

(168-m)

Tribunale di L'Aquila – Giudice Unico Dr. Montanaro - 16 aprile 2004.

**Processo societario – Opposizione a decreto ingiuntivo – Mutamento del rito – Provvisoria esecuzione.**

Laddove il giudizio di opposizione ex art. 645 c.p.c., relativo ad un rapporto compreso tra quelli di cui all'art. 1 D.Lgs. n. 5/2003, sia stato erroneamente introdotto nelle forme del rito ordinario di cognizione, la designazione del giudice istruttore ai sensi dell'art. 168 bis c.p.c. da parte del presidente del tribunale (ovvero del presidente di sezione) deve intendersi anche come designazione dello stesso quale «magistrato» che, disposto il mutamento di rito, provveda su eventuali istanze ai sensi degli artt. 648 e 649 c.p.c. che le parti abbiano a proporre nella fase che si celebra innanzi allo stesso, ovvero che abbiano già proposto nel costituirsi. (fb)

(168-t)

omissis

Il giudizio di opposizione al decreto ingiuntivo n. 397/2003 emesso da questo Tribunale in data 24 dicembre 2004, avendo ad oggetto uno dei rapporti di cui all'art. 1 D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 (Definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia, in attuazione dell'art. 12 della legge 3 ottobre 2001, n. 366) - in particolare, la controversia in esame, attenendo ad un rapporto societario, rientra nella previsione di cui alla lett. a) - ed essendo stato introdotto successivamente al 1 gennaio 2004, data di entrata in vigore del suddetto decreto (art. 43), doveva essere proposto nelle forme ivi previste.

Benché nelle cause ex art. 645 c.p.c. la domanda giudiziale sia quella proposta dall'opposto con il ricorso ai sensi dell'art. 633 c.p.c. (cfr., solo tra le ultime, Cass., sez. III, 12 maggio 2003, n. 7128; Cass., sez. I, 22 aprile 2003, n. 6421, Mass. Foro it., 2003, c. 549; Cass., sez. III, 18 marzo 2003, n. 3984, ibidem, c. 339), ciò nondimeno il momento di instaurazione del giudizio, inteso come accertamento nel contenzioso delle parti del diritto azionato in sede monitoria, è quello di notificazione dell'atto di citazione in opposizione, come espressamente sancisce l'ultimo comma dell'art. 643. Orbene, premesso che a seguito dell'aggiunta del comma 3 dell'art. 2 D.Lgs. n. 5/2003 ad opera dell'art. 4, comma 1, lett. c), D.Lgs. 6 febbraio 2004, n. 67 (che ha previsto la riduzione a metà dei termini nei giudizi di opposizione ai sensi dell'art. 645 c.p.c. e ha disciplinato la modalità di adozione dei provvedimenti ai sensi degli artt. 648 e 649 c.p.c.) non vi possono essere dubbi che il rito disegnato dal legislatore delegato del 2003 debba trovare applicazione anche nei giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo relativi ai rapporti di cui all'art. 1 D. Lgs. n. 5/2003, e ritenuto che in mancanza di espressa previsione in senso contrario da parte del legislatore delegato debbano trovare applicazione le disposizioni del codice di procedura civile («in quanto compatibili»: art. 1, comma 4, D.Lgs. n. 5/2003), anche il presente giudizio deve

intendersi introdotto con la notificazione dell'atto di citazione (art. 643, ultimo comma, c.p.c.).

Conseguentemente, essendo stato notificato in data 9 febbraio 2004 l'atto di citazione in opposizione al decreto ingiuntivo n. 397/2003, non possono esservi dubbi che il presente giudizio dovesse essere instaurato con il rito disciplinato dagli artt. 2 ss. D.Lgs. n. 5/2003.

Il primo periodo del comma 3 dell'art. 2 D.Lgs. n. 5/2003, introdotto dal D.Lgs. n. 67/2004, prevede poi che «I termini sono ridotti alla metà nel caso di opposizione a norma dell'articolo 645 del codice di procedura civile».

Tale norma - della cui utilità, peraltro, può dubitarsi laddove non si tratti di termini massimi - trova applicazione con tutta evidenza solo laddove la causa sia stata correttamente introdotta con le forme del cosiddetto rito societario. In particolare, l'inosservanza dei termini ridotti non è rilevabile d'ufficio, ma su eccezione della parte che vi abbia interesse, ai sensi dell'art. 13, comma 4, D.Lgs. n. 5/2003.

