

INEFFICACIA DELL'ISTANZA DI FISSAZIONE DELL'UDIENZA NEL PROCESSO SOCIETARIO CON PLURALITÀ DI PARTI E PROBLEMATICHE CONNESSE*

DOMENICO BENINCASA

**Commento a Trib. Roma 28 febbraio 2007 e 4 ottobre 2007, in questa Rivista, [I, 1818/2009](#) e [I, 1819/2009](#).*

Premessa

A seguito della definitiva approvazione del Disegno di Legge recante “*Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, nonché in materia di processo civile*” e collegato alla Finanziaria 2009 (legge n. 69/2009)¹, le cause in materia societaria torneranno ad essere disciplinate dal rito ordinario. La previsione di cui all’art. 54, comma 6, secondo cui le disposizioni degli artt. da 1 a 33, 41, comma 1, e 42 del d.lgs. n. 5/2003, continuano a trovare applicazione alle controversie pendenti alla «data di entrata in vigore della presente legge»², mantiene ancora attuali le problematiche ed i dubbi interpretativi sorti con riguardo al processo societario nel corso della sua alquanto breve esperienza applicativa.

Com’è noto, l’impianto normativo del rito societario, volto ad assicurare, nel rispetto dei principi della legge delega 3 ottobre 2001, n. 366³, attraverso la concentrazione del procedimento e la riduzione dei termini processuali, una maggiore rapidità (nella definizione) dei giudizi, risulta modellato su due diverse fasi: la prima, diretta alla definizione del *thema decidendum* e del *thema probandum*, che si svolge interamente al di fuori dell’udienza e senza la presenza del giudice; la seconda, eventuale, caratterizzata

¹ La legge 18 giugno 2009 n. 69, approvata 26 maggio 2009, è stata pubblicata sul Suppl.Ord. n. 95/L della “Gazzetta Ufficiale” del 19 luglio scorso.

² Le disposizioni che prevedono la cancellazione del rito societario sono entrate in vigore il 4 luglio 2009. Del processo societario restano pienamente in vigore, invece, le disposizioni in materia di arbitrato e conciliazione.

³ La legge delega ha indicato chiaramente l’esigenza di «assicurare una più rapida ed efficace definizione dei procedimenti» tra le finalità da perseguire da parte del legislatore delegato, cui è stato attribuito il compito di prevedere:

- a) «la concentrazione del procedimento e la riduzione dei termini processuali»;
- b) «la mera facoltatività della successiva instaurazione della causa di merito dopo l’emanazione di un provvedimento emesso all’esito di un procedimento sommario cautelare...»
- c) «un giudizio sommario non cautelare...».

Cfr. Vaccarella, *La riforma del processo societario: risposta ad un editoriale*, in *Corr.giur.*, 2003, 262 ss.; Trisorio Liuzzi, *Il nuovo rito societario: il procedimento di primo grado davanti al tribunale*, in [www.judicium.it](#), § 1, 1; Buoncrisiani, *Commento sub art. 1*, in *Il nuovo processo societario*, a cura di Luiso, Torino, 2006, 3.

dalla presenza di quest'ultimo, alla quale si perviene allorché anche una sola delle parti, ritenendo che la causa sia matura per essere decisa, ne faccia richiesta con il deposito di un'apposita istanza.⁴

Le critiche rivolte alla riforma del rito societario, inizialmente dalla dottrina e, a seguito delle prime applicazioni pratiche, anche dagli operatori del "diritto vissuto"⁵, si sono incentrate, oltre che sui numerosi problemi interpretativi, frutto di una formulazione «tutt'altro che limpida ed univoca»⁶, anche su diversi profili di incostituzionalità, alcuni di carattere generale ed altri relativi a disposizioni specifiche dell'originario impianto.⁷

Ed. al riguardo, se è apparso subito notevole il dinamismo con cui diversi tribunali hanno più volte sollecitato il controllo da parte della Corte costituzionale⁸, non meno

⁴ Cfr., *ex multis*, Pio Fuiano, *L'estinzione del processo societario*, in *Riv.dir.proc.*, 2006, II, 558.

⁵ Individua, così, una categoria diversa da quella degli operatori del "diritto vivente", Valentino, *Rito societario: istanza di fissazione di udienza ed estinzione del giudizio*, in *www.altalex.com* del 15.6.2007.

⁶ Così Balena, *Prime impressioni sulla riforma dei procedimenti in materia societaria. La fase introduttiva del processo di cognizione*, in *Giur.it.* 2003, 2203. Si vedano anche Chiarloni, *Il nuovo processo societario*, (commentario diretto da), Bologna, 2004, 2 ss.; Proto Pisani, *La nuova disciplina del processo societario (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2003, V, c. 12.

⁷ Cfr. Proto Pisani, *op.cit.*, c. 12; Punzi, *Lineamenti del nuovo processo societario in materia societaria- Il processo ordinario*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, 73 ss; Tommaseo, *Lezioni sul processo societario*, Roma, 2005, 15 ss.; Menchini, *Legittimità costituzionale del rito di cognizione ordinario per le controversie societarie?* In *Corr.giur.*, 2005, 301 ss.

⁸ Poco dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 5/2003, il Tribunale di Brescia (ord. 18 ottobre 2004, in *Le Società*, 2005, 85 ss.) ha rimesso alla Consulta l'intero impianto del processo societario per sospetta violazione degli artt. 3, 76, 97 e 111 Cost. Con specifico riferimento all'art. 4 del d.lgs. n. 5/2003, ed alla mancata previsione dell'obbligo della notifica, da parte del convenuto, della comparsa di risposta agli altri convenuti, il Tribunale di Torino (ord. 1 ottobre 2004, in *Le Società*, 2005, 399 ss. ed in *Foro it.*, 2005, I, 1946) ha ravvisato una possibile lesione del diritto al pieno contraddittorio, in quanto questi ultimi verrebbero privati della possibilità di conoscere le difese svolte dal primo e di replicarvi. Anche con riferimento all'art. 10, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 5/2003, ed al presunto contrasto delle relative preclusioni con gli artt. 3, 24 e 111 Cost., è stato deciso il rinvio dinanzi alla Corte Costituzionale da parte del Tribunale di Lamezia Terme (ord. 30 giugno 2004, in *Corr.giur.*, 2006, 91 ss.). Per una rassegna delle ulteriori questioni di legittimità di cui è stata investita la Corte costituzionale, si vedano Aytano, *Il processo societario imputato di «lesa Costituzione»: le assoluzioni della Corte*, in *Riv.dir.proc.*, 2007, III, 780 ss.; Del Sasso, *L'istanza di fissazione d'udienza e la successiva fase decisoria*, in *Il rito societario*, a cura di Plattner-Del Guerra, Padova, 2007, 85 ss.; Senini, *Il rito societario. Casi, problemi e soluzioni*, Milano, 2008, p. 36 e ss. Si ricorda, inoltre, che la Corte costituzionale ha sancito, con quattro diverse sentenze, l'illegittimità costituzionale di alcune disposizioni presenti nel d.lgs. n. 5/2003 o relative, comunque, all'ambito di applicazione dello stesso. Con sentenza n. 170 del 17 maggio 2007, la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittimo per mancata previsione nella legge delega (art. 15 della legge n. 273/2002) il primo comma dell'art. 134, d.lgs. n. 30/2005 nella parte in cui stabilisce che nei procedimenti giudiziari in materia di proprietà industriale e di concorrenza sleale e affini, la cui cognizione è delle sezioni specializzate, va osservato il rito societario. Successivamente, la Corte è intervenuta con sentenza n. 321 del 24 luglio 2007 (in *www.filodiritto.com*; *www.judicium.it*) con la quale, aderendo all'indirizzo prevalente espresso dalla giurisprudenza, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 8, comma 2, lett. a), d.lgs. n. 5/2003, nella parte in cui non prevede anche l'ipotesi che il convenuto abbia svolto difese dalle quali sorga l'esigenza dell'esercizio del diritto di replica dell'attore. Con sentenza del 12 ottobre

rapida ed intensa si è rivelata l'attività del legislatore, il quale ha tentato di ovviare ad alcune delle originarie e più evidenti lacune ed incongruenze normative.⁹

Uno dei punti più deboli della prima elaborazione del nuovo rito societario, come è stato più volte rilevato¹⁰, era rappresentato dalla mancanza di una specifica ed idonea disciplina delle numerose problematiche alle quali può dar luogo, nelle controversie societarie, la pluralità di parti.¹¹

I provvedimenti in esame, affrontando proprio alcune di queste problematiche, consentono di svolgere una più approfondita disamina delle stesse, dalla quale emerge evidente che il rito societario, oltre a non aver raggiunto il suo principale obiettivo, la rapidità del giudizio, ha dato luogo a continue e profonde incertezze interpretative, che sempre più spesso la giurisprudenza, operando, peraltro, in un impianto normativo criticabile anche nel suo complesso, è chiamata a dover risolvere prima della sua definitiva scomparsa.

L'art. 8, comma 5-bis, e l'inefficacia dell'istanza di fissazione dell'udienza

Il fitto schema di rinvii che caratterizza il d.lgs. n. 5/2003 e che non consente l'analisi delle singole disposizioni se non «nel contesto dell'intero ingranaggio processuale»¹² rende indispensabile, ai fini della valutazione della congruità logico-giuridica dei suddetti

2007 n. 340 è stata dichiarata l'illegittimità dell'art. 13, comma 2, del d.lgs. n. 5/2003, nella parte in cui stabilisce «in quest'ultimo caso i fatti affermati dall'attore, anche quando il convenuto abbia tardivamente notificato la comparsa di costituzione, si intendono non contestati e il tribunale decide sulla domanda in base alla conclusione di questa». Da ultimo, la Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 5/2003, limitatamente alle parole «incluse quelle connesse a norma degli articoli 31, 32, 33, 34, 35 e 36 del c.p.c.». Relativamente a tali decisioni, si vedano Sacchettini, *Cade un principio processuale estraneo alla nostra tradizione*, in *Guida al diritto*, 2007, XLIII, 27 ss.; Senini, *op.cit.*, p. 20; De Vita, *Non contestazione, "conclusione", separazione e altre questioni in tema di processo societario*, in *Corr.giur.*, 2008, 3, p. 414; Sacchettini, *Si apre per i procedimenti in corso un problema di conversione dei giudizi*, in *Guida al diritto*, 2007, XXII, 18 ss; Marchesi, *Illegittimità del rito societario nelle controversie industriali*, in *Ventiquattrore Avvocato*, 2007, XI, 53.

⁹ Le opportune modifiche ed integrazioni all'impianto processualistico sono state apportate, dapprima, con il d.lgs. 6.2.2004, n. 37 ("Correttivo della riforma delle società") e, successivamente, con il d.lgs. 28.12.2004, n. 310 ("Nuovo correttivo riforma societaria).

¹⁰ Cfr. Olivieri, *La pluralità di parti nel processo societario a cognizione piena secondo il rito (necessario o concordato) del d.lgt. 5/2003*, in *www.judicium.it*, § 2, il quale osserva come il processo con pluralità di parti costituisce, d'altronde, «un passaggio scabroso di qualsiasi disciplina processuale»; Trisorio Liuzzi, *op.cit.*, § 2 ss., secondo il quale la dialettica processuale architettata dal legislatore sembrava concepita in rapporto alla classica lite bilaterale.

