

UNIVERSITÀ TELEMATICA GUGLIELMO MARCONI

Facoltà di Giurisprudenza

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza



Tesi di Laurea

IL NUOVO PROCESSO SOCIETARIO

Relatore:
Chiar.mo Prof.
Daniele Castaldi

Laureanda:
Maria Felicetta Esposito

ANNO ACCADEMICO 2007/2008

CAPITOLO PRIMO

Il rito societario a tre anni dalla riforma. Dottrina e giurisprudenza a confronto

- 1.1. Connessione tra cause e prevalenza del rito societario
- 1.2. Nullità della citazione e nullità della notificazione della citazione
- 1.3. Il regime delle preclusioni e la loro rilevabilità
- 1.4. La contumacia del convenuto e la "ficta confessio"
- 1.5. Le sentenze non definitive

CAPITOLO SECONDO

Le preclusioni nel processo societario a cognizione piena

- 2.1 Premessa: lo "spirito" del processo societario di cognizione
- 2.2 Le norme generali sulle preclusioni nella cognizione piena societaria
- 2.3 La proposizione della domanda. I requisiti dell'atto di citazione. Disciplina della nullità dello stesso
- 2.4 Le istanze istruttorie dell'attore
- 2.5 La domanda riconvenzionale dell'attore
- 2.6 Le eccezioni dell'attore del convenuto
- 2.7 L'onere di contestazione dell'attore
- 2.8 La chiamata del terzo da parte dell'attore
- 2.9 La costituzione dell'attore
- 2.10 L'istanza dell'attore di fissazione dell'udienza
- 2.11 La domanda riconvenzionale del convenuto
- 2.12 L'attività istruttoria del convenuto
- 2.13 L'onere di contestazione del convenuto
- 2.14 La chiamata del terzo da parte del convenuto
- 2.15 La costituzione del convenuto. La contumacia
- 2.16 L'istanza del convenuto di fissazione dell'udienza
- 2.17 Gli interventori coatti e volontari
- 2.18 L'istanza congiunta di fissazione dell'udienza
- 2.19 Le conclusioni delle parti
- 2.20 Le attività delle parti ancora possibili dopo la notificazione dell'istanza di fissazione di udienza
- 2.21 Preclusioni e mutamento del rito

CAPITOLO TERZO

Aspetti problematici del processo sommario societario

- 3.1 Introduzione
- 3.2 Condizioni d'utilizzabilità
- 3.3 Limiti dell'attività istruttoria
- 3.4 L'efficacia dell'ordinanza di condanna
- 3.5 La concorrenza del processo monitorio
- 3.6 Considerazioni conclusive

CAPITOLO QUARTO

Il rito societario a cognizione piena: un modello processuale da sopprimere, quanto prima tanto meglio

- 4.1 Furore analitico e diffidenza verso i giudici
- 4.2 Ex facto oritur jus: le novità di struttura come reazione al cattivo funzionamento delle udienze
- 4.3 Non una rivoluzione ma un inconsapevole ritorno all'antico
- 4.4 Elenco(incompleto) dei gravi problemi interpretativi originati da una redazione tecnicamente infelice
- 4.5 L'inopportunità del ritorno all'ideologia del "processo come gioco"
- 4.6 Il nuovo art. 70 ter disp. att. c.p.c.: un ulteriore deplorabile(tentativo di) frammentazione delle discipline processuali
- 4.7 Il progetto di riforma della commissione Vaccarella: c'è chi preferisce il processo attuale
- 4.8 Riflessioni minime sul nuovo processo societario
- 4.9 Profili sistematici e problemi pratici del nuovo rito speciale societario.

La riforma del rito societario operata dal d. lgs. n. 5/2003 consiste in un complesso di procedure di settore innovativo sotto molti aspetti. Innanzitutto per l'autonomia processuale della materia: la tutela dei rapporti societari, come già quella dei rapporti di lavoro, conquista una disciplina processuale ad hoc con modifiche di grande rilievo coinvolgenti i modi della cognizione e l'arbitrato. Poi perché le nuove procedure impongono nuovi ruoli ai soggetti chiamati ad usarne.

