



IL TRIBUNALE DI CATANIA

R.G. 3944/2005

QUARTA SEZIONE CIVILE

CRON.

Riunito in Camera di Consiglio e composto dai Magistrati:

DOTT. GIOVANNI BATTISTA MACRÌ PRESIDENTE

DOTT. GIOVANNI CARIOLO GIUDICE

DOTT. GIUSEPPE FICHERA GIUDICE REL.

ha emesso la seguente

ORDINANZA

nel procedimento iscritto al n. 3944/2005 R.G..

Rilevato che con atto di citazione notificato il 1.4.2005 C. M. e G. S.

hanno convenuto in giudizio la Banca M. P. S. s.p.a. per ivi sentirla condannare, previa declaratoria della nullità del contratto di acquisto di titoli mobiliari, al rimborso delle perdite subite a seguito della dismissione dei detti valori;

che con comparsa di costituzione notificata in data 1.6.2005 la Banca M.P.S. ha chiesto il rigetto della domanda, in quanto infondata in fatto e in diritto;

che in data 16.6.2005 gli attori hanno comunicato alla controparte istanza di fissazione di udienza, eccependo la tardività della comparsa e chiedendo che il tribunale considerasse non contestati i fatti narrati in citazione ex art. 13, comma 2, D.Lg. 5/2003;

che con la nota di precisazione delle conclusioni del 24.6.2005, la Banca M.P.S. ha – fra l'altro – dedotto la questione di legittimità costituzione dell'art. 13, comma 2, surriferito per violazione degli artt. 3, 76, 97 e 111 Cost.;

ritenuto che ai sensi dell'art. 13, comma 2, D.Lg. 5/2003 “se il convenuto non notifica la comparsa di risposta nel termine stabilito a norma dell'articolo 2, comma 1, lettera c), ovvero dell'articolo 3, comma 2, l'attore, tempestivamente costituitosi, può notificare al convenuto una nuova memoria a norma dell'articolo 6, ovvero depositare, previa notifica, istanza di fissazione dell'udienza; 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 concluzione di questa; se lo ritiene opportuno, il giudice deferisce all'attore giuramento suppletorio”;

che questo marchingegno processuale – secondo la unanime lettura della dottrina edita – conferisce alla condotta del convenuto contumace (ovvero che abbia tardivamente notificato la comparsa di risposta), la valenza di c.d. *facta confessio*, riconoscendosi in sostanza i fatti descritti in citazione dall'attore come ammessi dalla controparte, in ciò radicalmente innovando rispetto a quel consolidato e si potrebbe dire ormai pacifico orientamento giurisprudenziale, a tenore della quale nel processo civile la contumacia del convenuto non può assumere alcun significato probatorio in favore della domanda dell'attore, lasciando del tutto inalterato il substrato di contrapposizione su cui si articola il contraddittorio (*ex multis*, da ultimo, Cass. 11.7.2003, n.10948);

che, tuttavia, del descritto radicalmente nuovo c.d. rito contumaciale non v'è traccia nella legge che ha delegato il Governo alla riforma delle norme processuali applicabili nelle controversie in materia societaria, prevedendo l'art. 12, comma 2, lett. a), della L. 366/2001 (intitolato *nuove*

norme di procedura) esclusivamente la facoltà in capo al legislatore

delegato di emanare una nuova disciplina procedurale diretta ad assicurare

“la concentrazione del procedimento e la riduzione dei termini

processuali”;

che, come affermato dai Giudici delle leggi, i principi e i criteri

direttivi della legge di delegazione devono essere interpretati sia tenendo

conto delle finalità ispiratrici della delega, sia verificando, nel silenzio del

legislatore delegante sullo specifico tema, che le scelte operate dal

legislatore delegato non siano in contrasto con gli indirizzi generali della

stessa legge-delega (Corte Cost. n. 481/2005; Corte Cost. n. 228/2005;