¹¹ Cfr. Trisorio Liuzzi, *op.cit.*, § 2. Basti pensare, come nel caso in commento, alla frequenza delle azioni di responsabilità nei confronti degli organi di amministrazione e di controllo delle società, che rientrano nell'ambito di applicazione del rito societario ex art. 1, primo comma, lett. a), d.lgs. n. 5/2003. Cfr., al riguardo, Comoglio-Della Vedova, *Lineamenti di diritto societario*, Milano, 2006, 296.

¹² Così Fabiani, *La partecipazione del giudice al processo societario*, in *www.judicium.it*, § 2.1. Si veda anche De Santis di Nicola, *L'art. 8, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 5/2003 e il principio del contraddittorio: cronaca di una "convivenza" difficile*, in *Corr.giur.*, 2006., 96.

provvedimenti, l'individuazione delle varie disposizioni che regolano la proposizione e gli effetti dell'istanza di fissazione dell'udienza da parte del convenuto ed, in particolare, di quelle dell'art. 4, terzo comma, e dell'art. 8, secondo comma, lettera c), del citato decreto legislativo.

La prima prevede che il convenuto, nella propria comparsa di risposta, fermo quanto previsto dall'art. 8, comma 2, lett. c), deve fissare all'attore un termine non inferiore a trenta giorni dalla notificazione della comparsa stessa per eventuale replica.

La seconda prevede, a sua volta, che il convenuto possa notificare l'istanza di fissazione dell'udienza entro il termine di venti giorni, che sarà computato: a) se è stata spiegata domanda riconvenzionale o sono state sollevate eccezioni non rilevabili d'ufficio, dalla data di notifica della memoria di replica dell'attore ovvero dalla scadenza del relativo termine; b) se sono stati chiamati terzi in causa, dalla data di notifica della comparsa di risposta del terzo chiamato ovvero dalla scadenza del relativo termine; c) al di fuori dei casi precedenti, dalla data della propria costituzione in giudizio, ovvero dalla data della notifica degli scritti difensivi delle altre parti ai quali non intende replicare ovvero dalla scadenza del relativo termine.

Tale disposizione, oltre ad essere stata successivamente modificata (dagli interventi del legislatore delegato attuati con il d.lgs. n. 37/2004 e con il d.lgs. n. 310/2004¹³), al fine di eliminare alcuni dubbi interpretativi che, ad onta della sua apparente chiarezza, erano emersi in ordine ad essa¹⁴, è stata poi sottoposta al vaglio della Corte costituzionale, la quale¹⁵ ha rilevato come la possibilità per il convenuto che non abbia proposto domanda riconvenzionale od eccezioni in senso stretto o dichiarato di voler chiamare in causa un terzo, di notificare all'attore istanza di fissazione dell'udienza, senza dovere attendere la notifica di una memoria di replica da parte di quest'ultimo, non avrebbe garantito appieno il principio del contraddittorio¹⁶. Infatti, non soltanto nelle ipotesi espressamente previste

¹³ I successivi interventi del legislatore delegato hanno senza dubbio migliorato il dettato della disposizione in esame, modificandone il quarto comma, con l'inserimento, dopo le parole «successivi alla scadenza», quelle «dei termini di cui ai commi precedenti» (Art. 4, comma 3, lett. h, n. 6, d.lgs. n. 37/2004) ed aggiungendo, alla fine del del secondo comma, lett. c), le parole «ovvero dalla scadenza del relativo termine» (Art. 3, comma primo, d.lgs. n. 310/2004). Con l'inserimento delle stesse parole anche alla fine del primo comma, lett. c) e del terzo comma, lett. b) dell'art. 8, è stato generalizzato il principio in base al quale alla notifica di ogni atto difensivo ovvero alla scadenza del termine concesso ad una parte per replicare può sempre seguire la richiesta di fissazione di udienza su istanza delle altre parti.

¹⁴ Come, ad esempio, l'impossibilità di notificare l'istanza di fissazione dell'udienza, nell'originario impianto normativo, da parte del convenuto se alla sua memoria *ex art. 7*, primo comma, non fosse seguito alcuno scritto difensivo dell'attore e se il terzo non avesse replicato alla memoria notificatagli dal convenuto medesimo. Cfr. Ventura, *sub art. 8*, in *I procedimenti in materia commerciale* a cura di Costantino, *Il nuovo processo commerciale: la cognizione ordinaria in primo grado*, in *www.judicium.it*, 202 ss.; De Santis di Nicola, *op.cit.*, 94 ss.; Corsini, *La notifica immediata dell'istanza di fissazione di udienza da parte del convenuto nel nuovo processo societario*, in *Giur.it.*, 2005, 1894 ss.

¹⁵ Corte cost., sent. n. 321 dell'11 luglio 2007, richiamata alla nota n. 7.

¹⁶ Prima della richiamata pronuncia, ritenevano che derivasse una grave lesione del diritto di difesa dell'attore dalla facoltà, per il convenuto, di presentare istanza di fissazione dell'udienza entro venti giorni dalla propria costituzione qualora, pur non avendo proposto domande riconvenzionali, né sollevato eccezioni non rilevabili d'ufficio, né chiesto di chiamare in causa un terzo, avesse introdotto nuove circostanze di fatto, Picaroni, *sub art. 10*, in Lo Cascio (a cura di),

nelle lettere a) e b) della disposizione in questione, ma anche nel caso di deduzione, da parte del convenuto, di circostanze di fatto diverse da quelle prospettate dall'attore ed idonee a privare queste ultime in tutto o in parte degli effetti ad esse riconnessi, si determina un ampliamento del *thema decidendum* al quale non può non corrispondere il diritto di replica dell'attore stesso.¹⁷

E, comunque, nella formulazione originale dell'art. 8, il legislatore aveva omesso di considerare la possibilità che fosse convenuta in giudizio una pluralità di parti, posto che si consentiva, al convenuto che non avesse svolto le attività di cui all'art. 8, comma 2, lett. a) e b), di notificare l'istanza di fissazione anche in presenza di altri convenuti che invece tali attività difensive avessero svolto.¹⁸

Gli inconvenienti del meccanismo delineato, prima del d.lgs. n. 310/2004, dalla disposizione di cui sopra, in base alla quale l'istanza di fissazione di una delle parti aveva sempre efficacia rispetto all'intero processo ed a tutte le parti di esso, con l'effetto che la volontà di una parte di porre fine allo scambio di memorie avrebbe prevalso su quella delle altre di proseguire tale attività, emergevano chiaramente dagli effetti collegati all'istanza stessa, la quale veniva (e viene tuttora) ad assumere un ruolo cardine nel processo commerciale.¹⁹ Dal momento del deposito di detta istanza, alla quale era correlata la decadenza di tutte le parti «dal potere di proporre nuove eccezioni, di precisare e modificare domande o eccezioni già proposte, nonché di formulare ulteriori istanze istruttorie e depositare nuovi documenti» (art. 10, secondo comma)²⁰, infatti, nessun elemento nuovo poteva entrare nel giudizio. Ed, inoltre, il comma 2-bis dell'art. 10 sancisce definitivamente il divieto di contestazione dei fatti allegati dalla controparte dopo la presentazione dell'istanza di fissazione dell'udienza.²¹

La riforma del diritto societario, 101; Briguglio, *Commento sub art. 8*, in *La riforma delle società. Il processo*, a cura di Sassani, Torino, 2004, 89; Trisorio Liuzzi, *op.cit.*, § 7.1; Carratta, *Commento sub art. 10*, in Chiarloni (a cura di), *Il nuovo processo societario*, 260; Costantino, *op.cit.*, § 12; Arieta-De Santis, *Diritto processuale societario*, Padova, 2004, 115 ss. Tale disposizione ha dato luogo a diverse e contrastanti interpretazioni in giurisprudenza, con riferimento alla possibilità (o meno), per il convenuto, di notificare istanza di fissazione dell'udienza qualora nella propria comparsa di risposta (priva di alcun allargamento del *thema decidendum*, di domanda riconvenzionale o chiamata in causa di terzo) non avesse dichiarato l'intenzione di avvalersi del diritto di notificare immediatamente tale istanza secondo quanto stabilito dall'art. 8, secondo comma, lett. c), d.lgs. n. 5/2003. Per una rassegna delle diverse decisioni, si vedano Corsini, *op.cit.*, 1890; Bucci, *Il processo societario*, Padova, 2005, 104 ss.

¹⁷ Diversamente, si avrebbe una lesione del diritto di difesa dell'attore «nei suoi profili di facoltà di allegazione dei fatti e di contestazione di quelli da altri dedotti e di potere di prova». Così Corte cost., sent. n. 321/2007, *cit.*

¹⁸ Cfr. Balena, *op.cit.*; Trisorio Liuzzi, *op.cit.*, Menchini, *Commento sub art. 8, op.cit.*, 84 ss.; Trib. Genova 28 giugno 2004, in *www.judicium.it*.

¹⁹ Così Giorgetti, *Fase preparatoria e istanza di fissazione dell'udienza*, in D'Alessandro, Giorgetti, Santagada, Zumpano (a cura di), *Il nuovo processo societario*, Milano, 2006, 65 ss.; Del Sasso, *op.cit.*, 104.

²⁰ Il quale fa salvi i casi previsti dall'art. 12, comma 8, e dall'art. 13.

²¹ In tal modo, i dubbi sorti per l'ammissibilità o meno, in un tempo successivo alla proposizione dell'istanza, della contestazione dei fatti *ex adverso* allegati (si veda, a tal proposito, per il primo orientamento, Balena, *op.cit.*, 2206), sono stati fugati dal nuovo comma aggiunto all'art. 10 dal d.lgs. 310/2004, il quale prevede espressamente che «la notificazione dell'istanza di fissazione

Ed invero, tra le numerose situazioni in relazione alle quali la precedente formulazione dell'articolo citato non sarebbe stata in grado di assicurare l'effettiva realizzazione del contraddittorio e l'esercizio del diritto di difesa di tutte le parti, rientrava, per rimanere nell'ambito della fattispecie esaminata con i provvedimenti che qui si commentano, rientrava quella in cui, ove l'istanza di fissazione fosse stata notificata da uno soltanto dei convenuti mentre un altro avesse notificato all'attore le repliche *ex art. 7*, quest'ultimo non avrebbe potuto esercitare, secondo quanto disposto dall'*art. 10, comma 2*, il proprio diritto di difesa nei confronti di coloro che avessero scelto di proseguire la trattazione, notificando le memorie di cui all'*art. 7*. E la scelta del primo convenuto, di interrompere lo scambio delle memorie, avrebbe potuto anche danneggiare gli altri convenuti che non avessero avuto intenzione di svolgere esclusivamente mere difese od eccezioni in senso lato.²²

Si pensi, a titolo esemplificativo, ad un caso apparentemente complesso, ma che si sarebbe potuto verificare anche di frequente, quale quello in cui uno solo dei convenuti avesse notificato la comparsa di risposta con largo anticipo rispetto alla scadenza fissata agli altri convenuti e che l'attore, a sua volta, avesse replicato alla prima comparsa ancor prima che gli altri convenuti notificassero il loro primo scritto difensivo. A questo punto, l'attore avrebbe potuto replicare ai medesimi convenuti, ai sensi dell'*art. 6*, e questi ultimi si sarebbero visti privati del diritto di svolgere appieno le proprie difese, qualora il primo convenuto avesse nel frattempo notificato l'istanza di fissazione dell'udienza.²³

A seguito delle modifiche apportate dal d.lgs. n. 310/2004 all'*art. 8*, il quale prevede espressamente, al comma 5- *bis*, che «se nel processo sono costituite più di due parti, l'istanza di fissazione dell'udienza notificata da una di esse perde efficacia qualora, nel termine assegnato²⁴, un'altra parte notifichi una memoria o uno scritto difensivo»²⁵, viene

dell'udienza rende pacifici i fatti allegati dalle parti ed in precedenza non specificamente contestati». Cfr. Bucci, *op.cit.*, 112.