E' stato opportuno scrivere un "codice" del processo societario? E, ancor prima, era consentito farlo? Si dubita della legittimità stessa dell'operazione perché - a dire di alcuni - il testo dell'art. 12 della legge delega, limitandosi a rimettere al legislatore delegato, il compito di realizzare "la concentrazione del procedimento e la riduzione dei termini processuali", non legittimerebbe la riscrittura radicale sortita dal decreto legislativo: il legislatore delegato avrebbe dovuto limitarsi a comprimere termini e a tagliare fasi nel quadro ricevuto. Questa linea minimalista, però, è stata rigettata dal mitico personaggio che ha evidentemente ritenuto non solo irrealizzabile il perseguimento della concentrazione attraverso (più o meno casuali) "sforbiciate", ma anche irrealizzabile l'idea che una concentrazione non meramente cartacea del procedimento possa fare a meno di una ristrutturazione vera e propria del rito. Per riuscire a "concentrare il procedimento" senza toccare il rito ordinario attualmente praticato, si sarebbe dovuto o riversare tutta la materia societaria in un unico rito sommario creato ad hoc, ovvero scegliere di limitarsi semplicemente a tagliare i termini processuali del procedimento ordinario in vigore. E mentre la prima strada si sarebbe scontrata con la incongruenza di dover imporre la sommarizzazione di tutte le possibili controversie, la seconda sarebbe stata, all'evidenza, tanto semplice quanto inefficace (difficile restar seri di fronte all'idea di ridurre a 30 giorni l'attuale termine minimo di 60 giorni per l'udienza fissata in citazione, o di ridurre da 15 a 7 i giorni già prescritti per la fissazione delle udienze successive alla prima).

Si è allora scelto (crediamo) di soddisfare i voti del legislatore delegante attraverso una doppia via: da un lato si è puntato a ricavare, dal tronco del processo ordinario, un rito generale societario inteso (non ad accelerare comunque e programmaticamente "i tempi", ma) a permettere, alla parte - attore o convenuto - che persegue una tempestiva decisione, di ottenerla tempestivamente; dall'altra si è moltiplicata l'offerta degli strumenti e degli esiti di tutela, cioè la possibilità che il soggetto costretto ad agire sia reso arbitro di valutare il grado di tutela che intende perseguire e sia messo in condizione di scegliere plausibili alternative procedurali a secondo dell'obiettivo perseguito e della facoltà (abbastanza nuova, lo si consenta) di accontentarsi di risultati meno perfetti di quelli oggi preconfezionati dal sistema. Di valutare, cioè, il prezzo da pagare. Aspetto, questo,

che presuppone che alla irreggimentazione della offerta di tutela in schemi aprioristici (e forzatamente comprensivi di tutte le potenzialità del concetto di tutela giurisdizionale) si sostituiscano più modalità di tutela, ciascuna valutabile nei suoi pro e nei suoi contro.

A prescindere dai problemi di legittimità costituzionale, il giudizio sulla nuova disciplina del contenzioso societario non può essere un giudizio complessivo. Deve essere un giudizio articolato, in corrispondenza con la complessa articolazione dei suoi istituti.

Con riferimento ai settori più importanti e interessanti della nuova normativa evidenziati in apertura, ritengo che siano da valutare positivamente sia le ipotesi di semplificazione e sommarizzazione del rito, sia quelle relative ai mezzi di risoluzione alternativa delle controversie. Peraltro con qualche perplessità derivante da una spesso insoddisfacente fattura tecnica delle norme, come viene messo in rilievo nei singoli commenti, ai quali rinvio, volendomi qui limitare a qualche considerazione di ordine generale.

Il procedimento sommario disciplinato dall'art. 19, definito come una sorta di *référé* all'italiana, è previsto per la tutela di crediti per il pagamento di somme di denaro e per la consegna di una determinata quantità di cose fungibili, che tipicamente sono protetti in via generale mettendo a disposizione del creditore un procedimento strutturalmente assai diverso come il procedimento per decreto ingiuntivo, suscettibile di ottenere, a seconda dei punti di vista, l'efficacia di cosa giudicata o di preclusione *pro judicato*, qualora il debitore ingiunto non proponga opposizione. In materia societaria i crediti per i quali si può agire coprono uno spettro più ampio, in quanto le somme dovute possono essere non liquide e (di conseguenza) il convincimento del giudice può essere bisognoso di formarsi nel contraddittorio delle parti, in mancanza di una prova scritta. Questa differenza ha probabilmente indotto il legislatore a collocare la relativa ordinanza di condanna in una specie di limbo, conferendole sì l'esecutività, ma non la possibilità di ottenere l'efficacia del giudicato.

