





Unica eccezione, la facolt? riconosciuta al convenuto di chiedere la fissazione dell'udienza subito dopo la notificazione della comparsa di risposta e la sua costituzione, senza fissare all'attore il termine per la replica. Tale eccezione introduce una pericolosa distorsione nel sistema, proprio perch? consente di por fine al dibattito, precludendo ogni ulteriore arricchimento dei temi di prova e di decisione, alla parte che ha avuto per ultima la parola. Il pericolo che ne deriva insidia l'ordinato svolgimento della dialettica processuale e il diritto di difesa dell'attore, tutte le volte che nella comparsa di risposta siano state svolte difese che, lungi dal chiudere il cerchio, introducono ? per cos? dire ? valenze processuali insature: in altri termini, tutte le volte che tali difese aprano l'adito ad una possibilit? di replica (in termini assertivi o propositivi, e non semplicemente argomentativi) da parte dell'attore, con l'esercizio di correlate e contrapposte facolt? processuali.

Il neo-legislatore, ben vero, ha tenuto conto dei possibili effetti distorsivi della facolt? accordata al convenuto di richiedere la fissazione dell'udienza subito dopo la sua costituzione, ma il rimedio approntato, con l'esclusione di tale facolt? in caso di domanda riconvenzionale o di eccezione non rilevabile d'ufficio, si rivela assolutamente inadeguato, essendo intuitivamente molto pi? vasto il campo delle attivit? difensive del convenuto il cui esercizio riapre la dialettica e implica potenzialmente un diritto di replica dell'attore o legittima comunque quest'ultimo all'esercizio di facolt? processuali rese necessarie

dalle avverse difese.

E? questo il caso, innanzitutto, delle facolt? riconosciute all?attore dall?art. 6, comma 2, lett. b) e c), del citato D. Lgs.: la proposizione di nuove domande ed eccezioni che siano conseguenza ? oltre che della domanda riconvenzionale ? delle difese proposte dal convenuto; la chiamata di un terzo nel processo, se la relativa esigenza sia sorta dalle difese del convenuto. E? evidente, infatti, come di tali facolt? l?attore possa essere incongruamente espropriato in dipendenza dell?immediata richiesta di fissazione dell?udienza da parte del convenuto.

Altrettanto grave l?incongruenza in caso di produzione di documenti suscettibili di essere ?impugnati? col disconoscimento o con la querela di falso. Giacch? delle due l?una. O si ritiene che con l?immediata richiesta di fissazione dell?udienza resti preclusa anche la possibilit?, per l?attore, di esperire i suddetti mezzi: e allora sarebbe evidentissima la violazione del diritto di difesa. Oppure si ammette che disconoscimento e querela incidentale di falso possano essere effettuate (con il corredo di istanze istruttorie che la seconda comporta) anche dopo la presentazione dell?istanza di fissazione dell?udienza: ma si tratterebbe allora ? oltrech? di una palese forzatura interpretativa ? di una grave disarmonia sistematica, di un vulnus alla concezione bifasica del processo, per la quale nessuna attivit? assertiva e propositiva, nessuna istanza o eccezione in senso

proprio pu? trovar luogo nella fase successiva alla postulazione dell'intervento del giudice. Che dire poi dell'ipotesi inversa, nella quale il convenuto, in comparsa di risposta, abbia disconosciuto la scrittura prodotta dall'attore ed abbia quindi instato per la fissazione dell'udienza? Anche qui la medesima alternativa: o si ritiene preclusa per l'attore l'istanza di verificaione, oppure se ne ammette la proposizione (e, necessariamente, si ammette pure la produzione delle scritture di comparazione) dopo l'istanza di fissazione dell'udienza; mentre soffre congiuntamente delle incongruenze e delle aporie, che affliggono l'una e l'altra delle suddette soluzioni, una terza soluzione, che pure ? stata adottata dalla giurisprudenza: quella di ammettere l'istanza di verificaione dopo la presentazione dell'istanza di fissazione dell'udienza, ma di ritenere inammissibile la contestuale produzione dei documenti offerti come scritture di comparazione.

