

Società

Processo societario: limiti di ammissibilità dell'istruzione probatoria nel rito sommario

TRIBUNALE DI ANCONA, sez. dist. Fabriano, 7 novembre 2005 (ord.)
Giud. Marziali - Tizio c. Caio

Controversie di rito societario - Procedimento sommario - Inammissibilità della pronuncia di condanna generica - Necessario mutamento del rito.

(D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 art. 19)

Non può affermarsi quale regola fissa che, in fase sommaria, non vi sia uno spazio istruttorio, foss'anche embrionale, sui fatti costitutivi delle eccezioni del convenuto. Né si può immaginare che, sentendo informatori indicati dall'attore, il giudice non indaghi, ove possibile, all'udienza sommaria, anche sul fatto costitutivo dell'eccezione del convenuto e non tragga proprio da questa indagine eventuale convincimento di manifesta infondatezza di quella contestazione, concedendo perciò la condanna sommaria.

Controversie di rito societario - Procedimento sommario - Inammissibilità della pronuncia di condanna generica - Necessario mutamento del rito.

(D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 art. 19)

Il rito sommario previsto dall'art. 19 del D.Lgs. 5/2003 è finalizzato, sul modello del "referè" franco-belga, a dare subito e con sicurezza un titolo giurisdizionale di facile e pronta esecuzione (seppure insuscettibile di passare in giudicato). Non è pertanto ammissibile, all'esito del predetto procedimento, la pronuncia di una condanna generica.

(Omissis).

Con ricorso depositato il 18 giugno 2005, ai sensi dell'art. 1, lett. d) e 19 del D.Lgs. n. 5 del 2003, Tizio L., Tizio M., Tizio O. e Caio E. esponevano che, avendo nella loro disponibilità la somma di euro 116.000 ricavata da una vendita e volendo destinarla ad un investimento sicuro, decidevano di rivolgersi alla Cassa di Risparmio di Fermo.

(Omissis). (1)

Nota:

(1) Il testo integrale è pubblicato sul sito www.ipsoa.it/IlCorriereDelMerito/Civile.asp.

IL COMMENTO

di Luigi Cajazzo e Francesca Pace

L'ordinanza in commento, che viene segnalata all'attenzione dei lettori, più che per il pregio della motivazione, per l'attualità e l'interesse delle tematiche trattate, si inserisce nel vivo del dibattito ingenerato dall'introduzione, nel nostro ordinamento, del procedimento sommario societario, affrontando due temi particolarmente controversi: quello del possibile esito decisivo del procedimento in questione e quello dei limiti dell'attività istruttoria esperibile da parte del giudice investito della cognizione sommaria. Nella conclusione del provvedimento il Giudice si sofferma altresì sui risvolti pratici della traslazione del rito nel caso in cui competente a conoscere il procedimento sommario sia una sezione distaccata, mentre il rito ordinario, a trattazione collegiale, sia demandato alla sede centrale.

Quattro piccoli risparmiatori, possessori di obbligazioni Parmalat, a seguito del noto *default* dei titoli della società, si rivolgono all'autorità giudiziaria, promuovendo ricorso ex art. 19, D.Lgs. n. 5 del 2003, al fine di ottenere la condanna dell'Istituto di credito che aveva loro consigliato l'infruttuoso investimento alla restituzione del capitale versato.

Gli istanti espongono di essersi rivolti alla banca convenuta, alcuni mesi prima delle vicende che hanno comportato la sospensione del rimborso delle obbligazioni Parmalat, allo scopo di investire una considerevole somma di denaro ricavata da una vendita e di essere stati indotti all'acquisto dei titoli Parmalat (di cui la banca medesima disponeva in portafoglio) dal direttore dell'Istituto che aveva presentato l'operazione come assolutamente sicura, conveniente e priva di rischi.

Deducono, quindi, che il contratto di negoziazione dei titoli stipulato con la banca deve ritenersi "invalido" per violazione, da parte della convenuta, degli obblighi di diligenza, correttezza e trasparenza prescritti sia dal codice civile, sia dagli artt. 21, 24, 36 e 38 del D.Lgs. n. 58/1998 e dagli artt. 26, 27, 28, 29 e 30 del Regolamento Consob n. 11522/1998. Gli istanti affermano ancora che tale comportamento deve ritenersi altresì fonte di responsabilità contrattuale e extracontrattuale, con conseguente obbligo dell'Istituto di credito di risarcire i danni da essi lamentati.