Se tuttavia si considera che il decreto ingiuntivo può venir concesso sulla base di documenti privi di efficacia probatoria, in quanto formati dal creditore, come la parcella vistata di prestazioni professionali o l'estratto autentico delle scritture contabili fatto valere contro chi non è imprenditore e se in più si considera che in molti ordinamenti esiste il procedimento monitorio puro, dove il provvedimento di condanna suscettibile di giudicato viene emanato dal giudice in base alla semplice allegazione del creditore, la scelta del medesimo modello per il procedimento sommario in materia societaria sarebbe stata preferibile. In fin dei conti, la "delibazione" relativa alla fondatezza della domanda dà maggior affidamento che non la produzione di documenti privi di qualsiasi efficacia probatoria secondo i principi

generali, a tacere poi della semplice asserzione del creditore tipica del procedimento monitorio puro. Si sarebbe così raggiunto il risultato non solo di una maggior certezza di rapporti, ma anche di evitare i gravi dubbi ricostruttivi, analizzati nel relativo commento, cui dà luogo l'appellabilità dell'ordinanza prevista dal quarto comma dell'art. 19.

Last, but not least, il procedimento abbreviato.

Grazie a questo procedimento la nuova disciplina del contenzioso commerciale offre in sostanza all'attore, credo per una percentuale rilevante e probabilmente maggioritaria di casi, la scelta tra due modelli perfettamente opposti. Da un lato il processo ordinario di cognizione, analiticamente disciplinato soprattutto per quanto riguarda la fase preparatoria dagli articoli 2-22 e, dall'altro, il procedimento abbreviato, che trova una sua sinteticissima disciplina nell'art. 24.

Come è noto il procedimento abbreviato può trovare ingresso, già immediatamente dopo la notifica della citazione, a seguito di una valutazione discrezionale del giudice al quale l'attore abbia chiesto un qualsiasi provvedimento cautelare e dunque anche un provvedimento d'urgenza in corso di causa.

In proposito occorre aver presenti due cose: a) che le cause tipiche del contenzioso commerciale, in virtù della rapidità e della scorrevolezza del traffico giuridico, che rappresentano esigenze imprescindibili del mondo degli affari, sono sovente connotate dai presupposti idonei a consentire l'attivazione di un procedimento d'urgenza; b) che esse sono tendenzialmente capaci anche di soddisfare i requisiti per l'attivazione del procedimento abbreviato (il comma 4° dell'art. 24 stabilisce che la causa deve essere "matura per la decisione di merito senza bisogno di ulteriore assunzione di mezzi di prova"), poiché altrettanto spesso non abbisognano di un'istruzione imperniata su prove costituende, trattandosi di cause le cui questioni di fatto eventualmente controverse sono provabili per documenti e dove per lo più l'aspetto preminente del litigio è costituito dalla risoluzione di questioni di diritto. Senza contare l'utilizzabilità, ai fini della formazione del convincimento del giudice per la decisione finale, dei risultati dell'istruttoria informale, compiuta in sede di concessione del provvedimento d'urgenza nel rispetto del principio del contraddittorio, secondo quanto prescrive l'art. 669 sexies c.p.c. Una utilizzabilità che viene indirettamente suggerita dallo stesso testo del 4° comma dell'art. 24, perché là dove parla di maturità per la decisione senza bisogno di "ulteriore assunzione di mezzi di prova" indirizza l'interprete a pensare che siano utilizzabili ai fini della formazione del convincimento del giudice per la decisione finale i "mezzi di prova" che siano stati assunti nell'ambito del procedimento d'urgenza, magari, per fugare ogni formalistico dubbio, rispettando le regole ordinarie di assunzione, ad esempio quando i testimoni siano stati indicati dalle parti e abbiano giurato.

Se quest'analisi è corretta c'è da aspettarsi un'utilizzazione molto frequente del procedimento abbreviato, capace com'è di costituire, ripeto in una percentuale assai rilevante e forse maggioritaria di casi, una vera e propria alternativa al procedimento ordinario, tutte le volte che l'attore decida di accedervi tramite la richiesta di un provvedimento d'urgenza e stimolando poi con una formale richiesta il potere-dovere del giudice di seguire questa procedura semplificata. C'è da pensare che la scelta possa essere frequente, anche considerando la particolare appetibilità del procedimento d'urgenza a seguito della quanto mai opportuna innovazione sopra delineata, che istituisce una sostanziale inversione del soggetto interessato a chiedere il procedimento di merito –senza previsioni di termini– dall'attore che ottenuto il provvedimento al convenuto che lo subisce, grazie alla non necessità, per il primo, di coltivare il procedimento suddetto per evitare la perdita di efficacia del provvedimento d'urgenza che, anticipando gli effetti della decisione di merito, ha soddisfatto il suo bisogno di tutela giurisdizionale, sia pure senza possibilità di ottenere la protezione del giudicato.