²² La prevalenza della volontà di una parte di porre fine allo scambio di memorie su quella delle altre parti comportava, in tal modo, gravi pregiudizi relativamente alle facoltà difensive degli altri soggetti, cui sarebbe stato impedito anche di replicare alle altrui deduzioni, pur dotate di efficacia innovativa rispetto al *thema desputandum*. Sul punto, cfr. Trib. Genova 28 giugno 2004, in www.judicium.it.

²³ Avvalendosi di indicazioni temporali concrete, si potrebbe immaginare che l'attore, nel proprio atto di citazione, notificato ai convenuti lo stesso giorno, ossia 20 settembre, fissi un termine di 60 giorni a questi ultimi per costituirsi e replicare (19 novembre), e che uno solo dei convenuti notifichi all'attore ed anche (pur non avendone l'obbligo, in quanto gli stessi ancora non si sono costituiti) agli altri convenuti la propria comparsa entro trenta giorni (20 ottobre), fissando all'attore un termine sempre di trenta giorni per replicare con un'ulteriore memoria (19 novembre). In questo caso, le comparse degli altri convenuti (contenenti un termine di sessanta giorni per la replica eventuale dell'attore) potrebbero essere notificate allo stesso nel medesimo giorno in cui l'attore replicasse alla prima comparsa del convenuto "anticipatorio" (19 novembre), precisando la propria domanda iniziale, depositando nuovi documenti in cancelleria o formulando nuove richieste istruttorie. Ora, se il primo convenuto non intendesse replicare al secondo scritto dell'attore e notificasse allo stesso nonché agli altri convenuti l'istanza di fissazione dell'udienza (in ipotesi, il 18 dicembre), anche questi ultimi potrebbero vedere lesa il proprio diritto di difesa relativamente alle nuove richieste e/o precisazioni dell'attore.

²⁴ L'espressione "termine assegnato" è piuttosto ambigua, nel senso che non chiarisce se qualunque parte, con qualsiasi atto, possa paralizzare l'istanza di fissazione dell'udienza, o se tale effetto possa realizzarsi solo attraverso la notificazione della stessa memoria, cui la parte che ha

definitivamente eliminata la possibile lesione del diritto di difesa delle altre parti, perché l'istanza, ancora proponibile da uno soltanto dei convenuti, perderebbe efficacia qualora un'altra parte notificasse, entro il termine assegnatole, un proprio scritto difensivo.²⁶ A quest'ultima parte viene così permesso di svolgere, nel termine assegnato, le proprie difese in replica alle memorie ad essa precedentemente notificate, impedendo la produzione delle decadenze che all'istanza di fissazione dell'udienza si accompagnano.

Se ciò non si verifica, se, cioè, tali scritti difensivi non vengono (tempestivamente) notificati, l'istanza produrrà tutti gli effetti indicati nei successivi articoli 9 e 10 del succitato decreto legislativo.

Decorsi dieci giorni dal deposito dell'istanza, il cancelliere presenterà il fascicolo d'ufficio al presidente, il quale dovrà designare, entro due giorni (art. 12, secondo comma), il giudice relatore. Quest'ultimo, a sua volta, dovrà sottoscrivere e depositare in cancelleria, entro cinquanta giorni dalla sua designazione, il decreto di fissazione dell'udienza collegiale.²⁷

Nel caso, invece, di notifica di uno scritto o di una memoria *ex art. 8, comma 5-bis*, tutte le attività difensive funzionali alla chiusura della fase preparatoria saranno state inutilmente compiute, mentre gli scambi riprenderanno il loro corso, finché non verrà legittimamente proposta una nuova istanza di fissazione dell'udienza.

L'inefficacia dell'istanza di fissazione dell'udienza, a seguito di scambi di memorie o di scritti difensivi successivi alla notifica della stessa, dovrà essere anzitutto valutata dalla stessa parte la quale, ricevuta una ulteriore e tempestiva memoria difensiva, presumibilmente non depositerà in cancelleria l'istanza da essa notificata.²⁸ E' evidente

notificato l'istanza ha rinunciato proprio per notificare quest'ultima, e che, tuttavia, appaia più condivisibile la prima interpretazione. Così Comoglio- Della Vedova, *op.cit.*, 314.

²⁵ E' stato osservato che tale disposizione raggiunge, nel processo con pluralità di parti, anche l'obiettivo di conciliare il potere attribuito al convenuto dall'art. 8, comma 2, lett. c), di notificare alle altre parti istanza di fissazione dell'udienza entro venti giorni dalla data della propria costituzione, dalla data della notifica dello scritto difensivo delle altre parti al quale non intenda replicare ovvero dalla scadenza del relativo termine, e dei conseguenti effetti preclusivi previsti dall'art. 10 comma 2 (e comma 2-bis, a seguito del d.lgs. n. 310/2004) con il diritto di difesa dell'attore, posto che quest'ultimo, proposta l'istanza di fissazione d'udienza da uno dei convenuti, potrebbe determinarne l'inefficacia notificando la propria memoria *ex art. 6*. Cfr. De Santis di Nicola, *op.cit.*, 94 ss. L'A. rileva, però, che la soluzione, oltre ad essere parziale, non ricomprendendo l'ipotesi in cui uno dei convenuti non assegni alcun termine alle altre parti, non sarebbe operante ai casi anteriori alla sua pubblicazione in Gazz. Uff. n. 305 del 30 dicembre 2004. Con riguardo, in generale, agli effetti preclusivi per l'attività assertiva ed asseverativa di tutte le parti dell'art. 10, comma 2, si vedano, *ex multis*, Proto Pisani, *op.cit.*, 4 ss.; Balena, *op.cit.*, § 6; Trisorio Liuzzi, *op.cit.*, § 8.2; Picaroni, *op. cit.*, 116 ss.; Fabiani, *op.cit.*, § 7; Carratta, *op. cit.*, 282 ss; Monteleone, *Il processo nelle controversie societarie ed assimilate. Commento sistematico al D. Leg.vo 17.1.2003 n. 5 modificato con D. Leg.vo 6.2.2004, n. 37*, Padova, 2004, 19 ss.

²⁶ Per le perplessità che, sempre nel processo con pluralità di parti, permangono anche a seguito delle "opere di restauro" apportate dal legislatore con il d.lgs. n. 310/2004, cfr. Menchini, *op.cit.*, 91 ss.

²⁷ *Ex art. 12, terzo comma, lett. a)*, in virtù del quale la fissazione dell'udienza collegiale deve tenersi «non prima di dieci e non oltre trenta giorni dalla comunicazione del decreto stesso». Si tratta, comunque, di termini "ovviamente ordinatori" (Così, *ex multis*, Dal Sasso, *op.cit.*, 104).

²⁸ Cfr. Bucci, *op.cit.*, 120.

che, realizzandosi una sorta di automatismo che non richiede l'intervento giudiziale, i nuovi termini per le ulteriori attività continueranno a decorrere regolarmente tra le parti e, in caso di mancato compimento di successive attività d'impulso, potrà determinarsi l'estinzione del giudizio.

In caso contrario, qualora la parte depositi comunque la propria istanza, ovvero se lo scambio della memoria o dello scritto successivo avvenga, sempre nei termini, ma successivamente a tale deposito, sarà il presidente del tribunale, nel momento in cui gli verrà trasmesso il fascicolo con le memorie e con le comparse notificate successivamente all'istanza di fissazione, a dovere dichiarare l'inefficacia di quest'ultima.²⁹

Quanto al procedimento per la declaratoria di tale inefficacia, sembra prevalere, in dottrina, l'opinione secondo cui la stessa possa avvenire d'ufficio, senza necessità di specifica eccezione di parte³⁰; e ciò sulla base del rilievo che la più volte ricordata disposizione dell'art. 8, comma 5- *bis* del d.lgs. n. 5/2003 non contiene alcun riferimento alla declaratoria di inefficacia, come invece avviene per l'ipotesi di inammissibilità dell'istanza³¹; e ciò tanto più che neppure è richiesta la fissazione di termini ai fini della ripresa degli scambi.

In questo modo, pertanto, le parti cui verranno notificati la memoria o lo scritto successivi all'istanza dovranno fare riferimento al termine in questi indicato ed, in mancanza (o in caso di eccessiva brevità), a quello previsto dalla legge.

Secondo la prassi seguita da diversi Tribunali³², invece, tale "inefficacia", così come l'inammissibilità, può essere dichiarata solo se eccepita dalla parte, la quale dovrà promuovere il relativo procedimento entro il termine di 10 giorni dalla notifica dell'istanza di fissazione³³, decorso il quale quest'ultima conserverà la propria efficacia. Tale soluzione presenta, però, diversi aspetti di criticità in tutti i casi in cui il termine per la notificazione di scritti difensivi e memorie (20 giorni od, eventualmente, un più ampio termine assegnato dalla controparte a cui si intende replicare) – alla cui inosservanza

²⁹ Con la restituzione in cancelleria del fascicolo stesso. Così Bucci, *op.cit.*, 120.

³⁰ In questo senso Bucci, *op.cit.*, 119; Senini, *Istanza di fissazione dell'udienza nel processo con pluralità di parti: profili di inammissibilità e di inefficacia*, in *Società*, 2005, 1054, secondo cui l'inefficacia di cui all'art. 8, comma 5- *bis*, opera *ope legis*, senza necessità di una pronuncia giudiziale sul punto; in giurisprudenza, *ex multis*, Trib. Roma 21 aprile 2005, in www.judicium.it; *contra* Picaroni, *Processo societario pluriparti: inefficacia dell'istanza di fissazione di udienza, procedimento contumaciale e separazione delle cause*, in *Società*, 2005, 1436, secondo cui la necessità della verifica dell'avveramento dei presupposti dovrebbe imporre, per la parte interessata, la proposizione della relativa eccezione, mentre il presidente del tribunale dovrà poi emettere un'ordinanza il cui contenuto sarà limitato alla semplice constatazione dell'effetto di legge.

³¹ L'ipotesi di inammissibilità dell'istanza di fissazione dell'udienza è prevista dall'art. 8, comma 5, il quale prevede che il presidente, con il medesimo provvedimento che accoglie l'istanza di inammissibilità proposta da una delle parti, «assegna il termine per lo svolgimento delle ulteriori attività eventualmente necessarie».

³² Per i risultati precisi di tale indagine, si veda Consolandi, *Istanza di fissazione d'udienza*, in *Società*, 2006, 75.