Anche la mancata considerazione, quale fattore ostativo dell'immediata richiesta di fissazione dell'udienza, delle c.d. eccezioni rilevabili d'ufficio che siano state sollevate dal convenuto in comparsa di risposta, appare potenzialmente limitativa del diritto di difesa dell'attore. Sicuramente quando il convenuto chieda di provare il fatto costitutivo dell'eccezione, perch?, in tal caso, la contestuale richiesta di fissazione dell'udienza precluderebbe all'attore di articolare prova contraria. Ma anche nel caso in cui, non essendo stata allegata dal convenuto alcuna prova a sostegno dell'eccezione, l'attore



**intenda provare, ad esempio, la propria legittimazione (sostanziale o processuale) negata dal convenuto.**

**Le prove, infine. Secondo un indirizzo non privo di seguito in giurisprudenza, quando il convenuto abbia proposto istanze istruttorie nella comparsa di risposta o abbia prodotto documenti, l'impossibilit  per l'attore di replicare (chiedendo prova contraria o producendo a sua volta documenti), in dipendenza della preclusione di cui all'art. 10 della legge processuale societaria, non altera in alcun modo l'equilibrio processuale in suo danno.**

**Questo tribunale, in alcune precedenti decisioni, ha aderito a tale orientamento, testualmente argomentando:**

**Il denunciato squilibrio processuale non sussiste affatto. La dialettica processuale si definisce, invero, in funzione della polarit  domanda/risposta.**

**L'attore delimita il campo dell'indagine e della decisione esponendo i fatti e gli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda e indicando i mezzi di prova dei quali intende avvalersi e in particolare i documenti che offre in comunicazione (art. 163 c.p.c.). Il convenuto, in perfetto pendant, propone tutte le sue difese prendendo posizione sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda, e indica i mezzi di prova di cui a sua volta intende**

avvalersi e i documenti che offre in comunicazione (art. 167 c.p.c. e 4 D. Lgs. n. 5 del 2003). Finch? il convenuto si limita a rispondere alla pretesa avversa, difendendosi e contestando la fondatezza di quella pretesa, il tema di indagine e di decisione sottoposto al giudice resta invariato: in tal modo il cerchio si chiude e la dialettica del processo si impianta con perfetta simmetria di tesi ed antitesi. Non cos? se il convenuto, uscendo dal campo della mera difesa, agisce in riconvenzione o propone eccezioni in senso proprio, perch? in tal modo si propongono nuovi temi di indagine e di decisione (anche in dipendenza delle sole eccezioni: reus in excipiendo fit actor), alle quali l'attore deve poter replicare. Questo e non altro ? il fondamento della disposizione contenuta nell'art. 8, comma 2, lett. a), della legge processuale societaria, per la quale il convenuto, ove abbia proposto domande riconvenzionali o eccezioni in senso proprio, non pu? cristallizzare la dialettica processuale instando per la fissazione dell'udienza immediatamente dopo la sua costituzione.

L'odierno attore pretende che la suddetta ratio comprenda anche l'ipotesi in cui il convenuto, pur non avendo proposto n? domande riconvenzionali n? eccezioni in senso proprio, abbia tuttavia prodotto documenti o formulato ?richieste istruttorie indirette?. Tale opinione non pu? essere condivisa. Ed invero, non si comprende affatto per quale ragione, inerente all'equilibrio della dialettica processuale, la richiesta di prove costituenti in comparsa di risposta e la produzione di documenti da parte del convenuto