Poche parole per i procedimenti alternativi di risoluzione delle controversie. Qui il legislatore del contenzioso societario si inserisce molto bene in un movimento, che potremmo definire globale, che vede tutti gli ordinamenti, a cominciare da quello degli Stati Uniti, precursore in questo settore, stimolare le parti verso istituti di c.d. giustizia coesistenziale come la conciliazione stragiudiziale, che sono particolarmente adatti, nelle controversie che interessano il mondo delle imprese, a raggiungere il risultato di non veder pregiudicate sostanziose relazioni di affari a causa di un singolo litigio, oppure verso l'arbitrato, che garantisce, certo a costi piuttosto elevati, un valore in quel mondo fondamentale, come la velocità del provvedere. Aggiungo due osservazioni di dettaglio.

Per quanto riguarda l'arbitrato, qualcuno ha lamentato che la nuova disciplina sia limitata alle società di piccole dimensioni, con esclusione di quelle quotate e che comunque fanno ricorso al capitale di rischio. Viene sostenuto che essa sarebbe costituzionalmente illegittima per ingiustificata disparità di trattamento, oltre che per violazione della delega. Non sono d'accordo. Si tratta di una disciplina che ha come caratteristiche fondamentali la vincolatività della clausola compromissoria nei confronti di tutti i soci, compresi quelli che non hanno partecipato alla stipulazione (salva la facoltà di recesso) e l'estensione dell'efficacia del lodo alla società ed a tutti i soci (oltre che un meccanismo di nomina degli arbitri che garantisce meglio la loro imparzialità e risolve i problemi dell'arbitrato con pluralità di parti, ed oltre alla novità rappresentata dalla regolamentazione dell'intervento di terzi).

Orbene, la differenza di trattamento pare a me assai ragionevole:

nelle società di piccole dimensioni è presumibile che il socio che intende acquistare una partecipazione si informi della disciplina complessiva che si è data il gruppo nel quale si appresta ad entrare; le cose stanno invece, come è ben noto, molto diversamente dal punto di vista del risparmiatore attivo sui mercati regolamentati oppure sollecitato ad entrare in un gruppo di grandi dimensioni. Qui una scelta di investimento in ogni momento revocabile appare essere la molla principale di comportamenti che nel caso dei mercati regolamentati si perfezionano per il tramite del passaggio di ordini ad un intermediario. Ne nasce una situazione molto simile a quella del consumatore, con analoghe esigenze di protezione giuridica. Così come, per quel che riguarda il consumatore, è opportuno che la clausola arbitrale prevista dal professionista nel contratto per adesione sia considerata vessatoria ai sensi dell'art. 1469 bis, n. 18 c.c., opportuno appare che l'introduzione della clausola arbitrale negli atti costitutivi o negli statuti delle società quotate in borsa o comunque di grandi dimensioni sia direttamente inibita dal legislatore nel primo comma dell'art. 34 del decreto legislativo in esame, con un divieto che a mio giudizio è estendibile per analogia all'arbitrato di diritto comune –a meno che non venga prevista la facoltatività di avvalersi della clausola arbitrale- in quanto non pare concepibile che un insieme di soci che spesso costituisce la maggioranza silenziosa e disgregata di un capitale sociale sia vincolata da una scelta di deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria compiuta dal gruppo di controllo.

Per quanto riguarda la conciliazione, va vista con favore la scelta legislativa di non perseverare nell'introdurre ipotesi di tentativi obbligatori, come sembrava essersi orientato il legislatore a far tempo dalla recente riforma del tentativo di conciliazione nel processo del lavoro. Rendere obbligatorio il tentativo significa ottenere meno conciliazioni di quelle che si ottengono quando il tentativo è facoltativo. La ragione è semplice. Il regime obbligatorio comporta un gran numero di istanze di conciliazione, senza possibilità di distinguere tra istanze introdotte per l'esistenza, almeno in una parte, di una reale volontà conciliativa e istanze introdotte esclusivamente per ottemperare al comando legislativo. L'inevitabile conseguenza sarà un atteggiamento di resa burocratica del personale degli uffici conciliativi, come si è visto per gli uffici provinciali del lavoro dopo la riforma dell'art. 412 c.p.c., relativamente ai quali le ricerche empiriche confermano questa realtà. Dati disastrosi risultano da un'indagine condotta presso l'ufficio provinciale di Torino. Nel secondo semestre 1997, in regime di tentativo facoltativo le domande pervenute furono 1215 e le conciliazioni effettuate 614; nel secondo semestre del 1998, in regime di tentativo obbligatorio, di fronte a 7809 domande pervenute le conciliazioni effettuate furono solo 550, addirittura con

un calo in cifre assolute, per non parlare della percentuale.