Corte Cost. n. 248/2004; Corte Cost. n. 308/2002)

che, allora, esclusa in radice ogni inerenza della descritta riforma del

c.d. rito contumaciale con la finalità della riduzione dei termini

processuali, resta altresì fermo che quella della concentrazione del

procedimento può essere raggiunta per effetto della c.d. *ficta confessio*

solo per mero accidente processuale – restando comunque esclusa laddove

vi siano più parti convenute, di cui almeno una abbia tempestivamente

notificato all’attore la propria comparsa di risposta –; dovendosi

soggiungere che il legislatore storico giammai ha ritenuto di fare ricorso

ad un siffatto congegno nell’ambito dei plurimi interventi novellatori che

si sono succeduti nell’ultimo cinquantennio, tutti volti a ridurre i tempi

delle varie fasi processuali al fine di rendere così più “concentrato” il

processo civile (L. 533/1973–*Disciplina delle controversie individuali di*

lavoro; L. 353/1990–*Provvedimenti urgenti per il processo civile*; e, da

ultimo, L. 80/2005–*Conversione in legge del decreto legge 14 marzo*

2005, n. 35, recante disposizioni urgenti nell'ambito del piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale, come integrata dalla recentissima L. 263/2005–Interventi correttivi alle modifiche in materia processuale civile introdotte con il decreto legge 14 marzo 2005, n. 35, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 maggio 2005, n. 80);

che, ancora, attraverso la lettura lavori preparatori della cennata L. 366/2001 – e, in particolare, la relazione di accompagnamento al disegno di legge delega per la riforma del diritto societario, presentato dal Ministro della Giustizia il 3.7.2001 (C. 1137/XIV), nonché la relazione dell'on. Gaetano Pecorella, relatore del disegno di legge in Commissione giustizia della Camera (si veda il resoconto della seduta della detta commissione in data 10.7.2001) – non si rinviene affatto la volontà del legislatore delegante di introdurre una del tutto innovativa disciplina del c.d. rito contumaciale, con contestuale ripudio dell'ormai recepito principio della *ficta litiscontestatio*, trovando ripetutamente eco in essi soltanto i ridetti canoni della “concentrazione del procedimento” e della “riduzione dei termini processuali”;

che, del resto, la naturale necessità di una espressa direttiva in tema di c.d. rito contumaciale da parte del legislatore, allorquando intenda delegare il potere esecutivo a legiferare sulle regole del processo, può evincersi dal mero raffronto con altro assai recente disegno di legge delega – quello per la complessiva riforma del processo civile, approvato dal Consiglio dei Ministri in data 24.10.2003 (C. 4578/XIV) –, ove è prevista espressamente (al punto 23) una compiuta e specifica direttiva in tal senso;

che, dunque, deve ritenersi non manifestamente infondata la

questione di costituzionalità dell'art. 13, comma 2, D.Lg. 5/2003, nella parte in cui dispone che i fatti affermati dall'attore, anche quando il convenuto abbia tardivamente notificato la comparsa di costituzione, si intendono non contestati, per contrarietà all'art. 76 della Costituzione, avendo il legislatore delegato ecceduto rispetto alla delega conferitagli nell'art. 12 L. 366/2001;

ritenuto, inoltre, in via subordinata, che la norma censurata, prevedendo il meccanismo della *facta confessio* in caso di tardiva notifica della comparsa di risposta del convenuto, soltanto per i procedimenti c.d. societari a differenza di tutti gli altri riti processuali civili vigenti, si mostra contraria al canone di ragionevolezza, così impingendo nella violazione dell'art. 3 Cost., ingiustificatamente attribuendo – per la prima volta nell'ordinamento – all'attore nell'ambito dei soli processi regolati dal D.Lg. 5/2003 un privilegio processuale (l'esonero dalla prova dei fatti affermati in citazione) che non compete a nessun'altra parte attrice in seno agli altri riti, sia esso quello ordinario, disciplinato nel titolo I del libro II del Codice di Procedura Civile (si veda, in proposito, la assai significativa previsione dell'art. 186 *bis*, comma I, c.p.c.), che quelli speciali regolati nel medesimo codice o in altre norme di legge;