Orbene, nel caso all'esame di questo Giudice, l'introduzione del giudizio con il rito ordinario di cognizione determina l'inapplicabilità agli atti compiuti secondo la disciplina dettata dal Libro II del codice di rito delle disposizioni dettate dal cosiddetto nuovo rito societario e volti a disciplinare quelli che dovrebbero essere gli atti «corrispondenti» (ossia, in buona sostanza, l'atto di citazione e la comparsa di costituzione e risposta, poiché comunque, ossia anche laddove il mutamento di rito non venga disposto alla prima udienza, questi sono gli atti che in ogni caso le parti avranno compiuto). In particolare, non potrà trovare applicazione quella sopra riportata di cui al primo periodo del comma 3 dell'art. 2, salvo dover ritenere che l'opponente, pur erroneamente individuando la disciplina processuale applicabile, sia però vincolato ad una singola disposizione di quella correttamente applicabile. Anche laddove si dovesse ritenere che comunque i termini siano ex lege - e non facoltativamente, come nel rito ordinario di cognizione - ridotti alla metà, e quindi che anche il termine di costituzione dell'opponente sia automaticamente dimezzato, allora dovrebbe anche ritenersi che conformemente a quanto prevede la nuova disciplina con previsione di carattere generale - la rilevanza del mancato rispetto dello stesso (e, quindi, in buona sostanza la mancata costituzione ai sensi dell'art. 647, comma 1, c.p.c.) sia comunque rilevabile esclusivamente su eccezione di parte.

In base a quanto prescrive l'art. 2, comma 5, D.Lgs. n. 5/2003, questo magistrato, quale giudice istruttore designato dal presidente del tribunale ai sensi dell'art. 168 bis c.p.c. in relazione al presente giudizio ordinario di cognizione, rilevato che la causa in esame, benché relativa ad uno dei rapporti elencati dal comma 1 dell'art. 1 D.Lgs. n. 5/2003, sia stata proposta in forme diverse da quelle previste, da detto decreto, dovrebbe limitarsi all'udienza

di prima comparizione delle parti a disporre con ordinanza (e quindi - deve ritenersi - a seguito della instaurazione del contraddittorio tra le parti) il mutamento di rito e la cancellazione della causa dal ruolo. Dalla comunicazione di tale ordinanza decorrono i termini di cui all'art. 6 D.Lgs. n. 5/2003, vale a dire i termini per la memoria di replica dell'attore.

In base ad una prima lettura della disciplina del nuovo rito societario sembrerebbe, quindi, che nella presente fase processuale il giudice - ovviamente ove tempestivamente si avveda dell'errore processuale da parte dell'opponente - non avrebbe il potere di provvedere sull'istanza di provvisoria esecuzione ai sensi dell'art. 648 c.p.c. del decreto ingiuntivo opposto (così come, parimenti, non potrebbe provvedere sulla revoca della provvisoria esecuzione ai sensi dell'art. 649 c.p.c.). Per quanto non si verta in ipotesi di difetto di competenza del giudice adito, rientrando anche i giudizi in materia societaria di cui all'art. 1 D.Lgs. n. 5/2003 tra quelli di competenza del tribunale, il giudice istruttore del tribunale non ha in quanto tale il potere di decidere sulla provvisoria esecuzione del decreto opposto (ovvero sulla sospensione della stessa), poiché il suddetto comma 5 dell'art. 1 espressamente limita a tale organo erroneamente investito di siffatta controversia ed in sede di prima udienza il solo potere di disporre il mutamento di rito e, quindi, la cancellazione della causa dal ruolo.

E la disciplina del rito societario che disciplina, invece, l'adozione del provvedimento di provvisoria esecuzione ex art. 648 c.p.c. (ovvero di quello ex art. 649). Il secondo periodo del comma 3 dell'art. 2 D.Lgs. n. 5/2003 (così come integrato dall'art. 4, comma 1, lett. b), D.Lgs. 6 febbraio 2004, n. 37) dispone, infatti, che «Ciascuna delle parti al momento della costituzione, ovvero successivamente, può chiedere con ricorso che sia designato il magistrato per l'adozione, previa comparizione personale delle parti, dei provvedimenti di cui agli artt. 648 e 649 del codice di procedura civile».

Sembrerebbe così che l'opposto-convenuto in senso formale, pur essendo comunque tenuto, nonostante l'errore dell'attore circa il rito, a costituirsi nei venti giorni prima rispetto all'udienza indicata in atto di citazione, depositando la propria comparsa di costituzione ai sensi dell'art. 167 c.p.c., come appare chiaro anche in considerazione dell'inciso del comma 5 per cui «restano ferme le decadenze già maturate», non potrebbe però chiedere nel costituirsi (ovvero all'udienza di prima comparizione della parti, ovviamente prima che venga disposta la cancellazione della causa dal ruolo) i provvedimenti ai sensi dell'art. 648 c.p.c. Secondo quella che sembrerebbe essere la struttura delineata dal D.Lgs. n. 5/2003 (e successive modificazioni ed integrazioni), quindi, l'opposto potrà formulare l'istanza di provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo opposto solo nel costituirsi (o dopo essersi