Vengo ora al *punctum dolens* della riforma e cioè alla fase introduttiva del processo ordinario di cognizione in materia societaria. Un punto dolente non tanto con riguardo all'oggetto cui si applica, quanto per le prospettive che apre con riguardo al processo ordinario di cognizione in generale, di cui, come abbiamo già rilevato, la disciplina sotto esame vuole rappresentare un'anticipazione.

Lo schema di questa fase può essere così sintetizzato: l'attore notifica la citazione senza indicazione di udienza e si costituisce entro dieci giorni presso la cancelleria del giudice adito. Nella citazione assegna al convenuto un termine non inferiore a sessanta giorni per la notifica della comparsa di risposta. Dopodiché il legislatore prevede che possa seguire uno scambio di repliche e controrepliche con fissazione di termini per le notifiche, sempre indicati nel minimo. Solo i tempi delle repliche dopo che sono stati scambiati tre atti ciascuno sono contingentati in ottanta giorni dalla notifica della terza controreplica dell'attore (art. 7, comma 3°).

Dopodiché verrà notificata ad opera della parte interessata l'istanza di fissazione dell'udienza.

Una caratteristica fondamentale della disciplina, consiste poi nel potere di ciascuna parte di far cessare gli scambi delle scritture preparatorie chiedendo in qualsiasi momento la fissazione dell'udienza, facendo così scattare le preclusioni dal momento della relativa notifica e quindi anche in un momento anticipato rispetto a quelli previsti dal quinto comma dell'art. 13 (la seconda memoria difensiva per il convenuto e la memoria successiva alla proposizione della domanda riconvenzionale (sic) per l'attore).

La disciplina sommariamente descritta fa sorgere un'enorme quantità di problemi interpretativi a causa di una redazione molto difettosa. Confido che gran parte di essi siano trattati nel commento. Mi limito, in questa sede, a qualche osservazione di carattere generale.

Si tratta di novità che portano il segno di una totale sfiducia nella capacità del giudice di essere di qualche utilità nella fase, molto delicata e sovente complessa, che porta alla definitiva fissazione dell'oggetto del processo. Di qui la sua esclusione da questa fase, lasciata al monopolio delle parti, chiamate alla reciproca dialettica attraverso lo scambio di scritture.

Sono personalmente più che convinto che, di fronte a questa proposta occorre assumere un atteggiamento laico. Pertanto, non ricorrerò a invocazioni di lesa maestà dei maestri, anzi dei numi tutelari della cultura italiana del processo civile, Chiovenda e Mortara, che, per questa volta all'unisono, si sono battuti con vigore contro l'analoga disciplina della fase introduttiva contenuta nel codice del 1865 per il procedimento formale, che nelle intenzioni del legislatore avrebbe dovuto costituire la forma ordinaria del procedimento di cognizione.

Mi interessa soltanto rispondere a questa banale domanda: si tratta oppure no di una proposta idonea a migliorare il servizio che lo Stato rende ai cittadini, sia dal punto di vista della durata dei processi sia dal punto di vista della giustizia delle decisioni?

La mia risposta è negativa, soprattutto pensando ad un'estensione del meccanismo all'intero universo del processo di cognizione, e si snoda nei rilievi che seguono.

Vediamo, prima di tutto, quale previsione si può fare, di fronte alla disciplina sommariamente descritta, in ordine al problema delle durate processuali.

Gli apologeti contano molto, per fondare il giudizio positivo, sia sull'affrancamento del giudice dall'attività di udienza nella fase introduttiva, sia sull'interesse di una parte almeno, generalmente l'attore, di ottenere velocemente una decisione con la richiesta di fissazione dell'udienza, troncando gli scambi, non appena ne sia venuta meno la necessità ai fini della definizione dell'oggetto del giudizio.

Con riferimento al primo profilo va riconosciuto che un giudice civile chiamato a studiare la causa solo al momento della preparazione del decreto di fissazione dell'udienza di discussione risparmierà utilmente tempo di lavoro, se consideriamo la situazione attuale dell'amministrazione della giustizia in cui, con l'esclusione di pochi circoli di qualità, quasi ovunque le udienze della fase preparatoria destinate alla comparizione delle parti e alla trattazione della causa per la graduale determinazione dell'oggetto del processo attraverso l'articolazione del contraddittorio si sono trasformate in un rituale indecoroso in cui decine di avvocati si affollano e affannano nella stanza d'udienza per ottenere una riserva di provvedere e molto spesso un successivo rinvio da un giudice che nella stragrande maggioranza dei casi nulla sa della causa affidatagli e si limita a far rotolare i fascicoli da un'udienza all'altra.

