sommaria cognizione ovvero di battere la via della cognizione sommaria iniziando dal primo grado di cognizione.

Altri punti che ci si propone di affrontare è quello dei caratteri della cognizione nel procedimento sommario: sganciata la domanda introduttiva da ogni presupposto di urgenza o, per meglio dire, da ogni legame temporale e logico con il giudizio ordinario, *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, ci si può chiedere quale siano le basi per emanare un provvedimento inidoneo ad affermare definitivamente l'esistenza o l'inesistenza del diritto fatto valere, il cui unico scopo sembrerebbe essere quello di consentire di porre in essere l'esecuzione forzata a soddisfazione di un diritto, in tempi molto più rapidi di quelli richiesti dalla cognizione sommaria, consentendo così di scongiurare "il cd. abuso del processo ordinario" da parte del resistente, quando sia evidente la ragione di chi è costretto in via sussidiaria a chiedere la tutela del proprio diritto.

Una riflessione che viene immediatamente da fare, ma che merita un approfondimento nel prosieguo della trattazione, è l'apparente "spreco" di attività giurisdizionale che sembra esserci intraprendendo la strada del procedimento di cui all'art. 19: attuato il meccanismo proprio dei procedimenti decisori sommari, più vicino a quello proprio del procedimento per convalida di licenza o sfratto che a quello per decreto ingiuntivo perché il provvedimento non può essere emesso senza che preventivamente venga instaurato il contraddittorio con la controparte, non si vede per quale motivo il provvedimento non dovrebbe passare in giudicato, come espressamente

escluso dall'ultimo comma dell'art. 19. Instaurato il contraddittorio ove risulti "evidente" la ragione del ricorrente o, perché il convenuto non si è costituito ed allora la sua contumacia viene ad assumere il significato di *ficta confessio*⁸, non diversamente da quanto avviene nel giudizio formale, o perché le sue contestazioni non appaiono fondate a prima vista e, contemporaneamente ed inscindibilmente, i fatti costitutivi del diritto appaiono fondati senza che siano necessarie lunghe e complesse indagini affinché il giudice arrivi ad una conclusione in tal senso — altrimenti, per non frustrare lo spirito del procedimento, al giudice non rimarrebbe altra alternativa che quella di cui al terzo comma, art. 19 — e, quindi, il giudice accolga il ricorso dell'avente diritto, non si vede per quale motivo il provvedimento non dovrebbe passare in giudicato, una volta che il resistente soccombente abbia scelto di non instaurare il giudizio di opposizione, sia pure sotto forma d'appello, rinunciando scientemente a tutta la cognizione sommaria, analogamente a quanto avviene nei procedimenti che comunemente sono ritenuti decisori sommari.

Se fosse stato ipotizzabile il passaggio in giudicato del provvedimento emesso dal giudice *ex art. 19, comma 2*, allora a quel punto ci si sarebbe potuti interrogare sull'adeguatezza o meno dell'appello a fungere da "rimedio" avverso la sommarietà del giudizio di primo grado a seguito della reazione del resistente soccombente; si sarebbe potuta ipotizzare l'integrazione dell'atto introduttivo con un avvertimento al legittimato passivo sulle conseguenze della sua contumacia nonché della sua mancata reazione attraverso l'appello al provvedimento, sommariamente adottato, che accolga il ricorso dell'avente diritto.

Tutto ciò non è ipotizzabile per l'espresso disposto dell'art. 19, ultimo comma.

⁸ Non sembra potersi negare l'applicazione della disciplina speciale dettata dall'art. 13, inserito nell'ambito del procedimento *cd. formale*, per usare la terminologia di TISCINI, *op. cit.*, p. 188, in particolare nota 15, finalizzata alla distinzione del giudizio speciale societario a cognizione piena dal processo ordinario disciplinato dal secondo libro del codice di procedura civile.

Non sembra che possa essere posta in dubbio l'applicazione della disciplina speciale dettata per il procedimento societario a cognizione piena, piuttosto che di quella dettata per il procedimento ordinario dal c.p.c., nel momento in cui si debba procedere all'integrazione di quella propria del rito sommario: trattasi di una normativa speciale che prevale su quella generale.