costituito) nell'ambito del giudizio riassunto con le forme del rito societario. Ciò vorrebbe dire che l'opposto-convenuto in senso formale dovrebbe attendere che l'attore replichi ai sensi dell'art. 6 D.Lgs. n. 5/2003, ovvero che comunque spiri il termine di cui al primo comma di detto art. 6 (ossia il termine che è assegnato all'attore ai sensi dell'art. 4, comma 2, quindi non inferiore a quindici giorni, considerato il suddetto dimezzamento dei termini ai sensi del comma 3 dell'art. 2 D.Lgs. n. 5/2003, introdotto dal D.Lgs. n. 67/2004), per potersi a sua volta costituire depositando memoria di ulteriore replica ai sensi dell'art. 7, comma 1 - e così eventualmente, in caso di inerzia dell'opponente, riassumere la causa (anche se, a ben vedere, questi non ne avrebbe interesse, proprio perché si tratta di giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo) - per poter formulare istanza ai sensi del comma 3 dell'art. 2 D.Lgs. n. 5/ 2003.

Orbene, così ricostruendo la struttura processuale che deriverebbe dall'erroneo utilizzo del rito ordinario di cognizione da parte dell'opponente - che, con tutta evidenza, non ha alcun interesse che possa essere concessa l'esecuzione del decreto opposto e che, pertanto, potrebbe scientemente introdurre un'opposizione (anche meramente pretestuosa) nelle forme del giudizio ordinario di cognizione al solo fine di ritardare l'adozione del provvedimento ex art. 648 c.p.c. - si finirebbe per impedire per un lasso di tempo anche significativo che l'opposto possa conseguire la provvisoria esecuzione e, quindi, agire esecutivamente avverso il proprio debitore.

E come si è accennato sopra - alla stessa sorte sarebbe soggetto l'opponente che volesse conseguire la sospensione della provvisoria esecuzione del decreto concessa a norma dell'art. 642 c.p.c., che dovrebbe almeno attendere la cancellazione e, quindi, riassumere la causa con la memoria di replica ai sensi dell'art. 6 D.Lgs. n. 5/ 2003 per poter formulare detta istanza.

Ad avviso di questo Giudice, a ben vedere, quella sopra delineata non è l'unica lettura possibile del nuovo tessuto normativo risultante dal raccordo tra la disciplina dettata dal Capo I del Titolo I del Libro IV del codice di procedura civile e quella introdotta dal D.Lgs. n. 5/2003. E, soprattutto, non appare quella più aderente alla ratio stessa della disciplina di cui al comma 5 dell'art. 1 D.Lgs. n. 5/2003.

Laddove il giudizio di opposizione ex art. 645 c.p.c. relativo ad un rapporto compreso tra quelli di cui all'art. 1 D.Lgs. n. 5/2003 sia stato erroneamente introdotto nelle forme del rito ordinario di cognizione, la designazione del giudice istruttore ai sensi dell'art. 168 bis c.p.c. da parte del presidente del tribunale (ovvero del presidente di sezione) deve intendersi anche come designazione dello stesso quale «magistrato» che, disposto il muta-mento di rito, provveda su eventuali istanze ai sensi degli artt. 648 e 649 c.p.c. che le parti abbiano a

richiedere nella fase che si celebra innanzi allo stesso della causa, ovvero ancora che abbiano già richiesto nel costituirsi.

A ben vedere, infatti, la necessità della previsione di un ricorso al presidente perché venga nominato un «magistrato per l'adozione dei provvedimenti di cui agli artt. 648 e 649 del codice di procedura civile», previa instaurazione del contraddittorio tra le parti, trova giustificazione nella struttura stessa del rito disegnato dal legislatore delegato del 2003, in cui, fino a che una delle parti non depositi l'istanza di fissazione d'udienza ai sensi dell'art. 8 D.Lgs. n. 5/2003, non vi è un magistrato designato, anche solo quale giudice relatore (e, quindi, con i poteri decisori tassativamente previsti dalla disciplina in parola), in relazione a detto giudizio. Conseguentemente, laddove invece un magistrato sia stato già designato per detta causa, sebbene ciò sia dovuto all'errore circa la scelta del rito da parte dell'opponente e sebbene ciò sia avvenuto sulla scorta non dell'art. 2, comma 3, D.Lgs. n. 5/2003, bensì dell'art. 168 bis c.p.c., tale designazione deve intendersi anche per l'adozione dei provvedimenti di concessione della provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo opposto (ovvero di revoca della stessa).