Senonché, va anche riconosciuto che la proposta di abbandonare, perché non riesce ad inverarsi nella prassi, il modello assestato in tutti i paesi di diritto continentale e in via di imitazione nei paesi di common law, che vede utilmente collaborare giudice e parti nella fase introduttiva del giudizio è frutto di un atteggiamento di resa di fronte ai fatti di casa nostra difficile da condividere, specie in un momento in cui alcune riforme organizzative e in particolare l'introduzione del giudice unico sono alla base di un'evidente tendenza al miglioramento, dimostrata dalla diminuzione dell'arretrato e conseguentemente delle durate medie dei procedimenti. Senza contare che il tempo risparmiato cancellando dall'iter processuale alcune udienze rischia poi di venir perduto sia a causa della sostanziale duplicazione dell'attività decisoria consistente nella emanazione del decreto di fissazione dell'udienza e poi della sentenza, sia a causa della non remota

eventualità che il tempo impiegato dalle parti nello scambiarsi scritte sul merito risulti sprecato perché la controversia viene chiusa con una definizione d'ufficio in rito.

Malgrado una certa ambiguità al riguardo riscontrabile nella relazione al progetto Vaccarella –che è nello stesso tempo, per così dire il padre illegittimo della riforma del contenzioso commerciale e quello legittimo del disegno di legge delega per la riforma del processo civile- il riformatore non si limita certamente a perseguire lo scopo di risparmiare al giudice attività che nell'esperienza si sono dimostrate poco produttive. Altrimenti avrebbe pensato ad una disciplina completamente diversa e più accettabile.

Avrebbe cioè pensato ad una disciplina degli scambi limitata nel numero. A voler essere generosi tre a testa sarebbero stati più che sufficienti, (visto che, tanto per fare un esempio, soltanto due erano quelli che i codici sardi consentivano di mettere a carico del soccombente). E avrebbe pensato a termini per gli scambi non minimi, bensì massimi e brevi (diciamo trenta giorni, visto che i termini, di nuovo massimi, previsti dai codici sardi erano di quindici). Con il notevole vantaggio di una spinta per la modernizzazione della struttura degli studi di avvocato. Solo a questo patto avrebbe avuto senso il paragone con il processo del lavoro, su cui tanto insistono oggi gli apologeti e che invece risulta semplicemente stravagante, per non dire scandaloso, di fronte alla diversissima disciplina che ci troviamo di fronte.

Una prima fondamentale diversità sta appunto nel fatto che le parti sono arbitre di stabilire qualsiasi termine per lo scambio, purché rispettoso del minimo. Chiunque capisce che si tratta di soluzioni non obbligate dall'intenzione di risparmiare al giudice l'attività di udienza nella fase preparatoria. Si tratta invece di soluzioni pesantemente orientate in senso ideologico, in quanto indirizzate a trasferire tutti i poteri di gestione della fase in discorso dal giudice (ma meglio sarebbe dire dal legislatore, visto il furore analitico con cui i singoli passi della procedura sono regolati dalle riforme del 1990 e del 1995) alle parti, nella sostanza lasciate libere di organizzarsi in base alle loro scelte tattiche. Non per nulla, a mio giudizio con qualche esagerazione, si è parlato di "privatizzazione" del processo. Con qualche esagerazione, perché il processo rimane una funzione pubblica, quando tutte le decisioni rilevanti, anche quelle relative al rito, sono prese da un organo pubblico come il giudice togato. Anche se, al di là delle formule, resta il fatto che risulta difficile comprendere le ragioni che stanno alla base dell'enorme discrezionalità lasciata alle parti nel determinare tempi e cadenze della fase iniziale del processo. E' vero, gli apologeti avanzano più di una spiegazione, tutte a prima vista molto suggestive. Essi dicono che fino a quando l'organo pubblico non viene investito con la richiesta di fissazione dell'udienza,

le parti devono poter essere libere di disporre del processo nella stessa misura in cui sono libere di disporre del rapporto sostanziale all'origine della controversia. Aggiungono poi che, quale che sia la durata della fase introduttiva nella nuova strutturazione, andando essa ascritta al comportamento delle parti non può venir presa in considerazione ai fini di un'azione di risarcimento del danno per irragionevolezza, alla luce sia della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, sia della stessa legge Pinto. Rilevano ancora che delle parti in conflitto ce n'è sempre una interessata ad una pronta decisione, che potrà avvalersi della richiesta di fissazione di udienza proponibile già in limine litis. Sottolineano infine che lo stimolo a chiudere la trattazione scritta è ulteriormente rafforzato dalla disciplina cadenzata delle preclusioni a partire dalla comparsa di risposta, per cui a un certo punto non rimane più niente su cui discutere, cosicché o viene chiesta l'udienza o si va all'estinzione del processo.