Per un approfondimento sul significato della contumacia nel nuovo diritto societario si veda: SASSANI, *Contumacia dell'attore e del convenuto; rilevanza dell'inammissibilità di allegazioni, istanze, istruttorie e produzioni documentali*, in *La riforma delle società*, *cit.*, p. 140 ss..

Né sembra che si possa prendere seriamente in considerazione la possibilità che il legislatore abbia voluto consacrare, con il riferimento all'art. 2909, la teoria della preclusione *pro iudicato*⁹, nonostante questa ipotesi sia stata avanzata in dottrina¹⁰.

Nei successivi paragrafi si spiegherà più ampiamente perché si ritiene che tale ipotesi non sia accoglibile in relazione alla stabilità attribuibile ai provvedimenti adottati al termine di un procedimento decisorio sommario e, quindi, anche in relazione al provvedimento di cui all'art. 19, comma 3.

L'unica ipotesi che, a prima vista, sembra essere praticabile è quella che vuole tale provvedimento appartenente alla categoria degli accertamenti con prevalente funzione esecutiva, volti a fornire il titolare del diritto in tempi brevi di uno strumento idoneo a dar inizio all'esecuzione forzata analogamente a quanto avviene per i titoli di formazione stragiudiziale¹¹.

Questa rapida rassegna dei problemi che pone il nuovo procedimento sommario inserito nella disciplina speciale societaria consente di fissare i punti che si vogliono approfondire:

- il ruolo della cognizione sommaria nell'attuale sistema processual — civilistico, ed, in particolare, la collocazione del nuovo procedimento sommario nell'ambito di questa categoria, ove si ritenga possibile un inquadramento secondo le tradizionali classificazioni dogmatiche;
- i caratteri della cognizione sommaria nel procedimento in esame;

⁹ Così: ARIETA–DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, cit., p. 376 ss.; CAPPONI, *Il procedimento sommario di cognizione*, cit., p. 16 ss.; CAVALLINI, *Il procedimento sommario di cognizione nelle controversie societarie*, cit., p. 14; RONCO, *Del procedimento sommario di cognizione*, cit., p. 557 ss..

¹⁰ REDENTI, *Diritto processuale civile*, Milano, 1957, III, p. 46 ss.; GIUDICEANDREA, *Il procedimento per convalida di sfratto*, Torino, 1956, p. 236 ss.; ID., *Convalida di sfratto (procedimento per)*, in *Nov. ssimo Dig.*, Torino, 1959, p. 796; MONTESANO, *Luci ed ombre in leggi e proposte di «tutele differenziate» nei processi civili*, Relazione al XIII Convegno Nazionale dell'Associazione tra studiosi del processo civile, in *Riv. dir. proc.*, 1979, p. 592 ss, in particolare p. 597 ss.; ID., «*Dovuto processo*» su *diritti incisi da giudizi camerali e sommari*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, p. 934; ID., *La tuela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1995, p. 220 ss..

L'essenza di questa teoria risiederebbe nell'impossibilità di desumere dal decreto ingiuntivo non opposto piuttosto che dall'ordinanza di convalida effetti o conseguenze che vadano oltre i limiti della protezione di quanto conseguito o conseguibile in via di esecuzione, per modo che sarebbe escluso il formarsi del giudicato implicito ovvero gli accertamenti incidentali.

¹¹ Si veda in particolare: CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1928, § 8 bis, p. 196 ss., *Gli accertamenti con prevalente funzione esecutiva*; PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2002, p. 548, 597, 670, 675, 679 ss., 694 ss.; ID., *La nuova disciplina del processo societario (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2003, V, c. 1 ss., in particolare c. 14.

- gli effetti del provvedimento conclusivo;
- i rimedi esperibili contro di esso, ove il giudice accolga il ricorso ovvero ove lo respinga;
- i caratteri dello specifico mezzo di opposizione o critica avverso il provvedimento di accoglimento, avente la forma dell'appello;
- infine un confronto con l'esperienza straniera del *référé*, anche ai fini dell'esatta collocazione dell'esperienza italiana.