L'interpretazione prospettata è resa possibile anche dalla circostanza che la previsione del comma 3 dell'art. 2 fa riferimento alla designazione di un «magistrato» per provvedere sull'istanza ai sensi dell'art. 648 c.p.c. (ovvero dell'art. 649). Il legislatore del 2004 ha così opportunamente tenuta distinta la figura del giudice chiamato a statuire sulla provvisoria esecuzione del decreto opposto (o sulla revoca della provvisoria esecuzione concessa ai sensi dell'art. 642 c.p.c.) da quella del giudice relatore, invero non privo di rilevanti poteri decisionali, ma che nella struttura del rito societario viene in rilievo solo successivamente alla proposizione dell'istanza di fissazione di udienza. In altri termini, il potere di adottare i provvedimenti in questione spetta ad un giudice monocratico che non si identifica funzionalmente con il giudice relatore da designarsi ai sensi dell'art. 12, comma 2, D.Lgs. n. 5/2003, per cui non vi sono ostacoli a ritenere che lo stesso possa essere individuato anche nel magistrato designato ai sensi dell'art. 168 bis c.p.c. e che, proprio perché una designazione da parte del presidente del tribunale v'è già stata, non sia necessaria un'istanza di parte (ed una conseguente designazione) ad hoc.

Conseguentemente, deve ritenersi che questo Giudice, disposto preliminarmente il mutamento del rito, assunta così la diversa veste di magistrato designato nell'ambito del rito societario, possa provvedere circa l'adozione del provvedimento di provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo opposto ai sensi dell'art. 648 (così come di quello della sospensione della stessa ex art. 649).

Per mera completezza deve anche rilevarsi come ciò renda irrilevante la questione, sorta in

relazione al rito ordinario di cognizione a seguito della novella del 1990-1995, se la richiesta di provvisoria esecuzione del decreto opposto passa essere vagliata in sede di prima comparizione delle parti ai sensi dell'art. 180 c.p.c. ovvero se debba attendersi la definizione del thema decidendum a seguito dell'udienza ex art. 183.

Passando così all'esame della richiesta di provvisoria esecuzione, deve rilevarsi come l'art. 648 c.p.c. sancisca la necessità che il giudice proceda a un'ulteriore valutazione concernente la prova del fatto costitutivo del diritto del ricorrente-creditore, e soltanto nell'ipotesi in cui tale valutazione, operata alla stregua degli ordinari criteri propri dell'ordinario processo di cognizione, dia esito positivo, potrà concedere la provvisoria esecuzione del provvedimento monitorio. Sennonché nel caso in esame l'opponente non contesta la sussistenza del debito relativo al versamento dei decimi residui del capitale sociale a suo tempo sottoscritto ad integrazione dei tre decimi versati ex lege al momento della costituzione della società, ma deduce esclusivamente che in relazione a detto credito non possa utilizzarsi il procedimento monitorio, poiché gli amministratori – e non la società - avrebbero dovuto procedere alla vendita delle quote del socio moroso soltanto dopo aver diffidato lo stesso nelle forme e nei termini di cui all'art. 2477 c.c.

Orbene, rilevato che il credito azionato dalla società opposta non è contestato dall'opponente, contestandosi appunto soltanto l'aver azionato il procedimento monitorio, considerato altresì che - seppure in sede di valutazione sommaria propedeutica all'assunzione del provvedimento in parola - si ritiene che sia ben possibile agire in confronto del socio moroso nel versamento dei decimi residui pretendendo l'adempimento, nelle forme del giudizio ordinario di cognizione o per decreto ingiuntivo, senza avvalersi della facoltà loro attribuita dall'art. 2477 c.c. (cfr. Trib. Nocera Inferiore 28 marzo 2002; Trib. Bari 19 marzo 1979, id., Rep. 1980, voce Fallimento, n. 542), questo Giudice ritiene conseguentemente che debba essere concessa l'esecuzione provvisoria del decreto ingiuntivo n. 397/2003 emesso da questo Tribunale in data 24 dicembre 2004.

E' appena il caso di rilevare, infine, come la richiesta di fissazione dell'udienza di precisazione delle conclusioni, formulata dall'opposta Alfa s.r.l. all'odierna udienza, non possa essere intesa come istanza di fissazione di udienza ai sensi dell'art. 8, comma 2, lett. c), D.Lgs. n. 5/2003.

P.Q.M.

- dispone il mutamento dal rito ordinario di cognizione al rito disciplinato dagli artt. 2 ss. D.Lgs. n. 5/2003;
- concede la provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo n. 397/2003 emesso da questo Tribunale in data 24 dicembre 2003;

dispone la cancellazione della presente causa dal Ruolo generale degli affari contenziosi di questo Tribunale.