³³ All'art. 8, quinto comma, è espressamente previsto che l'istanza sia dichiarata inammissibile «su richiesta della parte interessata depositata in cancelleria nel termine perentorio di dieci giorni dalla notifica dell'istanza» dal presidente che, inoltre, «assegna il termine per lo svolgimento delle ulteriori attività eventualmente necessarie».

risulta risolutivamente condizionata l'efficacia dell'istanza di fissazione di udienza³⁴ - cada dopo i dieci giorni successivi alla notificazione di quest'ultima.

Se è vero, da una parte, che una semplice "eccezione", con la quale si rilevi che il termine per un' eventuale replica non è ancora decorso interamente per la parte che intende avvalersene, non comporta automaticamente la caducazione dell'efficacia dell'istanza³⁵, non si può negare, dall'altra, che impone alla stessa parte, per "annullare" gli effetti dell'istanza di fissazione, l'onere di replicare con una memoria od uno scritto difensivo in un termine perentorio piu' breve di quello a sua disposizione, comporterebbe uno svuotamento di significato della disciplina normativa.³⁶

Sembra piu' corretto ritenere, quindi, che il termine di 10 giorni di cui all'art. 8, comma 5, che coincide con quello per il deposito in cancelleria della nota contenente la definitiva formulazione delle istanze istruttorie e delle conclusioni di rito e di merito già proposte³⁷, possa essere utilizzato dalla parte per muovere l'eccezione di cui sopra, al fine di evitare una sorta di rinuncia implicita al termine di replica³⁸, ma non certo per bloccare la prosecuzione del processo. Tale risultato si potrà ottenere, infatti, solo nel momento in cui la parte per la quale è ancora pendente il termine per la replica provveda a notificare nel termine assegnato (comunque mai minore di 20 giorni) la memoria o lo scritto difensivo.

Nel caso di specie, peraltro, pur se, come dimostrano le contrapposte conclusioni alle quali il Tribunale di Roma, a seguito di differenti percorsi logico-giuridici, è pervenuto in merito alla medesima vicenda, appaia difficile individuare soluzioni unanimemente e pienamente condivisibili laddove la struttura di uno specifico impianto normativo appaia particolarmente complessa ed intessuta di eccessivi richiami e rinvii ad altre disposizioni dello stesso, non si può non rilevare che, almeno con riferimento alla specifica problematica appena richiamata, vi è stata una piena adesione alla prima ricostruzione dottrina, secondo cui l'inefficacia può essere dichiarata *ex officio* dal giudice, senza che

³⁴ Viene espressamente definita, l'efficacia dell'istanza di fissazione di udienza, "risolutivamente" condizionata alla notificazione della replica e, quindi, al comportamento della parte titolare di quest'ultima facoltà, da Comoglio-Della Vedova, *op. cit.*, 316.

³⁵ L'art. 8, comma 5-bis, ricollega l'effetto dell'inefficacia unicamente ad una replica effettiva e non, dunque, alla mera eccezione della pendenza del termine. Il Tribunale, pertanto, non potrà dichiarare l'inefficacia finchè non verranno effettivamente depositate la memoria o lo scritto difensivo di cui all'art. 8, comma 5-bis.

³⁶ Così Comoglio-Della Vedova, *op. cit.*, 317. Se si ritenesse, al contrario, applicabile al caso di specie, la disciplina "generale" prevista per la fattispecie di cui all'art. 8, comma 5, le altre parti non avrebbero altre alternative -da scegliere nel termine di dieci giorni- tra la richiesta del provvedimento al presidente del tribunale, con il contestuale deposito, però, della memoria o dello scritto difensivo notificati, oppure il deposito delle memorie conclusionali.

³⁷ *Ex art.* 10, primo comma.

³⁸ Fungendo, così, piu' da *protestatio* che da vera e propria eccezione. Di questo parere Comoglio-Della Vedova, *op. cit.*, 318, i quali rilevano che ritenere sussistente l'onere di eccepire nella prima difesa (ossia nella nota di precisazione delle conclusioni) la pendenza del termine per replicare appare piu' che ragionevole, in virtù dei principi generali cui si uniforma il rito societario, in materia di eccezioni relative alle preclusioni.

lo stesso debba fissare nuovi termini, intendendosi per tali quelli previsti con la controreplica di cui all'art. 8, comma 5- *bis*³⁹.

L'altro orientamento, seguito per lo più, come ricordato, dalla giurisprudenza, sembra essere stato del tutto disatteso nel caso di specie, posto che la dichiarazione dell'inefficacia dell'istanza di fissazione dell'udienza (la quale, a sua volta, si era perfezionata in un momento successivo rispetto alla sua prima notificazione ed al suo primo deposito) è avvenuta alla prima udienza collegiale, senza che un'apposita istanza fosse stata proposta nei dieci giorni dalla sua originaria notifica, ma solo rilevata nelle successive memorie dalla parte interessata.

Le diverse ipotesi di inefficacia e le problematiche connesse all'art. 8, comma 5-*bis*.

I provvedimenti in esame offrono lo spunto per approfondire alcune di quelle numerose problematiche che discendono dalla previsione (in ogni caso necessaria) di cui all'art. 8 comma 5-*bis*, ossia le condizioni in cui si determina la perdita di efficacia dell'istanza di fissazione dell'udienza nei processi con pluralità di parti, quando tali condizioni si collochino temporalmente in una fase successiva a quella della presentazione del fascicolo d'ufficio al presidente ed alla conseguente nomina del giudice relatore.

Infatti, come si è già avuto modo di osservare, per determinare la tempestività dello scambio di una memoria o di uno scritto difensivo si deve fare riferimento al termine assegnato dalla parte cui si intende replicare - o, in mancanza, a quello previsto *ex lege* -, il quale può scadere anche dopo il provvedimento che il presidente adotti a seguito di un'apposita istanza di fissazione dell'udienza.⁴⁰

Invero, ove l'istanza di fissazione dell'udienza, a seguito della quale il presidente abbia già provveduto a nominare il giudice relatore, perdesse efficacia per effetto della tempestiva notifica, da una parte alle altre, di uno scritto difensivo o di una replica, ci si potrebbe chiedere se debba considerarsi comunque valida ed applicabile la regola secondo cui il giudizio prosegue regolarmente il suo corso, cosicché la parte interessata (alla

³⁹ Pertanto, nei casi in cui risulti essere decorso un termine superiore a quello previsto, a pena di estinzione, per una controreplica o per l'istanza di fissazione dell'udienza, tra lo scritto o la memoria di cui all'art. 8, comma 5- *bis*, ed il provvedimento di nomina del giudice relatore da parte del presidente, l'inattività delle parti potrà comportare il rilievo, da parte del giudice relatore, dell'estinzione del giudizio, secondo le modalità e nei limiti previsti dall'art. 8, comma 4, e dall'art. 12, comma 5 («ove l'eccezione di estinzione proposta da una parte appaia fondata e nei casi previsti dagli artt. 8, comma 4, e 13, comma 1, il giudice relatore, convocate le parti costituite, dichiara l'estinzione del processo con ordinanza, reclamabile nel termine di dieci giorni dalla comunicazione. Il collegio provvede a norma dell'art. 308, secondo comma, del codice di procedura civile»), a prescindere dall'eccezione della perdita di efficacia.

⁴⁰ In ipotesi, può darsi il caso che l'attore notifichi a due convenuti una prima memoria di replica, dando termine di 30 giorni per controrepliche alle controparti. Una di queste potrebbe notificare un'istanza di fissazione dell'udienza non appena ricevuta la memoria dell'attore, mentre l'altra potrebbe replicare poco prima della scadenza del trentesimo giorno. Nel frattempo, prendendo alla lettera l'art. 12, primo comma, il presidente dovrebbe avere già designato il giudice relatore («entro il secondo giorno successivo alla presentazione del fascicolo» che, a sua volta, dev'essere senza indugio consegnato al presidente dal cancelliere decorsi dieci giorni dal deposito dell'istanza di fissazione dell'udienza).

definizione della controversia tramite una traslazione del giudizio *apud iudicem* o lo svolgimento di ulteriori controrepliche) debba a tal fine attivarsi nei diversi termini previsti dall'art. 7⁴¹ o in quelli, eventualmente maggiori, concessi dalla parte che ha scambiato lo scritto difensivo di cui all'art. 8, comma 5- *bis*.

Ed a tale questione, verificatasi concretamente nella vicenda sottoposta al suo vaglio, il Tribunale ha offerto due risposte radicalmente diverse.

Con il primo decreto, il collegio, pur non ricostruendo, se non laconicamente, la fattispecie, risolve la problematica facendo proprio il principio secondo cui «una volta ormai designato il giudice dal Presidente, nessuna estinzione si è verificata»: la relativa istanza di estinzione, pertanto, «non va accolta, dal momento che l'attore non è rimasto inerte per il tempo previsto dalla legge, ma soltanto per essere stato ormai designato il giudice relatore», osservando che la "inattività" denunciata dai difensori di alcuni dei convenuti, ed a motivo della quale gli stessi avevano richiesto la declaratoria di estinzione, non si sarebbe verificata interamente in una fase anteriore alla stessa emissione del provvedimento del presidente, ossia al primo provvedimento adottato nella fase di traslazione "*apud iudicem*" del giudizio. In effetti, considerando che anche al processo societario si applica la sospensione dei termini processuali (*ex art. 1, legge 7 ottobre 1969, n. 742*) durante il periodo feriale⁴², è stato correttamente rilevato che il termine di venti giorni di cui all'art. 8, primo comma, lett. c), entro cui notificare l'istanza di fissazione dell'udienza per evitare l'estinzione del giudizio, sarebbe scaduto in un periodo successivo rispetto al 23 settembre 2005, data in cui il Presidente aveva designato il giudice relatore. In questo caso, dunque, nonostante l'istanza di fissazione sia divenuta inefficace, a seguito del provvedimento di nomina nessun tipo di attività sarebbe più consentito (e, quindi, necessario), alla parte interessata alla traslazione del giudizio *apud iudicem*.

Se la correttezza di tale principio viene del tutto sconfessata, in seconda battuta, dal medesimo tribunale con la sentenza che, tornando sul punto, dichiarerà l'estinzione del processo, non può non rilevarsi che la perdita di efficacia dell'istanza di fissazione dell'udienza, in quanto già verificatasi a seguito dello scambio di repliche intervenuto a ridosso del deposito della stessa⁴³, avrebbe dovuto essere accertata già dallo stesso presidente, senza che si provvedesse, quindi, alla nomina del giudice relatore, ma attendendo, invece, proprio in virtù dell'automatica ripresa della decorrenza dei termini, il deposito di una successiva istanza di fissazione dell'udienza collegiale.

In conformità all'opinione largamente dominante, peraltro, anche lo stesso giudice relatore avrebbe potuto rilevare e dichiarare l'avvenuta inefficacia dell'istanza ed evitare, così, il perfezionamento della traslazione del giudizio con la fissazione dell'udienza.

⁴¹ La legge assegna, salvo diversa –e dilatoria- previsione delle parti, dopo la prima memoria di replica dell'attore, venti giorni o trenta, per il convenuto, a seconda che l'attore abbia proposto o meno domande nuove, mentre per i successivi scambi è previsto un termine minimo di venti giorni.