all'atto della sua costituzione dovrebbe (necessariamente) restituire l'iniziativa all'attore perch  possa a sua volta produrre nuovi documenti e formulare nuove istanze istruttorie. Si tratter , infatti, di (ulteriori) documenti e mezzi istruttori rilevanti ai fini della prova dei fatti costitutivi del diritto fatto valere con la domanda. Ma allora l'attore aveva l'onere di indicarli, tutti, nella citazione. Se non l'ha fatto,   unicamente per una sua insindacabile ma rischiosa opzione tattica: quella di dilazionare nel tempo (in dipendenza del comportamento processuale del convenuto) la propria attivit  istruttoria, avvalendosi della possibilit  di depositare nuovi documenti, cos  come di proporre nuove istanze istruttorie, con la memoria di replica di cui all'art. 6 del citato decreto legislativo. Scelta rischiosa, s  detto, proprio perch  poteva essere vanificata dal convenuto con l'istanza di fissazione di udienza ex art. 8, comma 2, lett. c), del medesimo decreto?.

Perno di tutta l'argomentazione sopra riportata  , dunque, l'onere imposto all'attore, in via generale, all'art. 163 c.p.c.: di esporre compiutamente nell'atto di citazione i fatti e gli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda, e di indicare nello stesso atto tutti i mezzi di prova, compresi i documenti, di cui intende avvalersi. Il quale onere, nel processo societario, sarebbe solo reso pi  stringente, per cos  dire, dalla possibilit  che il convenuto si astenga dal proporre eccezioni in senso proprio o domande riconvenzionali e chiedi la fissazione dell'udienza



subito dopo la sua costituzione, determinando la cristallizzazione del tema di indagine sottoposto al collegio: con una iniziativa che ? come pure talora s?? affermato ? sarebbe conforme alla ratio del rito speciale, che ? ?quella di far s? che le parti definiscano le rispettive domande ed istanze istruttorie in termini di concentrazione e speditezza?.

Orbene, quel che non convince nell'orientamento in esame ? e che pare anzi una pericolosa forzatura ? ? proprio la concezione estremista dell'onere di cui all'art. 163 c.p.c., secondo la quale la complessiva posizione difensiva dell'attore dovrebbe balzar fuori tutta d'un tratto, come Minerva di tutto punto armata dalla testa di Padre Giove: di modo che la risposta del convenuto, sol che questi eviti di proporre eccezioni in senso proprio o domande riconvenzionali, non implichi alcuna necessit? di replica da parte dell'attore, perch? tutto ci? che quest'ultimo poteva esporre e chiedere ? gi? contenuto nell'atto di citazione.

Ma tale concezione ? fuori dalla realt?, poich? la posizione difensiva dell'attore (cos? come quella del convenuto) ? qualcosa che si definisce e si completa attraverso progressivi aggiustamenti, in funzione delle allegazioni e delle istanze di parte avversa. Sicch? solo dopo la risposta dell'avversario ciascuna parte pu? discernere con piena consapevolezza se le sue difese abbisognino o meno di una ulteriore puntualizzazione. Quest'esigenza, di dare massimo

spazio alla dialettica processuale ed alle esigenze difensive delle parti, ? pienamente rispettata nel processo ordinario uscito dalla riforma di cui alla legge 26.11.1990, n. 353, e successive modificazioni, e non ? minimamente sacrificata sull'altare della contrapposta esigenza di massima concentrazione nella definitiva fissazione del thema decidendi e del thema probandi (la quale, come ? noto, fu tenuta in massimo conto dal legislatore del 1990 e costitu? anzi il principale tratto distintivo di quella forma), grazie al saggio contemperamento tra le due confliggenti istanze realizzato col sistema del doppio termine per entrambe le parti, previsto dall'art. 183 c.p.c. (per gli aggiustamenti del tema della decisione) e dall'art. 184 (per le istanze di prova e la produzione di documenti).