Si costituisce in giudizio la banca convenuta, che spiega eccezione preliminare d'inammissibilità del ricorso e formula, nel merito, articolate controdeduzioni in fatto e in diritto.

All'esito dell'udienza di cui all'art. 19 comma 2 *bis*, D.Lgs. 5/2003, il Giudice respinge la domanda di condanna sommaria, disponendo il mutamento del rito da sommario a ordinario e trasmettendo il fascicolo al Presidente del Tribunale.

Brevi note in tema di procedimento sommario di cognizione

L'art. 19 del D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, com'è noto, ha introdotto nel nostro ordinamento un mezzo processuale nuovo, caratterizzato dalla sommarietà della cognizione e volto a consentire al titolare del diritto la possibilità di ottenere in modo rapido una pronuncia di condanna immediatamente esecutiva, che costituisce anche titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

Il procedimento tratteggiato dalla predetta norma - a cui è possibile ricorrere (in alternativa al processo ordinario disciplinato dagli articoli 2 ss. del decreto sopra indicato) per tutte "le controversie di cui all'art. 1 che abbiano ad oggetto il pagamento di una somma di danaro anche se non liquida, ovvero la consegna di cosa mobile determinata", con la sola eccezione delle azioni di responsabilità - si presenta così congegnato:

- deve essere introdotto con ricorso da depositarsi nella cancelleria del tribunale competente in composizione monocratica, a seguito del quale il giudice deve disporre la comparizione delle parti, assegnando al convenuto un termine per la sua costituzione ("che deve avvenire non oltre 10 giorni prima dell'udienza");

- può avere un duplice esito, essendo attribuito al giudice: a) di pronunciare ordinanza immediatamente esecutiva di condanna (non suscettibile di formare giudicato), qualora "ritenga sussistenti i fatti costitutivi della domanda e manifestamente infondata la contestazione del convenuto"; b) di trasformare il rito da sommario a ordinario (assegnando all'attore "i termini di cui all'art. 6") qualora "l'oggetto della causa o le difese svolte dal convenuto richiedano una cognizione non sommaria", o in ogni altro caso in cui non ricorrano i presupposti per la pronuncia dell'ordinanza di condanna di cui sopra.

Questi gli unici elementi predeterminati dalla norma. Per il resto il giudice è libero di condurre il procedimento discrezionalmente.

La scarsa disciplina dettata dal legislatore, quasi che "la sommarietà venga a designare non solo il modo... di pervenire all'accertamento dei fatti ed alla decisione, ma addirittura ... il modo stesso in cui il processo viene disciplinato e descritto" (2), ha inevitabilmente ingenerato un articolato dibattito circa l'ambito di applicazione della cognizione sommaria, le modalità di svolgimento del procedimento (con particolare riguardo ai limiti dell'istruzione probatoria) e gli elementi utilizzabili dal giudice per formare il proprio convincimento, questioni,

Nota:

(2) L'osservazione è di Ronco, in *Il nuovo processo societario*, commentario diretto da Ciaroni, Bologna, 2004, sub art. 19, 523 ss..

queste, sui cui tratti essenziali sarà bene soffermarsi brevemente per meglio cogliere la portata della pronuncia in commento.

Per quanto concerne l'ambito di applicazione dell'istituto, è stato osservato che dal dettato del menzionato art. 19 sono ricavabili essenzialmente tre limiti, attinenti al *petitum* (mediato e immediato) ed alla causa *petendi* (3).

Riguardo alla causa *petendi*, l'art. 19 esclude espressamente la possibilità di decidere in via sommaria le "azioni di responsabilità da chiunque proposte". La formulazione della norma è, al riguardo, talmente ampia e generica da far ipotizzare che il legislatore abbia voluto precludere al giudice del procedimento sommario la valutazione di qualsiasi profilo di responsabilità gestoria, sia pure *incidenter tantum* (4). È stato osservato, tuttavia, che eventuali pretese di condanna derivanti da illecita gestione sociale potrebbero essere oggetto di procedimento sommario nell'ipotesi, sia pur remota, che nelle rispettive azioni (di responsabilità, di annullamento o di nullità) non sia stata presentata alcuna domanda al riguardo e tali azioni abbiano già dato luogo ad una sentenza passata in giudicato (5). Altri, invece, ritengono che il ricorso al rito sommario sia comunque consentito per tutte le controversie in cui l'attore domandi esclusivamente la condanna della società, sia pure per atti e comportamenti riconducibili all'operato di amministratori, sindaci, liquidatori o direttori (6).