⁴² Cfr. Tribunale Mantova, 24 novembre 2006; Trib. Ivrea, 8 novembre 2005. Entrambe le decisioni sono reperibili presso il sito www.ilcaso.it.

⁴³ Infatti, l'istanza di fissazione dell'udienza collegiale veniva depositata in data 27.7.2005, dopo che la stessa era stata notificata (tranne che al convenuto contumace) il 20.7.2005, mentre l'1.8.2005 alcuni dei convenuti depositavano, previa notifica in data 22 e 25.7.2005, la propria memoria di controreplica (ai sensi dell'art. 7).

Se, infatti, come generalmente si ritiene⁴⁴, la declaratoria dell'inefficacia dell'istanza di fissazione, nel caso in cui il deposito e/o l'allegazione al fascicolo delle memorie o degli scritti difensivi di cui all'art. 8, comma 5- *bis* avvengano dopo la designazione⁴⁵ del giudice relatore, in quanto il termine per la notifica di tali memorie o scritti difensivi non sia ancora scaduto anteriormente alla sua nomina, può anche essere effettuata da quest'ultimo (il quale dovrà disporre la restituzione del fascicolo alla cancelleria), non v'è ragione di ritenere che tale declaratoria sia invece preclusa quando l'inefficacia si sia già verificata e tale circostanza sia sfuggita al presidente. E ciò tanto più ove si ritenga, come (inizialmente) nella vicenda *de qua*, che nessuna causa di estinzione possa rinvenirsi, per inattività della parte interessata alla prosecuzione del processo, tra la nomina del giudice relatore e la fissazione dell'udienza da parte di quest'ultimo⁴⁶.

In questo modo, se, cioè, fosse il giudice relatore a rilevare immediatamente l'avvenuta perdita di efficacia dell'istanza di fissazione dell'udienza, si verrebbe a determinare un effetto analogo a quello che si avrebbe (e che nel caso di specie si è verificato) laddove fosse il collegio, all'udienza fissata dal giudice relatore, a rilevare l'inefficacia dell'originaria istanza di fissazione dell'udienza, senza, peraltro, dovere attendere un lasso di tempo così lungo⁴⁷.

Ed invero, proprio privilegiando un criterio interpretativo delle disposizioni del d.lgs. n. 5/2003 volto a garantire al meglio quelle esigenze di rapidità e speditezza individuate

⁴⁴ Cfr. Picaroni, *sub art. 8...cit.*, p. 139, che considera del tutto plausibile un intervento del giudice nell'ambito delle questioni attinenti all'inefficacia dell'istanza di fissazione dell'udienza. Ancora più netta la posizione espressa da Bucci, *op.cit.*, p. 120, secondo cui «il rilievo e l'inefficacia dell'istanza [...] potrà essere fatto dal giudice relatore, quando il deposito e l'allegazione al fascicolo delle memorie o degli scritti difensivi avvengano dopo la designazione da parte del presidente del tribunale, con la conseguenza che anche in questo caso dovrà disporsi la restituzione del fascicolo in cancelleria. Tale rilievo dovrà in ogni caso essere fatto d'ufficio senza necessità dell'eccezione della parte interessata, senza che la stessa possa incorrere nella decadenza prevista dal comma 5 art. 8 [...] per la richiesta al presidente del tribunale». In senso analogo Trib. Roma, 21 aprile 2005.

⁴⁵ *Ex art. 12*, secondo comma.

⁴⁶ Nel decreto del 28 febbraio 2007, infatti, si legge che «una volta ormai designato il giudice dal Presidente, nessuna estinzione si è verificata», che «l'attore non è rimasto inerte per il tempo previsto dalla legge, ma soltanto per essere stato ormai designato il giudice relatore» ed, infine, che «è esclusa qualsiasi inerzia colpevole dell'attore sanzionata con l'estinzione, essendo ormai la causa [...] rimessa comunque al Tribunale».

⁴⁷ Non è raro, infatti, specie nei Tribunali di maggiori dimensioni, che tra la data del provvedimento di fissazione dell'udienza da parte del giudice relatore ed il giorno (prefissato) in cui la stessa si svolge decorra anche più di un anno. A favore dell'interpretazione proposta nel testo, sembra peraltro ulteriormente deporre l'art. 12, secondo comma, ult. parte, laddove, prevedendo che «per comprovate ragioni il Presidente può prorogare il termine a norma dell'articolo 154 c.p.c.», consente di ritenere rientrante a far parte delle suddette «comprovate ragioni» quella di attendere lo scadere del termine di controrepliche o scritti difensivi *ex art. 8*, comma 5-*bis* ed il mancato deposito degli stessi prima di nominare il giudice relatore, impedendosi così l'emanazione di un provvedimento (quello, appunto, di designazione del giudice) che potrebbe di fatto risultare inutile a seguito della perdita di efficacia dell'istanza di fissazione dell'udienza.

dal legislatore come precipuo scopo del processo societario⁴⁸, il tribunale, dopo che, a seguito di istanza di fissazione (di udienza) successiva a quella ormai divenuta inefficace (e proposta dopo il primo decreto), gli è stata nuovamente proposta, ha diversamente risolto la problematica *de qua*, mutando il precedente indirizzo (e, con esso, le sorti del processo). E ciò, affermando che la nomina del giudice relatore non sia, di per sé, ostativa all'estinzione del processo, rilevabile anche d'ufficio, sancita dall'art. 8, quarto comma del citato decreto, e che il mancato rispetto degli oneri e dei relativi termini in esso previsti possano comportare i medesimi effetti estintivi anche se, (pur) essendo venuta meno l'efficacia dell'istanza di fissazione dell'udienza, il presidente abbia comunque provveduto alla designazione del giudice relatore.

Tale conclusione si fonda, evidentemente, sul condivisibile assunto che una seconda istanza, successiva alle memorie ed/od agli scritti difensivi che avevano comportato l'inefficacia di quella precedente, avrebbe certamente avuto l'utile effetto di consentire l'adozione, da parte del Presidente, del provvedimento di nomina del giudice relatore, oltre che, eventualmente, la contestuale dichiarazione di inefficacia della prima istanza.

Pertanto, dichiarando l'estinzione del giudizio a causa del decorso dei relativi termini di decadenza senza che nessuna delle parti avesse provveduto a proporre tempestivamente una nuova istanza di fissazione dell'udienza (né l'attore a notificare, sempre nei termini assegnati dalla legge, una nuova controreplica a quella che aveva determinato, ai sensi del già richiamato art. 8, comma 5- *bis*, l'inefficacia della prima istanza) e statuendo espressamente che «*sebbene il 23.9.2005 il Presidente abbia designato il g.r. e questi abbia emesso il decreto ai sensi dell'art. 12 [...] il 16.1.2006 fissando per la discussione l'udienza collegiale del 28.2.2007, tali attività non possono impedire l'applicazione dell'art. 8, 4° comma, d.lgs. n. 5/2003*», e che non si possa ritenere che «*laddove sia intervenuto [...] il decreto ai sensi dell'art. 12 d.lgs. n. 5/2005, la successiva inerzia della parte sarebbe giustificata*⁴⁹», il tribunale sembra prendere posizione anche su altra problematica, in parte diversa da quella sottoposta alla propria decisione.

Nel caso di specie, infatti, la vicenda estintiva si era completata in un momento anteriore alla data del provvedimento di fissazione dell'udienza da parte del giudice designato. Aggiungendo, invece, che il decorso dei termini di decadenza previsti dall'art. 8, quarto comma, non cessa anche dopo che sia intervenuto il decreto di fissazione dell'udienza e che, specularmente, l'inerzia della parte interessata alla prosecuzione del giudizio possa essere considerata colpevole, in quanto un'attività della stessa, quale la proposizione di una nuova istanza di fissazione, avrebbe comunque effetti utili, il tribunale offre lo spunto per approfondire una ulteriore problematica cui la disciplina prevista per il processo pluriparti può dar luogo nell'ipotesi in cui la scadenza del termine

⁴⁸ La stessa Corte costituzionale, cui recentemente è stata rinviata dal Tribunale di Milano una questione di legittimità costituzionale dell'art. 8, quarto comma, d.lgs. n. 5/2003, si è espressa nel senso che la sanzione in esso prevista «è in armonia con il criterio della celerità del giudizio che informa il rito societario. La questione, che è stata dunque dichiarata infondata dal Giudice delle leggi, verteva sulla presunta violazione degli artt. 3 e 24 Cost. da parte del succitato quarto comma, art. 8, nella parte in cui stabilisce che «la mancata notifica dell'istanza di fissazione dell'udienza nei venti giorni successivi alla scadenza dei termini di cui ai commi precedenti [...] determina l'estinzione del processo», anziché la cancellazione della causa dal ruolo, invocata da Trib. Milano, ord. 12 giugno 2007 e ord. 22 gennaio 2008, in *Foro it.*, I, 1320.

⁴⁹ *I.e.*, il decreto di fissazione dell'udienza da parte del giudice relatore (art. 12, secondo comma).

utile per notificare la controreplica *ex art. 8, comma 5- bis*, si collochi in un momento successivo a quello in cui, con il decreto di cui all'art. 12, secondo e terzo comma, il giudice relatore abbia fissato la data dell'udienza collegiale.

Se, infatti, alla nomina del giudice relatore non segue immediatamente il decreto di fissazione dell'udienza collegiale di cui all'art. 16 (in quanto la sottoscrizione ed il deposito in cancelleria dell'apposito decreto da parte dello stesso giudice devono intervenire in un termine ordinatorio e prorogabile di 50 giorni dalla sua designazione), non è probabile, ma è certamente possibile, che il termine per la notifica di una memoria o di uno scritto difensivo idonei a privare di efficacia l'istanza di fissazione di udienza non sia ancora decorso e che, prima di attendere una eventuale controreplica⁵⁰, il giudice relatore abbia comunque già provveduto a fissare, con decreto, la data dell'udienza collegiale.

In questa specifica ipotesi, si pone il problema di accertare se debba considerarsi valida ed applicabile la regola secondo cui il giudizio prosegue regolarmente il suo corso, cosicché la parte interessata (alla definizione della controversia tramite una traslazione del giudizio *apud iudicem* o lo svolgimento di ulteriori controrepliche) debba a tal fine attivarsi nei diversi termini previsti dall'art. 7⁵¹ o in quelli, eventualmente maggiori, concessi dalla parte che ha scambiato lo scritto difensivo di cui all'art. 8, comma 5- *bis*.

La soluzione affermativa, per cui il nuovo termine fissato riprenda a decorrere dal momento della notifica dello scritto di cui all'art. 8, comma 5- *bis*, potrebbe comportare, sotto certi aspetti, conseguenze difficilmente condivisibili.

In primo luogo, infatti, sembra alquanto difficile ritenere che la parte alla quale sia stata tempestivamente notificata una memoria difensiva possa, a seguito dell'intervenuta (ma ancora non dichiarata) perdita di efficacia dell'istanza, proporre un'altra e chiedere al presidente di designare un nuovo giudice relatore per l'emissione di un altro decreto di fissazione dell'udienza collegiale, dato che tale udienza è già stata (e rimane) fissata dal giudice relatore già nominato dal presidente.