Messo da parte il suddetto meccanismo (col polemico plauso di tanti laudatores del nuovo corso, visibilmente ispirati da astratti furori teorici), il nuovo sistema della sequenza di alterni scritti difensivi scambiati tra le parti sarebbe stato immune da irrazionali amputazioni della dialettica processuale e delle esigenze difensive delle parti stesse, sol che si fosse rispettato senza alcuna deroga il principio per cui l'iniziativa di chiedere la fissazione dell'udienza, e di determinare in tal modo le preclusioni di cui all'art. 10, spetta unicamente a quella delle parti che ritenga di non dover replicare all'ultimo scritto difensivo dell'avversario (ovvero anche alla parte che abbia notificato per ultima il suo scritto difensivo, quando sia vanamente spirato il termine assegnato

all'altra per la replica). Ma poiché una deroga di tal fatta è stata prevista, col consentire al convenuto di chiedere la fissazione dell'udienza subito dopo la notifica della comparsa di risposta (e la sua costituzione), deve dirsi che non appare presidio sufficiente (in vista del corretto svolgimento della dialettica processuale e del pieno rispetto del contraddittorio) l'unica condizione cui è secondo l'interpretazione letterale del combinato disposto dell'art. 8, comma 2, e lett. a) e lett. c) l'esercizio di tale facoltà appare subordinato: la mancata proposizione da parte del convenuto di domande riconvenzionali e di eccezioni in senso proprio.

Se già detto di talune ipotesi in cui, ove ci si arrestasse alla lettera delle norme in esame, si determinerebbero gravi incongruenze e irrazionali compressioni del diritto di difesa dell'attore. Analogo discorso deve ora farsi in tema di diritto alla prova. Giacché, se il convenuto produce un documento o chiede prova costituenda, mai o quasi mai si proporrà di dimostrare semplicemente e direttamente l'inesistenza del fatto costitutivo della pretesa attorea: non fosse altro perché una prova siffatta è comunemente (e a buon titolo) ritenuta impossibile). Si tratterà, piuttosto, della prova di un fatto diverso, che il convenuto stesso ha allegato perché lo ritiene idoneo a neutralizzare in tutto o in parte l'efficacia dei fatti addotti *ex adverso*, ovvero a contrastare per via indiretta la prova offerta o fornita dall'attore. Ora, l'allegazione di un fatto del genere non altera il tema della decisione, ma estende certamente il campo

dell'indagine, introducendo un tema affatto nuovo, sul quale dev'essere consentita all'attore una possibilit' di interlocuzione e di replica, se si vuole evitare che la dialettica processuale ne esca sbilenca. Si pensi al caso in cui il convenuto opponga di aver pagato il debito per cui l'attore l'ha tratto a giudizio, e chieda di provare tale pagamento o ne produca la prova testimoniale. Il pagamento, come ? noto, secondo la costante giurisprudenza non costituisce materia di eccezione in senso proprio, tant' che il giudice pu' rilevarlo d'ufficio (al pari di qualsiasi altra condizione negativa dell'azione), sol che la prova relativa emerge dagli atti: il convenuto, dunque, stando alla dizione letterale delle norme in esame, ben potrebbe proporre immediata istanza, di fissazione dell'udienza, precludendo all'attore perfino la possibilit' allegare a sua volta ( e di provare) che il pagamento ? estintivo, non gi' del debito dedotto in giudizio, bens' secondo gli ordinari criteri di imputazione? (art. 1193 c.c.), di un diverso debito del convenuto nei suoi confronti, ugualmente scaduto.

In conclusione, la norma risultante dal combinato disposto? della lettera a) e della lettera b) dell'art. 8, comma 2 della legge processuale societaria, se interpretata letteralmente, porterebbe a conseguenza applicative gravemente lesive del diritto di difesa dell'attore, e porrebbe dunque un problema di legittimit' costituzionale della norma stessa, per contrasto con l'art. 24 della Costituzione.