Certo, spiegazioni suggestive, a parte le prime due, la cui totale infondatezza non è bisognosa di dimostrazione. Ma soltanto fino a quando non ci si rende conto che esse peccano di astrattezza. Domandiamoci: chi prende le decisioni in ordine alle tattiche processuali da seguire ascritte alle parti, dopo che esse si sono recate a firmare la procura predisposta sullo stampato a margine del foglio bianco nel quale verranno redatti a seconda dei casi l'atto di citazione o la comparsa di risposta? Per poco che abbia calpestato i marciapiedi di un foro, chiunque sa la risposta, anche se non è quella che trova stampata in un manuale di procedura. Per questa ragione trovo stupefacente che alcuni apologeti mi attribuiscono un lapsus, quando critico chi invoca il principio di sussidiarietà che "sta(rebbe) alla base della più recente dottrina politica", facendo notare quanto sia assurdo voler applicare un principio del genere ai rapporti tra giudici e avvocati.

Mi si dice che confondo gli avvocati con le parti. Niente affatto. Già Mauro Cappelletti, molti lustri or sono ci insegnava che vi sono situazioni in cui bisogna saper distinguere tra parti e avvocati delle parti. Cosa d'altra parte nota vorrei dire da millenni: topos della letteratura di tutti i tempi, oltre che presa arditamente in considerazione da legislatori estremisti, basti pensare alla rivoluzione francese e alla costituzione giacobina dell'anno secondo.

Ebbene è proprio la disciplina oggi proposta della fase preparatoria che obbliga a tener ben presente la suddetta distinzione, quando si tratta di sapere a chi viene attribuita la libertà, nel reciproco consenso, di moltiplicare le scritture e di stabilire un termine qualunque per il loro scambio. Agli avvocati, ovviamente.

Romano Vaccarella, intervenendo in un convegno organizzato lo scorso anno dall'Associazione Nazionale Magistrati, ha sostenuto che,

in confronto al cosiddetto esperimento di Stoccarda, avvenuto in Germania qualche decennio or sono, l'introduzione della disciplina relativa al processo ordinario di cognizione nelle controversie societarie costituirà un esperimento assai migliore, perché investe l'intero territorio nazionale. Dal suo eventuale successo si potranno dunque ricavare ottimi auspici per la riforma generale del processo civile di cui costituisce un'anticipazione.

Credo nel possibile successo applicativo del nuovo contenzioso, ma non sono affatto d'accordo sulla prognosi che se ne vuole ricavare, per almeno due ragioni.

Non sono d'accordo con il presidente della Commissione ministeriale in primo luogo perché il legislatore ha dimostrato una particolarmente affettuosa e interessata attenzione per garantire una buona figura alla neonata disciplina, almeno dal punto di vista delle durate, che ormai costituiscono il principale indice quantitativo per giudicare l'efficienza dell'amministrazione della giustizia. Mi riferisco a disposizioni che non hanno nulla a che fare con le soluzioni prescelte per il processo di cognizione di primo grado e non hanno suscitato particolare interesse, ma mi sembrano oltremodo sintomatiche di una certa astuzia paterna indirizzata, pour cause io direi, a far privilegiare ai giudici di merito le cause societarie rispetto al rimanente universo delle altre. Si tratta delle disposizioni finali contenute nell'art. 42, che prevedono la rilevazione statistica separata della durata delle cause societarie, curano l'intervento dei capi degli uffici per la trasmissione dei dati al Ministero, e impongono ai procuratori generali di darne notizia nelle relazioni per l'inaugurazione dell'anno giudiziario.

Ma soprattutto non sono d'accordo con Vaccarella, perché la cause societarie costituiscono una tipologia molto particolare, che toglie qualunque valore al c.d. esperimento. Nell'anticipazione del processo societario non è ravvisabile alcun valore indiziario in ordine alla sorte di discipline analoghe estese all'intero processo ordinario di cognizione.