Quanto al *petitum*, il riferimento della norma al pagamento di una somma di danaro (anche se non liquida) ed alla consegna di una cosa mobile determinata, quali uniche tipologie di diritti tutelabili con il procedimento in esame, ed ancora l'indicazione dell'ordinanza di condanna immediatamente esecutiva quale unico possibile provvedimento di accoglimento della domanda, portano ad escludere, dall'ambito della cognizione sommaria, sia le domande di mero accertamento che quelle di tipo costitutivo, domande sulle quali, secondo la dottrina più rigorosa, il giudice del procedimento sommario non potrebbe pronunciarsi neppure quando il loro accoglimento costituisca un mero presupposto per la condanna del convenuto (7).

Riguardo poi alle singole tipologie di condanna pronunciabili nel procedimento in questione, sussistono innanzitutto numerosi dubbi circa l'ammissibilità di una condanna meramente generica. All'orientamento dottrinario che nega categoricamente l'ammissibilità di siffatta pronuncia, attesa la funzione propria del procedimento sommario di consentire la formazione di un titolo esecutivo (8), si contrappone l'opinione di chi, pur ritenendo inammissibile la proposizione di una domanda che abbia quale unico *petitum* immediato la condanna generica del convenuto, non rinviene alcun ostacolo a che possa essere formulata ex art. 19 "una domanda di condanna ordinaria, a fronte della quale il giudice ... si limiti a pronunciare con ordinanza la condanna generica (e l'eventuale provvisoria) riservando al seguito

della trattazione a cognizione piena l'ulteriore quantificazione del dovuto" (9).

Si discute, inoltre, se la pronuncia di condanna possa riguardare anche la consegna di una determinata quantità di cose fungibili diverse dal denaro (10), mentre non sembrano rinvenibili motivi ostativi a che oggetto della pretesa del ricorrente possa essere non soltanto un diritto obbligatorio, ma anche un diritto a fondamento reale (11).

Quanto alla natura del credito azionabile, l'art. 19 prevede espressamente che possa trattarsi anche di credito non liquido. È quindi possibile che la somma richiesta possa essere quantificata dal giudice all'esito del procedimento, ma è controverso se possa richiedersi il pagamento di ogni somma illiquida, o soltanto di somme facilmente liquidabili.

Sembra fuor di dubbio che il giudice debba in ogni caso negare la tutela sommaria e disporre il passaggio al rito ordinario tutte le volte in cui ritenga che la liquidazione della somma richiesta necessiti di un'istruttoria lunga e complessa, incompatibile con le finalità e le caratteristiche del rito sommario.

La questione di gran lunga più controversa è certamente quella concernente l'individuazione dei connotati e dei limiti dell'istruzione probatoria esperibile.

La disparità di vedute esistente al riguardo deriva dall'assoluto silenzio del legislatore sull'argomento, silenzio che ha aperto la via a differenti interpretazioni. Secondo una prima impostazione, l'assenza di un'esplicita disposizione sul punto porterebbe a negare che nel procedimento di cui al menzionato art. 19 vi sia la possibilità di qualsivoglia istruttoria che non sia circoscritta all'allegazione di prove documentali, e tale assunto troverebbe conferma nel fatto che il legislatore, in tutti i casi in cui ha voluto lasciare spazio, nei procedimenti cautelari e sommari, alle prove costituenti lo ha sempre fatto con una previsione espressa. Al giudice della tutela sommaria sarebbe tuttavia concesso di considerare le dichiarazioni delle parti e di valutare il loro atteggiamento complessivo al fine di ricavarne ammissioni e confessioni spontanee, nonché di far ricorso alla prova per pre-

Note:

(3) Cfr. Ronco, *op. cit.*.