E? tuttavia possibile una interpretazione adeguatrice, con la quale, muovendo dalla *ratio* della norma (che ? quella di non consentire al convenuto di proporre immediata istanza di fissazione dell?udienza, quando, per il contenuto assertivo-propositivo della comparsa di risposta, non possano in astratto ritenersi esaurite le *chances* di difesa dell?attore), si estenda il suddetto divieto ad altre ipotesi (quelle di cui s?? detto nelle considerazioni sopra svolte), diverse da quelle espressamente contemplate dalla norma? (proposizione di eccezioni in senso proprio o di domande riconvenzionali), ma che al pari di quelle implicano necessariamente, per il rigoroso rispetto della dialettica processuale, una possibilit? di replica per l?attore.

In forza di tale interpretazione, allora, l?istanza di fissazione dell?udienza, prima che sia spirato il termine per la prima replica dell?attore, deve ritenersi consentita al convenuto solo quando lo stesso si sia limitato, nella sua comparsa di risposta, alla semplice negazione dei fatti allegati ex adverso ed alla confutazione degli argomenti giuridici spesi dall?attore, e non abbia invece prospettato circostanze di fatto diverse, sollevato eccezioni rilevabili d?ufficio, prodotto documenti o chiesto prove costituendo diverse dalla c.d. controprova. Diversamente opinando, si rischierebbe di avallare patenti violazioni del principio del contraddittorio, e si rischierebbe di far ridondare a danno dell?attore il non aver potuto esercitare il suo diritto di difesa con riguardo a circostanze e ad argomenti che assumono



**un concreto ed attuale rilievo solo a seguito delle ? non sempre prevedibili ? deduzioni e produzioni operate dal convenuto.**

**Nel caso di specie la banca convenuta ha allegato circostanze di fatto nuove e diverse rispetto alla prospettazione attorea, al fine di contrastare l'efficacia dei fatti allegati in citazione, ha chiesto su tali circostanze prova testimoniale ed ha prodotto documenti, alcuni dei quali suscettibili di disconoscimento. Per tali ragioni, secondo le considerazioni prima svolte, l'istanza di fissazione di udienza presentata dalla stessa banca subito dopo la sua costituzione dev'essere dichiarata inammissibile.**

**Non pu' ritenersi invece fattore ostativo alla immediata richiesta di fissazione dell'udienza la domanda subordinatamente proposta dalla banca convenuta per la condanna degli attori alla restituzione dei titoli in caso di accoglimento della domanda degli stessi, volta alla declaratoria di nullita' del relativo contratto d'acquisto. Al riguardo, questo tribunale ha avuto modo di affermare, in altro giudizio, che la restituzione dei titoli costituisce una mera conseguenza della ipotizzata nullita' del contratto, sicche', pur se l'effetto risolutorio e' ricollegato alla caducazione del titolo d'acquisto soggiace al principio della domanda, si tratta comunque di domanda che, non ampliando sotto nessun profilo il tema dell'indagine e della decisione, non solo pu' essere qualificata come domanda**

**riconvenzionale in senso proprio, ma non pu? essere ricondotta neppure all?ambito di quelle deduzioni che immutano sostanzialmente la prospettazione del rapporto come descritto in citazione.**

**La ritenuta inammissibilit? dell?istanza di fissazione dell?udienza presentata dal Credito Siciliano comporta la ritualit? della memoria di replica che gli attori hanno comunque? (e cio? nonostante quell?istanza di fissazione dell?udienza) notificato alla banca convenuta.**

**P.Q.M.**

**Dichiara inammissibile l?istanza di fissazione di udienza presentata dal Credito Siciliano S.p.A. ed assegna allo stesso il termine di trenta giorni, a far data dalla comunicazione del presente provvedimento, per la notificazione agli attori della memoria difensiva prevista dall?art. 7, comma 1, del D. Lgs. 17.1.2003, n. 5.**

**Si comunichi.**

**Palermo, 15 dicembre 2005  
Il Presidente Angelo Monteleone**

<https://www.diritto.it/ordinanza-presidenziale-del-tribunale-di-palermo-del-15-dicembre-2005-in-tema-di-procedimento-societario-art-8-d-legl-52003/>