Infatti, se la funzione tipica dell'istanza *de qua* è quella di promuovere il procedimento per la nomina del giudice relatore, perché questi, a sua volta, provveda a fissare l'udienza collegiale, non si capisce quali effetti possa comportare una successiva istanza, posto che, sia pure sulla base di precedente istanza divenuta inefficace, è già stato nominato un giudice relatore ed è già stata fissata un'udienza, e posto che questi ultimi permangono finché l'inefficacia *de qua* non verrà dichiarata all'udienza fissata, non appare seriamente sostenibile la possibilità di una coesistenza, in ordine alla stessa controversia, di due diversi giudici relatori e di due diverse udienze collegiali.

⁵⁰ Nel caso in cui, invece, il termine per la notifica di una memoria o di uno scritto difensivo idonei a privare di efficacia l'istanza di fissazione d'udienza sia già decorso ed inutilmente in quanto tali controrepliche non siano state notificate e depositate, il giudice relatore potrà provvedere a fissare definitivamente la data di udienza, sempre che non ricorra una delle ipotesi di cui ai commi 6, 7 e 8 dell'art. 12.

Sembrerebbe in ogni caso opportuno (e, comunque, legittimo) che il giudice relatore, non provveda a fissare l'udienza di discussione finché il termine utile per le controrepliche non sia decorso.

⁵¹ La legge assegna, salvo diversa –e dilatoria– previsione delle parti, dopo la prima memoria di replica dell'attore, venti giorni o trenta, per il convenuto, a seconda che l'attore abbia proposto o meno domande nuove, mentre per i successivi scambi è previsto un termine minimo di venti giorni.

Ad una conclusione analoga si verrebbe inevitabilmente anche nel caso in cui la parte gravata dell'onere di impulso processuale volesse replicare, a sua volta, alla memoria od allo scritto di cui all'art. 8, comma 5- bis. E' evidente, infatti, che le repliche successivamente scambiate fino all'udienza dinanzi al collegio non potrebbero assumere valore alcuno nel corso della stessa, la quale, si ricorda, dovrebbe preliminarmente essere finalizzata all'accertamento della "sopravvenuta" inefficacia dell'originaria istanza di fissazione dell'udienza.⁵²

Ad ogni modo, per evitare un'attesa eccessiva ed inutile fino all'udienza fissata, dovrebbe potersi ritenere ammissibile, a seguito di apposita richiesta, un intervento del giudice relatore⁵³, anche prima dell'udienza originariamente fissata, finalizzato alla declaratoria di inefficacia dell'istanza di fissazione dell'udienza. Ciò, peraltro, consentirebbe anche un maggior rispetto dei principi informatori di speditezza e rapidità cui è ispirato il processo societario e che risulterebbero, altrimenti, totalmente disattesi.⁵⁴

Diversa (ed originale) soluzione⁵⁵ appare quella indirettamente prospettata, con il secondo provvedimento, dal Tribunale, il quale, sempre nel presupposto che, quando

⁵² Il giorno dell'udienza potrebbe, peraltro, precedere (od anche coincidere con) quello concesso ad una controparte per svolgere un'ulteriore controreplica. Ad ogni modo, il principio per cui non potesse considerarsi valido e produttivo di effetti il compimento di una attività – all'infuori di quelle espressamente contemplate dalla legge – successivamente al provvedimento di fissazione dell'udienza è stato accolto, sebbene nel corso di una vicenda non del tutto analoga (Trib. Torino 22 giugno 2007, in www.ilcaso.it), relativa ad un'azione di responsabilità contro amministratori e sindaci esercitata dal fallimento della società. Quest'ultimo aveva notificato un'istanza di fissazione di udienza, cui era seguita, da parte di un terzo chiamato, la notificazione di una memoria, ritenuta però tardiva dal Presidente che aveva provveduto a nominare il giudice relatore. In sede d'udienza, il rinnovato rilievo aveva determinato il Collegio a revocare il decreto ed a dichiarare inammissibile l'istanza, senza però fissare ulteriori termini. A quel punto, il fallimento notificava una nuova istanza di fissazione dell'udienza ed alcuni convenuti avevano avanzato eccezione di estinzione del giudizio, essendo stata, quest'ultima istanza di fissazione, proposta oltre i 20 giorni successivi alla scadenza del termine per la replica alla memoria del terzo "riabilitata" dal Collegio. Tuttavia il Tribunale ha rilevato che il decreto di fissazione d'udienza (poi revocato) «nel fissare l'udienza collegiale aveva anche dato impulso al processo, non consentendo alle parti di interferire *medio tempore* con la scansione temporale del processo».

⁵³ Nello stesso senso Picaroni, *ult.cit.*, 139.

⁵⁴ Diverse e frequenti, oltre a quella indicata nel testo, appaiono, peraltro, le circostanze in cui, proprio per eventuali "sfasamenti temporali" verificabili nella fase introduttiva nel processo pluriparti, il giudizio, giunto dinanzi al giudice relatore od al collegio, debba retrocedere nuovamente dinanzi alla fase precedente, ossia quella che culmina con l'istanza (inefficace) di fissazione dell'udienza, tanto da apparire non troppo esagerata l'espressione di "rito del gambero" (Così Didone, *op.cit.*, 88) per evidenziare uno dei caratteri del processo societario. Così Del Sasso, *op.cit.*, 104, che rileva come non sia raro che l'udienza collegiale si svolga anche molti mesi dopo il deposito dell'istanza di fissazione.

⁵⁵ Tra i pochi Studiosi che hanno affrontato l'ipotesi in esame, vi è chi ritiene, partendo dal presupposto che una volta fissata l'udienza prima della scadenza del termine per il deposito delle memorie o degli scritti difensivi *ex art.* 8, comma 5- bis, il giudice non possa disporre discrezionalmente una sospensione del processo, il quale proseguirà normalmente il suo corso, che «si potrebbe arrivare a decidere la controversia prima ancora che sia scaduto il termine per replicare» e che, «in tale situazione, la parte che ha ancora il diritto di replicare potrebbe attendere la fine del processo e decidere, in base all'esito, se replicare oppure no». Così Comoglio, Della Vedova, *op.cit.*, p. 319.

successivamente al deposito di un'istanza di fissazione dell'udienza (regolare, ma divenuta, poi, inefficace), il giudice designato abbia fissato l'udienza collegiale, il potere di regolare l'andamento del processo sia sottratto alla volontà delle parti ed il ritmo e la cadenza del giudizio siano invece determinati (dalla legge e) dal giudice, sembra attribuire effetti all'attività svolta da una delle parti nell'attesa dello svolgimento dell'udienza *ex art. 16*.

Se, infatti, seguendo il (mutato) principio espresso dal Tribunale, si consentisse alla parte interessata alla decisione della controversia (nel caso di specie, come sovente, all'attore) di notificare *medio tempore* una successiva istanza di fissazione dell'udienza, potrebbero prospettarsi due diverse soluzioni a seconda delle ipotesi concretamente verificatesi.

Nella prima, quella in cui – in virtù della prima istanza, poi divenuta inefficace – l'udienza *ex art. 16* sia stata fissata ad una data ravvicinata, che non consenta, cioè, l'esperimento di quelle attività (quali, ad esempio, la definitiva formulazione delle istanze e delle conclusioni di cui all'art. 10, primo comma) od il rispetto di quei termini (quale quello di cui all'art. 12, terzo comma, lett. a⁵⁶) previsti *ex lege*, potrebbe accadere che, non potendo l'udienza svolgersi compiutamente e regolarmente senza una lesione del principio del contraddittorio, si dia atto di ciò nel corso della stessa, e si aspetti che la seconda istanza, nel frattempo depositata, espliciti i suoi effetti, attraverso un successivo provvedimento di fissazione od, eventualmente, un mero differimento della prima udienza. Ciò, evidentemente, non determinerebbe un'attesa maggiore rispetto a quella che si imporrebbe accogliendo l'orientamento fatto originariamente proprio dal tribunale, e precedentemente esaminato.

Nella seconda ipotesi – ed è qui che il secondo provvedimento in esame assume particolare interesse -, ossia quando, tra il deposito in cancelleria e la data fissata per lo svolgimento dell'udienza, decorra un lasso di tempo considerevole, superiore, in ipotesi, anche a quello massimo di cui all'articolo 7, terzo comma, l'udienza fissata in virtù della prima istanza potrà svolgersi regolarmente, così evitandosi un'inutile ritorno alla fase anteriore del processo che risulterà, invece, definitivamente incardinato nella successiva fase *apud iudicem*.

Conseguenze della mancanza della notifica e del deposito dell'istanza di fissazione dell'udienza

Il primo dei due provvedimenti in esame si segnala anche per il modo con il quale vengono affrontate, e risolte, altre problematiche che, in sede applicativa, possono sorgere anche nel processo con due sole parti e che, tuttavia, nel processo con pluralità di parti presentano ulteriori implicazioni e conseguenze che meritano, a seconda dei casi, considerazioni e risposte diverse.

A prescindere dall'eventuale inefficacia che potrebbe colpire l'istanza di fissazione dell'udienza, assumono particolare rilievo, se vi siano più di due parti, sia la disposizione che prevede l'obbligo di notifica dell'istanza a tutte le parti, e, quindi, come

⁵⁶ Secondo cui il decreto di fissazione dell'udienza deve contenere «*la fissazione dell'udienza collegiale che deve tenersi non prima di dieci e non oltre trenta giorni dalla comunicazione del decreto stesso*».

unanimemente ritenuto⁵⁷, anche a quelle non costituite (art. 8, primo comma), sia quella che prevede il deposito dell'istanza stessa in cancelleria entro un termine perentorio (art. 9, terzo comma).⁵⁸

Una volta notificata l'istanza di fissazione dell'udienza, infatti, la stessa va depositata in cancelleria nel termine perentorio di 10 giorni dall'ultima notificazione.⁵⁹ L'art. 8, quarto comma, sanziona con l'estinzione del processo la mancata o tardiva notifica dell'istanza di fissazione rispetto ad alcuni e diversi termini di decadenza previsti, in parte, dai commi precedenti del medesimo articolo e la cui funzione è quella di porre dei limiti necessari all'opzione strategica della parte in ordine al momento di presentazione dell'istanza di fissazione dell'udienza⁶⁰; e in parte, dallo stesso quarto comma, che contempla un termine finale di decadenza imposto a tutte le parti.⁶¹

Al contrario, non sono espressamente previste le conseguenze connesse al caso in cui l'istanza di fissazione non venga depositata, o lo sia tardivamente.

Nel silenzio della legge, è stato ritenuto⁶² che tale ipotesi potesse rientrare, in alcuni casi, tra le fattispecie estintive completamente nuove⁶³ (e non espressamente previste) rispetto a quelle contemplate dal codice di procedura civile che il legislatore delegato ha introdotto per via del particolare meccanismo che regola l'incedere della fase preliminare del giudizio.⁶⁴ Se, però, si collegasse, come avverrebbe aderendo a tale interpretazione, all'omissione del deposito da parte del primo istante l'effetto dell'estinzione del processo,

⁵⁷ Cfr. Scarafoni, *L'estinzione d'ufficio del processo societario: profili relativi all'obbligo della notificazione dell'istanza di fissazione dell'udienza anche al contumace ed al rilievo ufficioso*, in *Giur.merito*, 2006, p. 1453, ed ivi ulteriori riferimenti dottrinari e giurisprudenziali.