(4) Cfr. Sassani-Tiscini, *Il nuovo processo societario*, in *www.judicium.it*, § 12, 9, nonché Arieta-De Santis, *Diritto processuale societario*, Padova, 2004, p. 353 ss..

(5) Cavallini, *Il procedimento sommario di cognizione nelle controversie societarie*, in *Giust. civ.*, 2003, 444, ss..

(6) Ronco, *op. cit.*.

(7) *Ibidem*.

(8) Arieta-De Santis, *op. cit.*; Saletti, *Il procedimento sommario*, in *www.judicium.it*.

(9) Ronco, *op. cit.*.

(10) In senso negativo cfr. Arieta-De Santis, *op. cit.*.

(11) *Ibidem*.

sunzioni, anche quando sussista la possibilità astratta di dimostrare il fatto controverso con mezzi costituenti diritti (12).

Secondo altra soluzione, invece, proprio la possibilità di far valere crediti illiquidi, per la quantificazione dei quali può rendersi necessario lo svolgimento di apposita attività istruttoria, dimostrerebbe l'ammissibilità anche di prove costituenti, purché dirette a dimostrare i fatti costitutivi della domanda o l'ammontare del credito, con possibilità per il giudice di disporre anche consulenza tecnica d'ufficio (13).

La questione dei limiti dell'attività istruttoria si interessa, poi, inevitabilmente, con quella concernente gli elementi di convincimento utilizzabili dal giudice per pervenire alla pronuncia dell'ordinanza di condanna sommaria.

L'art. 19, come innanzi detto, demanda al giudicante innanzitutto di verificare se l'oggetto della controversia - da individuarsi in base al contenuto della domanda proposta dal ricorrente e delle difese svolte dal convenuto - sia compatibile con le forme del rito sommario, verifica che dovrà essere condotta non soltanto in astratto, sulla base della riconducibilità del *thema decidendum* nell'ambito di previsione dell'art. 19 comma 1, ma anche in concreto, valutando se il rito sommario con le sue peculiarità sia adeguato alla soluzione del singolo caso sottoposto all'attenzione del giudice.

La medesima norma sancisce, inoltre, che l'ordinanza di condanna può essere pronunciata solo quando il giudice, procedendo ad una valutazione comparativa delle difese di entrambe le parti, ritenga sussistenti i fatti costitutivi della domanda e manifestamente infondate le contestazioni del convenuto.

È evidente che tale valutazione assumerà connotazioni diverse a seconda che si riconoscano al giudice del rito sommario più o meno ampi poteri discrezionali, soprattutto con riguardo alla possibilità di compiere atti di istruzione.

Sulla base della soluzione adottata potrà affermarsi, ad esempio, che la sussistenza e la fondatezza dei fatti costitutivi della domanda debbano necessariamente risultare da una prova di immediata evidenza, qual è appunto la prova documentale o, viceversa, possano essere verificate anche all'esito dell'espletamento di prove costituenti (fermo restando, ovviamente, che la particolare complessità della domanda o dei mezzi di prova richiesti renderebbero per ciò solo inutilizzabile il rito sommario).

Analogo ragionamento potrà essere condotto con riferimento alle difese del convenuto.

Queste, secondo l'opinione generalmente seguita, possono consistere sia in mere contestazioni con cui il convenuto medesimo, senza modificare il *thema probandum* e il *thema decidendum*, si limiti a negare l'esistenza del fatto costitutivo, che in eccezioni in senso stretto concernenti fatti impeditivi, modificativi, o estintivi (14). Nell'uno e nell'altro caso le predette difese pos-

sono essere preclusive dell'emanazione della pronuncia di condanna solo se "manifestamente infondate".

Ora, se si nega che il giudice possa compiere qualsiasi atto di istruzione avente ad oggetto le contestazioni e le eccezioni del convenuto - con la conseguenza che l'ordinanza di condanna potrà essere pronunciata solo quando le difese del convenuto siano *prima facie* infondate (risultino cioè generiche o inconsistenti già allo stato degli atti) - deve concludersi che l'introduzione da parte del convenuto di qualsiasi eccezione, accompagnata dalla richiesta di prove costituenti, è in ogni caso sufficiente a paralizzare la procedibilità del rito sommario e a determinarne la trasmigrazione nel rito ordinario.