In proposito è sufficiente l'osservazione che si tratta di cause generalmente affidate a piccole élites dell'avvocatura, certamente non interessate ad approfittare della struttura introduttiva del processo per provocare (come diceva di fronte ad una struttura analoga, ma per molti aspetti tecnicamente migliore, la relazione di minoranza al Senato per il codice di procedura civile degli Stati sardi del 1854) le "tanto lamentate lungaggini ed altri difetti che si riscontrano nell'istruzione dei processi, e che tornano a sì grave discapito dei litiganti".

Una disciplina della fase introduttiva sulla traccia del contenzioso societario costituirebbe invece una tentazione irresistibile per una percentuale molto rilevante dei 135.000 avvocati italiani, inducendo molti di essi, in pieno accordo con l'avversario, a scambiarsi un gran

numero di scritti preparatori entro i termini ritenuti comodi. Ribadisco: con quali effetti sulla "ragionevole durata del processo" recentemente elevata al rango di principio costituzionale dalla modifica dell'art. 111 cost., è facile immaginare.

Gli avvocati non sono tutti uguali, come sembra che pensino gli apologeti delle nuove forme processuali, cadendo nell'equivoco così ben tratteggiato da chi a metà ottocento scriveva che "ognuno pensa che il suo mestiere sia quello vero" Non tutti gli avvocati sono "vigorosi avvocati d'affari" o comunque esponenti delle élites della professione, come sicuramente sono quelli che hanno partecipato ai lavori della Commissione Vaccarella o alla stesura del decreto delegato per il processo societario o quelli che partecipano oggi al dibattito scientifico o infine quelli che cureranno il contenzioso societario. Esistono anche gli altri, a parecchie decine di migliaia.

Non si può dimenticare che quella dell'avvocato è forse l'unica professione intellettuale in cui gli interessi del cliente possono divergere da quelli del professionista. Incoraggiare ad opera del legislatore una possibile divaricazione tra bisogno di tutela giurisdizionale del cittadino e necessità dell'avvocato di garantirsi un reddito decente pare a me davvero inconsulto. Se venisse concessa la libertà di tacitamente accordarsi su scambi inutili e per termini ben superiori ai minimi, è lecito prevedere che legioni di professionisti saranno pronte ad approfittarne. Non si tratta soltanto di chi appartiene agli strati meno fortunati della professione, che sarà irresistibilmente chiamato a fare una bandiera del vecchio detto *dum pendet rendet*, come oggi è dimostrato dal fatto che, soprattutto in certe zone del Paese, è sempre più frequente il caso di frazionamento del medesimo credito in più domande, sia in sede di cognizione che esecutiva. Occorre anche tenere conto della struttura spesso rigidamente accentrata e gerarchica dello studio di medie e anche grandi dimensioni, che comporta la necessità di contare su lunghi tempi processuali per ottimizzare il reddito professionale.

D'altronde la previsione pessimistica appena avanzata riceve puntuali conferme sia dalla storia, sia dalla comparazione.

Capisco che un processo dove vince chi si è dotato del "campione" migliore possa piacere all'avvocatura organizzata, a seguito di una riflessione affrettata e condizionata da giudizi di valore che dovrebbero valere esclusivamente all'interno della corporazione.

Ma una specie di ordalia modernizzata, dove alla violenza si sostituisce l'astuzia, contraddice alla stessa idea "di giusto processo".

Se non si vuole immiserire la formula del nuovo primo comma dell'art. 111 Cost. come se fosse semplicemente riassuntiva delle garanzie del contraddittorio, della parità delle armi, della terzietà e imparzialità del giudice e della ragionevole durata, successivamente menzionate nel secondo comma della medesima norma, è giocoforza ritenere che il

processo è giusto nella misura in cui sia strutturato in modo da indirizzarsi a produrre sentenze giuste, ovviamente nei limiti consentiti in questo mondo e nel rispetto della garanzie.

Certo, la odierna crisi del processo civile basato sulla collaborazione tra il giudice e le parti nella scansione delle udienze non si risolve coltivando illusioni illuministiche circa la possibilità di un recupero che veda la vita dei fori adeguarsi spontaneamente all'attuale modello legislativo, magari a seguito delle prediche dei professori, sicuramente inutili.

Sono peraltro da tempo conosciuti e discussi all'interno della comunità giuridica, gli interventi che ci si dovrebbe aspettare da un legislatore che non si vorrebbe così nevroticamente reattivo ai mali del presente da voler buttare a mare un modello secolarmente assestato di rapporto processuale per ripescare, magari inconsapevolmente, modelli antichi nell'illusione di aver così trovato una panacea che alla resa dei conti, specie se estesa all'intero universo del processo ordinario di cognizione, potrebbe rivelarsi atta ad aggravare la malattia, invece di contribuire a guarirla.