⁵⁸ 10 giorni, secondo quanto previsto dall'art. 9, terzo comma.

⁵⁹ Art. 9, terzo comma, d. lgs. n. 5/2003.

⁶⁰ Cfr. Briguglio, *op.cit.*, 88.

⁶¹ Tale termine è stabilito in quindici giorni a partire, nell'ipotesi in cui il convenuto non notifichi una controreplica, dalla scadenza del termine per il deposito di quest'ultima (*ex art. 7, comma 2*); oppure (se la controreplica del convenuto è stata effettivamente notificata) dalla scadenza del termine massimo di ottanta giorni dalla notifica della controreplica (*ex art. 7, terzo comma*). Lo stesso quarto comma dell'art. 8 prevede che il «rilievo d'ufficio è precluso se l'udienza si è comunque svolta con la partecipazione di almeno una parte; in tal caso l'estinzione deve comunque essere eccepita, a pena di decadenza, entro la stessa udienza».

⁶² In tal senso Monteleone, *op.cit.*, 20; Riva Crugnola, *Le attività del giudice nel nuovo «processo societario» di cognizione di primo grado: fissazione dell'udienza, istruzione, fase decisoria*, in *Società*, 2003, 785; Tiscini, *Commento art. 9 d.lgs. n. 5/2003*, in *La riforma delle società. Il processo*, a cura di Sassoni, Torino, 2003, 103; per la giurisprudenza, Trib. Lucca 18 ottobre 2004, in www.judicium.it.

⁶³ Cfr. Pio Fuiano, *op.cit.*, 560, il quale rileva come le norme regolatrici dell'estinzione non trovino una sistemazione unitaria e razionale nell'elaborato normativo del rito societario ma, al contrario, «risultano collocate, si direbbe, senza un preciso criterio e talora, sotto il profilo logico, invertite».

⁶⁴ E' espressamente previsto, infatti, che il processo si estingua:

- se l'istanza di fissazione di udienza non sia notificata entro venti giorni decorrenti dalla scadenza (i) dei termini di cui ai primi tre commi dell'art. 8, (ii) del termine stabilito dall'art. 7, comma 2, per il deposito della memoria di controreplica del convenuto, (iii) del termine massimo di cui all'art. 7, comma 3 (art. 8, comma 4);
- se l'attore non si costituisca affatto ovvero si costituisca tardivamente ed il convenuto formuli la relativa eccezione (art. 13, comma 1).

si determinerebbe, per la parte non interessata alla definizione del giudizio (come, ad esempio, uno dei convenuti), la possibilità di avere un'arma «troppo forte»⁶⁵, potendo essa notificare l'istanza, senza depositarla, poi, nei dieci giorni successivi all'ultima notifica.

Questa soluzione, esponendo la norma a forti dubbi di legittimità costituzionale per violazione degli artt. 3, 24 e 111 Cost.⁶⁶, non sembra evidentemente condivisibile, posto che deve essere comunque assicurato all'attore il diritto alla prosecuzione del processo.⁶⁷

Si dovrebbe concludere, allora, nel senso che se il mancato rispetto del termine fissato dall'art. 9, comma 3, stante la sua natura perentoria, comporta la decadenza per la parte che ha notificato l'istanza dalla possibilità di chiedere la fissazione dell'udienza, ciò, comunque, non possa privare le altre parti che l'hanno ricevuta, e che devono depositare le proprie note nel medesimo termine di dieci giorni dalla notifica, del diritto di far pronunciare il decreto di fissazione dell'udienza.⁶⁸ Tale soluzione ha il pregio di preservare i diritti di tutte le parti e di rispettare i principi generali, la perentorietà di un termine implicando mera decadenza dall'esercizio del potere cui lo stesso è collegato e non, di regola, decadenza dall'esercizio di ogni potere processuale, che deriverebbe dall'estinzione.⁶⁹

Diverso problema è quello dei soggetti legittimati passivi della notificazione dell'istanza.⁷⁰ La legge precisa, infatti, che quest'ultima, da chiunque posta in essere,

⁶⁵ Così Trisorio Liuzzi, *op.cit.*, § 9, il quale, pur rilevando che sarebbe più giusto consentire all'attore di scegliere se riprendere lo scambio degli atti o chiedere la fissazione dell'udienza, conclude che all'attore, in assenza di una previsione legislativa, non rimanga altra strada, in simili casi, che la fissazione dell'udienza di discussione. Considerano altresì inaccettabile la tesi dell'estinzione quale conseguenza del mancato deposito dell'istanza nel termine di dieci giorni Pio Fuiano, *op.cit.*, 589 ss.; Fabiani, *op.cit.*, § 6.2; Arieta-De Santis, *op.cit.*, p. 220. Per la giurisprudenza si vedano Trib. Santa Maria Capua Vetere 29 novembre 2005 (ord.), in *www.judicium.it.*; Trib. Milano 12 gennaio 2007 (ord.), in *www.judicium.it.* A tal proposito, si riporta la proposta dell'Organismo unitario dell'Avvocatura, nel senso che «ciascuna delle parti può provvedere al deposito in cancelleria dell'istanza di fissazione di udienza nel termine di dieci giorni dalla notificazione. In caso di notifica a più parti, il termine decorre dalla prima notifica».

⁶⁶ Cfr. Pio Fuiano, *op.cit.*, 589.

⁶⁷ Nella stessa *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2004*, tenutasi a Roma in data 11 gennaio 2005 (e consultabile in *www.giustizia.it*) è stato rilevato, sollecitando «una riflessione sulle conseguenze che in concreto possono derivare dalla nuova disciplina del contenzioso societario», che con estrema frequenza le istanze di fissazione dell'udienza sono fortemente caratterizzate da un atteggiamento di «destrezza processuale» nella scelta di cogliere il momento di fragilità della difesa avversaria. In realtà, queste scelte strategiche rivelano volontà le quali, piuttosto che dalla devoluzione della controversia alla fase c.d. «giudiziale» per addivenire ad una decisione sul merito, sono rappresentate da altri fini, quali quello della dichiarazione di estinzione del giudizio.

⁶⁸ In questo senso Trisorio Liuzzi, *op.cit.*, § 9.8; Arieta-De Santis, *op.cit.*, 220 ss.; Scarafoni, *op.cit.*, p. 1456. Sul tema si veda anche Didone, *op.cit.*, 85 ss.

⁶⁹ Cfr. Pio Fuiano, *op.cit.*, 590, il quale rinvia a Canelutti, *Sistema del diritto processuale civile*, II, Padova, 1938, 491.

⁷⁰ Nel rito societario la nozione di contumacia è diversa, con riferimento al convenuto, a quella del codice di procedura civile, in quanto nella prima ipotesi tale situazione corrisponde a quella della parte che non notifica tempestivamente la comparsa di risposta. Si vedano, sul tema, Polisenò, *sub art. 13*, in *I procedimenti in materia commerciale*, a cura di Costantino, Padova, 2005, 259;

debba essere notificata alle «altre parti», non specificando se queste debbano essere solo quelle costituite e, quindi, comprendendo implicitamente il contumace.⁷¹ Peraltro, dall'art. 13, terzo comma, è possibile desumere che essa debba essere comunicata mediante notifica anche alle parti che non si sono costituite, per consentire alle stesse di esercitare i poteri indicati in tale disposizione.⁷²

Nel caso di mancata notifica dell'istanza di fissazione dell'udienza, inoltre, sussistono dubbi circa gli effetti da essa scaturenti. Infatti, come si è visto, l'art. 8, comma 4, richiama la mancata notifica dell'istanza nei venti giorni successivi alla scadenza dei termini ivi previsti tra le cause di estinzione del processo, essendo questa ipotesi, peraltro, l'unica rilevabile anche d'ufficio. Tale rilievo è, però, precluso quando l'udienza si sia comunque svolta con la partecipazione di almeno una parte: in questo caso, l'estinzione deve essere eccepita, a pena di decadenza, entro la stessa udienza.⁷³

Nel processo pluriparti, nelle ipotesi, come quella di specie, di litisconsorzio facoltativo, non è chiaro se l'estinzione debba essere dichiarata con riferimento all'intero giudizio ovvero alla singola causa cumulata.

In questa ipotesi, essendo il processo soltanto formalmente unico, poiché alla pluralità di parti corrisponde una pluralità di rapporti processuali tra loro indipendenti e scindibili⁷⁴, gli effetti delle vicende proprie di ciascuno di essi non dovrebbero trasmettersi agli altri.⁷⁵ L'estinzione, dunque, dovrebbe essere dichiarata con riferimento all'unico rapporto nel quale non sia stata perfezionata la procedura di notificazione dell'istanza di fissazione, e non all'intero processo.

D'altronde, la separazione delle cause e la pronuncia dell'estinzione parziale del processo meglio risponderebbero a circostanze concretamente verificatesi nell'ambito di quest'ultimo, quale l'avvenuto componimento della lite solo rispetto ad alcuni dei litisconsorti⁷⁶. Peraltro, l'ammissibilità dell'estinzione parziale qualora intervenga la

Raganati, *Il processo contumaciale tra eccessivo garantismo e principio di autoresponsabilità*, in *www.judicium.it*, § 1.

⁷¹ Così De Santis, *Contumacia del convenuto e litisconsorzio facoltativo nel rito societario*, in *Società*, 2007, 616.

⁷² Cfr. Menchini, *ult.cit.*, 84; Polisenò, *Le fattispecie estintive del processo commerciale: ricognizione delle ipotesi e «stato dell'arte»*, in *www.judicium.it*, p. 9. In giurisprudenza, si vedano, *ex multis*, Trib. Napoli 21 novembre 2005, in *Società*, 2007, 613 ss.; Trib. Santa Maria Capua Vetere 13 dicembre 2005, in *Società*, 2006, 1033 ss.; Trib. Terni 28 febbraio 2005, in *Foro it.*, 2006, 936 ss.

⁷³ La rilevanza officiosa dell'estinzione, prevista dalla norma, appare, pertanto, più apparente che effettiva, in quanto il giudice potrà, in corso d'udienza, rilevare l'estinzione del giudizio d'ufficio solo ove nessuna delle parti, compresa quella abbia proposto l'istanza, sia comparsa. Cfr. Ventura, *op.cit.*, 149 ss.

⁷⁴ Cfr. Desiato, *L'estinzione «parziale» del processo litisconsortile nel nuovo rito societario*, in *Società*, 2006, 1036. In generale, sull'estinzione parziale per inattività nel processo litisconsortile, si vedano, *ex multis*, Carnelutti, *Estinzione parziale nel processo cumulativo*, in *Riv. dir. proc.*, 1959, 473 ss.; Vaccarella, *Inattività delle parti ed estinzione del processo di cognizione*, Napoli, 1975, 225; Patelli, *Il litisconsorzio nel processo civile*, Torino, 2001, 374.

⁷⁵ Cfr. Trib. Santa Maria Capua Vetere 13 dicembre 2005, *cit.*; Trib. Milano 21 gennaio 2005, in *Società*, 2005, 1433 ss.