È evidente che in tal modo la praticabilità del rito sommario risulterebbe enormemente ridotta.

In dottrina si è osservato, quindi, che a tale inconveniente potrebbe ovviarsi in due modi: o riconoscendo al giudice la possibilità di compiere una qualche istruttoria (rinnovando, all'esito, il giudizio di manifesta infondatezza sulle contestazioni ed eccezioni del convenuto) ovvero forzando il significato del termine "manifestamente" per intenderlo nell'accezione di "probabilmente", cosicché il giudice possa pronunciare ordinanza di condanna anche quando ritenga che le difese del convenuto siano con ogni probabilità infondate (15).

Tale ultima soluzione sarebbe avvalorata dal fatto che la condanna sommaria, per espressa previsione legislativa, ha un effetto di accertamento inferiore a quello della sentenza ordinaria, il che implicherebbe che essa può fondarsi su un accertamento meno pieno di quello di una comune sentenza di condanna, basato, per l'appunto, su un ragionamento presuntivo.

Secondo tale impostazione, pertanto, l'ordinanza di condanna può essere pronunciata quando i fatti costitutivi della domanda siano provati per documenti o presunzioni, e, nello stesso tempo, le contestazioni addotte dal convenuto non siano accompagnate dall'indicazione di alcun mezzo di prova o, pur se accompagnate dall'indicazione di un mezzo di prova costituendo, possano essere smentiti mediante un ragionamento presuntivo che il giudice possa fare con gli elementi già a sua disposizione.

Le soluzioni indicate dal Giudice di Fabriano e lo stato della giurisprudenza

Nell'alveo di tale discussione si inserisce l'ordinanza che si annota, emanata, come si è visto, all'esito del giudizio sommario promosso da alcuni possessori di obbligazioni Parmalat nei confronti dell'Istituto di credito

Note:

(12) Cfr. Ronco, *op. cit.*.

(13) Saletti, *op. cit.*.

(14) Ronco, *op. cit.*.

(15) *Ibidem*.

che aveva loro venduto i titoli della nota industria ca-searia.

Nell'affrontare, innanzitutto, il tema della struttura e dell'ambito di applicazione del rito sommario, il giudice si sofferma, in particolare, sull'ammissibilità dei mezzi istruttori nel procedimento in questione, tematica, questa, che, nell'attuale fase di prima applicazione dell'istituto, è oggetto, anche in giurisprudenza, di un'ampia disparità di vedute. Infatti, ad un orientamento estremamente restrittivo che esclude che la trattazione sommaria possa svolgersi in più di un'udienza e che considera "l'espletamento di un'attività istruttoria (anche sotto il profilo di eventuali acquisizioni documentali) ... del tutto incompatibile con il procedimento sommario societario, atteso che l'art. 19 D.Lgs. n. 5 del 2003 non contempla la possibilità di espletare alcuna attività istruttoria" (16), si oppone un'impostazione meno rigorosa che ritiene compatibile con il rito sommario "un'attività istruttoria a carattere elementare che, accanto all'acquisizione delle prove tipiche precostituite e di quelle atipiche a carattere documentale, si articola: nell'attività di acquisizione (d'ufficio o su istanza di parte) di prove precostituite (tipiche o atipiche) mediante ispezione, ordine di esibizione, etc.; in indagini a carattere tecnico quali la consulenza tecnica d'ufficio, preferibilmente con risposta immediata all'udienza; nella richiesta di informazioni di cui all'art. 213 c.p.c.; nell'assunzione di sommarie informazioni su fatti storici secondari, in presenza di una "semiplena probatio" data dalle prove costituite" (17).

Sul punto il giudice fabrianese si schiera a favore dell'orientamento meno restrittivo, ammettendo non solo che la trattazione sommaria può avere luogo in più udienze, seppure "ragionevolmente ravvicinate", ma anche che nel procedimento sommario può trovare spazio una sia pur embrionale istruzione probatoria, concernente sia i fatti costitutivi della domanda che le eccezioni formulate dal convenuto.

Fatte tali premesse il giudice passa, quindi, alla valutazione della compatibilità della specifica controversia sottoposta al suo esame con le modalità di svolgimento e il fine del rito sommario, giungendo ad una soluzione negativa.