⁷⁶ Nel particolare caso in cui il convenuto cui non è stata notificata dall'attore l'istanza sia contumace si vedano Desiato, *op.cit.*, 1037 ss; De Santis, *op.cit.*, 619.

rinuncia agli atti del giudizio⁷⁷, così come il principio secondo il quale l'inattività che riguardi una causa cumulata debba operare soltanto in riferimento a quello specifico rapporto processuale⁷⁸, trovano ormai pieno riconoscimento nel nostro ordinamento.

Infine, non sembra potersi desumere dall'assenza, all'interno della disciplina del rito societario, di riferimenti all'istituto della separazione delle cause connesse l'impossibilità di disporre la separazione delle cause connesse ove la loro trattazione congiunta ne possa ritardare la definizione.⁷⁹ Pertanto, solo nei casi di connessione particolarmente intensa, la quale dia luogo a fenomeni quali il litisconsorzio necessario, la inscindibilità delle cause integra l'impossibilità di un'estinzione parziale.⁸⁰

Tuttavia, questa soluzione, che riflette, peraltro, un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato anche nell'ambito del rito societario⁸¹, pur rispondendo a criteri di coerenza giuridica e di ragionevolezza⁸², non sembra in grado di tutelare sufficientemente le esigenze e gli interessi dell'attore quando l'istanza sia presentata da uno dei convenuti.⁸³

Infatti, l'estinzione del processo nei confronti dei litisconsorti facoltativi ai quali non sia stata notificata l'istanza produrrebbe l'"eliminazione" di fatto⁸⁴ di una delle parti nei confronti delle quali l'attore ha ritenuto di agire. Fermo rimanendo che (come nel caso di specie) tale effetto estintivo non si verificherebbe nel caso in cui, secondo quanto previsto dall'art. 8, comma 5-*bis*, una delle parti notificasse una memoria od altro scritto difensivo, ragion per cui la questione dell'inefficacia dell'istanza di fissazione dell'udienza finirebbe per risultare prevalente/assorbente rispetto a quella della separazione delle cause con la dichiarazione di estinzione parziale, si deve rilevare che quest'ultima, in difetto dello scambio di memorie successivo all'istanza di fissazione testè prospettata, non sarebbe idonea a tutelare gli interessi dell'attore.

⁷⁷ Si veda, al riguardo, Trib. Roma 25 gennaio 2005, in *Giur.it.*, 2006, I, 813 ss.

⁷⁸ Cfr. Desiato, *op.cit.*, 1037, nota 18, per ulteriori riferimenti dottrinali.

⁷⁹ L'elenco dei poteri del giudice relatore, contenuto nell'art. 12, deve al riguardo considerarsi esemplificativo, anche in virtù dell'applicabilità residuale delle norme del codice di procedura civile al d. lgs. n. 5/2003. Cfr. De Santis, *op.cit.*, 620; Picaroni, *ult.cit.*, 1439 ss. In tal senso, Trib. Bergamo 1 ottobre 2004, in *www.judicium.it*.

⁸⁰ Cfr., *ex multis*, Carnelutti, *Estinzione parziale del processo cumulativo*, in *Riv.dir.proc.*, 1959, 473; Perago, *Cumulo soggettivo e processo di impugnazione*, Torino, 2002, 135 ss.; Sotgiu, *La disciplina dell'estinzione del processo nel nuovo rito commerciale a cognizione piena*, in *Riv. trim. dir. e proc.civile*, 2005, n. speciale, 173 ss.

⁸¹ In questo senso si sono espressi, di recente, Trib. Napoli, 31 gennaio 2006, in *Dir.fall.*, 2009, I, p. 125; Trib. Santa Maria Capua Vetere 13 dicembre 2005, in *Le Società*, 2006, 1033; Trib. Milano 21 gennaio 2005, in *Le Società*, 2005, 1433; Trib. Napoli 21 novembre 2005, in *Le Società*, 2007, 613; Trib. Terni, 28 febbraio 2005, con commento di Giordano, in *Il corriere di merito*, 2005, p. 676 e ss. Si veda anche Trib. Bergamo, 1 ottobre 2004, in *www.judicium.it*, secondo cui «in presenza di domande proposte da più attori contro più convenuti in forza di titoli, rapporti giuridici e *causae pretendi* distinti ed autonomi è opportuno disporre la separazione dei giudizi».

⁸² Così Desiato, *op.cit.*, 1037. Si veda anche Macrì, *Brevi note in materia di estinzione del processo societario. Una fattispecie particolare: la mancata notifica dell'istanza di fissazione dell'udienza al contumace*, in *Dir.fall.*, 2009, I, p. 125 e ss.

⁸³ E non, come nei casi di cui ai provvedimenti riportati nella precedente nota, da parte dell'attore.

⁸⁴ A seguito di un'omissione del convenuto della quale lo stesso potrebbe avvantaggiarsi.

Si immagini, ad esempio, che l'istanza proveniente dal convenuto venga notificata ad altre parti (attore e convenuti) e non anche all'unico convenuto rimasto contumace e che le stesse ritengano di avere svolto appieno le proprie attività nella fase propedeutica a quella *apud iudicem*.⁸⁵ In tal caso, se si ritenesse adottabile, da parte del giudice relatore, un provvedimento di separazione delle cause, con la pronuncia di estinzione del processo nei confronti del convenuto (contumace) cui l'istanza non è stata notificata⁸⁶ –sempre nel presupposto che non sia stata posta in essere alcuna attività tale da rendere, ai sensi dell'art. 8, comma 5-*bis*, inefficace l'istanza di fissazione⁸⁷– l'attore si vedrebbe estromessa, nella fase successiva del giudizio, una delle parti nei confronti della quale, magari, la propria pretesa avrebbe potuto trovare accoglimento con minore difficoltà rispetto alle altre.⁸⁸

Né sembra condivisibile una soluzione più estrema, quella, cioè, dell'estinzione integrale del processo nei confronti di tutte le parti, cui peraltro non si è mancato di aderire in un caso analogo a quello in esame⁸⁹, in quanto potrebbe consentire, alla parte che ometta volontariamente la notifica dell'istanza di fissazione ad una delle parti, di determinare *motu proprio* l'estinzione del giudizio.

Nella fattispecie in esame, il giudice designato dal presidente non compie un'approfondita disamina degli effetti che la mancata notifica dell'istanza di fissazione dell'udienza al convenuto contumace determina sul giudizio ma, ordinando comunque la notificazione di tale atto anche a quest'ultima parte, sembra orientato ad impedire che un effetto pregiudizievole nei confronti dell'attore "incolpevole" si possa verificare a seguito dell'(in)attività di uno dei convenuti.

Così, sembra potersi concludere che tra gli interventi riparatori del giudice relatore, sebbene non espressamente previsti dalle disposizioni di cui agli artt. 12 e 13, relative ai poteri dello stesso⁹⁰, debba rientrare anche quello oggetto della presente nota.

⁸⁵ Occorre notare, peraltro, come non sia così scarsamente riscontrabile nella pratica il caso in cui l'attore provveda a depositare in cancelleria la nota contenente la definitiva formulazione delle istanze istruttorie, e delle conclusioni di diritto e di merito già proposte, prima che l'istanza sia depositata in cancelleria dal convenuto, il quale, ai sensi dell'art. 9, terzo comma, deve depositare l'istanza nel termine perentorio di dieci giorni dall'ultima notificazione.

⁸⁶ Adottando, quindi, la stessa soluzione generalmente accolta quando parte istante sia l'attore.

⁸⁷ In questo caso, infatti, l'istanza di fissazione perderebbe la propria efficacia ed il processo dovrebbe ritornare ad una forma in cui senz'altro l'estromissione di una parte non può avvenire, perché dovrebbe necessariamente basarsi sul provvedimento di un giudice che ancora non c'è.

⁸⁸ Le quali hanno svolto attività difensive volte a contrastare le deduzioni dell'attore.

⁸⁹ Trib. Napoli, (ord.) 24 aprile 2006, in *Giur.mer.*, 2006, 1452. Come nel caso in esame, l'istanza di fissazione dell'udienza era stata notificata, nell'ambito di un processo con pluralità di parti, solo all'attore, e non anche alle altre convenute (in parte costituitesi ed in parte rimaste contumaci), ma il Giudice partenopeo, dichiarando l'estinzione, ha ritenuto il provvedimento idoneo anche in virtù dell'inattività della parte attrice, la quale era rimasta inerte pur potendo contrastare la scelta processuale del convenuto istante in tre modi: notificando "ritualmente e tempestivamente alle altre parti una propria istanza di fissazione dell'udienza di discussione", o "uno scritto difensivo rendendo, in tal modo, inefficace, a norma dell'art. 8 comma 5- *bis* del d.lgs. citato, l'altrui istanza di fissazione dell'udienza", oppure, da ultimo, "chiedendo la declaratoria di inammissibilità di tale istanza".

⁹⁰ In particolare, l'art. 12 prevede, rispettivamente al sesto ed all'ottavo comma, che con il decreto di fissazione dell'udienza, il giudice relatore assegna, ove sussista l'esigenza di regolarizzazione ai sensi dell'art. 182 c.p.c., un termine non inferiore a trenta giorni e non superiore a sessanta per i

Il continuo e necessario intervento della giurisprudenza non solo per tentare di individuare o chiarire il significato e la portata delle norme che compongono l'impianto normativo di cui si è sopra trattato, ma addirittura per garantire il rispetto di alcuni irrinunciabili valori costituzionali (quali, tra altri, quello del giusto processo), riguardo ai quali lo stesso risulta, sotto diversi profili, gravemente carente, se, da una parte, giustifica appieno l'eliminazione di tale impianto⁹¹, deve, dall'altra, servire da monito per la preannunciata fase di rielaborazione del processo civile⁹², affinché siano almeno soddisfatte in maniera più chiara ed efficace le esigenze di speditezza avvertite nell'ambito delle controversie societarie.

necessari adempimenti, fissando l'udienza di discussione entro i successivi trenta giorni, e che, laddove sussista l'esigenza di integrazione del contraddittorio ai sensi degli artt. 102 e 107 c.p.c., fissa un termine non inferiore a trenta giorni per provvedere alla notificazione ai litisconsorti ed ai terzi di tutti gli scritti difensivi. Il successivo art. 13, al quinto comma, prevede poi che nel decreto di fissazione dell'udienza il relatore, valutata ogni circostanza, possa rimettere in termini la parte che abbia risentito, per irregolarità procedurali, pregiudizio del proprio diritto di difesa. Inoltre, si ritiene che l'intervento del giudice relatore si possa, in genere, estendere anche alle situazioni già oggetto di esame del presidente. In questo senso, Picaroni, *ult.cit.*, 1437.

⁹¹ Nello stesso senso, *ex multis*, Finocchiaro, *Confini della giurisdizione più sfumati per rendere effettivi i diritti dei cittadini*, in *Guida al Diritto – Il Codice di Procedura Civile*, giugno 2009, p. 24, il quale rileva comunque che «per quei pochi che [...] sono affezionati a questo processo, l'articolo 70-ter disp.att.c.p.c., rimasto in vigore, sembra continuare a consentire loro di invitare nell'atto di citazione il(i) convenuto(i) all'applicazione del processo societario».

⁹² Sulla portata della delega contenuta nella già citata legge n. 69/2009, che solo in parte ha già modificato l'impianto processualistico, cfr., *ex multis*, Ciccia, Galli, *Processo civile, al via la riforma*, in *Italia Oggi*, 22 giugno 2009.