Dopo aver analizzato, infatti, talune significative pronunce giurisprudenziali aventi ad oggetto questioni analoghe a quelle prospettate dall'attore (nullità del contratto di negoziazione titoli stipulato fra banca e cliente per difetto di forma o per violazione degli obblighi di informazione gravanti sull'istituto di credito e conseguente sua responsabilità per i danni subiti dal cliente) il Tribunale conclude per l'impossibilità di una condanna sommaria a causa della complessità delle problematiche sottese alla controversia esaminata. A ciò il giudice è indotto da una duplice considerazione: da un lato, in tema di declaratoria di nullità del contratto stipulato con la banca non esiste unanimità di vedute fra gli interpreti, che in taluni casi l'ammettono e in altri la ne-

gano; dall'altro, riguardo al possibile riconoscimento della responsabilità dell'istituto di credito convenuto, vi è il problema della non semplice quantificazione della somma da liquidare a titolo di risarcimento del danno, quantificazione sulla quale influiscono numerose circostanze non sempre verificabili in sede di cognizione sommaria (ad es. il fatto che "una piccola parte del capitale versato in obbligazioni potrebbe essere recuperato dai risparmiatori ... laddove il grande gruppo industriale Parmalat si giovasse della normativa di settore relativa alle "grandi imprese in crisi").

Neppure sarebbe possibile, nel caso di specie - afferma ancora il giudice - la pronuncia di una condanna generica, sia perché incompatibile con le finalità del procedimento di cognizione sommaria, volto a far conseguire "un titolo giurisdizionale di facile e pronta esecuzione", sia perché non richiesta dall'attore.

Il Tribunale adduce, poi, quale ulteriore motivo ostativo all'accoglimento della domanda di condanna sommaria, il fatto che la banca convenuta abbia chiesto di contrastare gli addebiti mossi da parte attrice "in punto di responsabilità" mediante prova testimoniale, prova da ritenersi ammissibile, secondo il giudice di Fabriano - sia pure nel solo rito ordinario - anche per la dimostrazione dell'adempimento degli obblighi di informazione facenti carico alla banca.

Infine il giudice, nel disporre il mutamento del rito (secondo la forma indicata dall'art. 19 comma 3, D.Lgs. n. 5/2003), rileva la mancanza di una normativa che detti criteri di raccordo fra le sezioni distaccate del Tribunale e la sede centrale per la trasmigrazione dei processi "a riserva di collegialità", e a tal riguardo afferma che detta lacuna può essere colmata attraverso l'applicazione analogica dell'art. 83 *ter* comma 2, disp. att. c.p.c. (18).

Note:

(16) Trib. Salerno, 26 ottobre 2004, in *Giur. merito*, 2005, 5, 1133.

(17) Trib. Verona, 26 gennaio 2005, in *Giur. merito*, 2005, 5, 1133.

(18) Per completezza di trattazione si segnala, inoltre, che la questione della esperibilità del procedimento sommario di cognizione, nel caso di richiesta di condanna per nullità di contratti bancari, è stata più volte affrontata dalla giurisprudenza con soluzioni diverse. Al riguardo si segnalano tre recenti pronunce reperibili sul sito www.ilcaso.it: Trib. Pavia, 21 ottobre 2005, ("deve ritenersi applicabile il rito sommario previsto dall'art. 19 del D.Lgs. n. 5/2003, qualora l'accertamento della validità del contratto costituisca un mero presupposto della richiesta di condanna al pagamento di una somma di denaro"); Trib. Brindisi, 22 luglio 2005, ("È ammissibile il ricorso ex art. 19 D.Lgs. n. 5/2003 al fine di ottenere la restituzione ex art. 2033 ss. c.c. della somma versata per l'acquisto di prodotti finanziari in forza di un negozio viziato da nullità"); Trib. Cuneo, 24 ottobre 2005 ("il procedimento ex art. 19, D.Lgs. n. 5/2003 non è esperibile ove la domanda abbia ad oggetto la condanna al pagamento di una somma di denaro conseguente alla declaratoria di nullità di contratti bancari, avendo il provvedimento richiesto natura costitutiva dalla quale conseguirebbe l'obbligo di restituzione ex art. 2033 c.c. e che deve avere efficacia di giudicato su tutte le domande proposte").