che, peraltro, tale evidente disparità di trattamento non può trovare giustificazione nemmeno nella peculiarità delle controversie trattate con il rito introdotto dal D.Lg. 5/2003, per l'assorbente rilievo che, a norma dell'art. 70 *ter* disp. att. c.p.c. (come introdotto dall'art. 2, comma 3 *ter*, D.L. 35/2005 convertito con modificazioni in L. 80/2005), sull'accordo delle parti – attore e convenuto – anche per i processi ordinari trattati

innanzi al tribunale (quelli instaurati a partire dal 1 marzo 2006: art. 2, comma 3 *quater* e comma 3 *quinquies*, D.L. suddetto, come novellato dall'art. 8, comma 1, D.L. 115/2005 convertito con modificazioni in L. 168/2005, e da ultimo, dall'art. 1, comma 1, D.L. 271/2005, in attesa di conversione in legge) è consentita la prosecuzione del giudizio “nelle forme e secondo le modalità” di cui al D.Lg. 5/2003, palesandosi quindi la volontà del legislatore di estendere (con il consenso delle parti) tendenzialmente senza limite alcuno di materia il nuovo rito introdotto dal cennato decreto legislativo;

che, di conseguenza, deve ritenersi non manifestamente infondata la questione di costituzionalità dell'art. 13, comma 2, D.Lg. 5/2003, nella parte in cui dispone che i fatti affermati dall'attore, anche quando il convenuto abbia tardivamente notificato la comparsa di costituzione, si intendono non contestati, pure per contrarietà all'art. 3 Cost., attesa la violazione del criterio di ragionevolezza;

ritenuto, ancora, in via ulteriormente gradata, che la secca previsione normativa della non contestabilità dei fatti affermati dall'attore in caso di tardiva notificazione della comparsa di risposta, pare collidere con il diritto di difesa del convenuto sancito dall'art. 24 Cost.;

che, invero, per un verso, la c.d. *ficta confessio* sembra costituire sanzione processuale sproporzionata a fronte dell'inerzia del convenuto, atteso che la stessa si determina – come nel caso che ci occupa – anche per il mero ritardo di un solo giorno nella detta notifica, ancorché il medesimo convenuto si sia poi costituito tempestivamente (nei termini di cui all'art. 5, comma 1, D.Lg. 5/2003), e ciò ove si tenga a mente che secondo la

giurisprudenza delle s.u. della S.C., negli altri riti (sia quello ordinario che quello del lavoro) ai fini della tempestività della contestazione non rileva comunque la tardività della costituzione in giudizio del convenuto, in considerazione della valenza neutra dell'originaria contumacia (così Cass. s.u. 23.1.2002, n. 761);

che, inoltre, e per altro verso, a petto del serio pregiudizio processuale cui va incontro il convenuto in caso di tardiva notifica della sua comparsa di risposta, non trova spazio nel rito societario la previsione dell'obbligo in capo all'attore di un adeguato avviso della descritta sanzione processuale in seno all'atto di citazione, visto che ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. a), D.Lg. 5/2003, l'atto introduttivo della lite deve contenere le indicazioni di cui ai nn. 1, 2, 3, 4, 5, e 6 dell'art. 163 c.p.c., ma non l'avvertimento che la mancata notifica della comparsa di risposta nei termini fissati dall'attore comporta la non contestazione dei fatti affermati da quest'ultimo (come invece previsto, ad esempio, per le decadenze di cui all'art. 167 c.p.c. dall'art. 163, n. 7, c.p.c.);

che, allora, deve altresì ritenersi non manifestamente infondata la questione di costituzionalità dell'art. 13, comma 2, D.Lg. 5/2003, nella parte in cui dispone che i fatti affermati dall'attore, anche quando il convenuto abbia tardivamente notificato la comparsa di costituzione, si intendono non contestati, per contrarietà all'art. 24 della Costituzione, restando violato il diritto di difesa del convenuto;

ritenuto, infine, che tutte le questioni di costituzionalità sopra esposte sono parimenti rilevanti, trattandosi qui di stabilire se la tardiva notifica agli attori della comparsa di risposta da parte dell'istituto di credito

convenuto, debba determinare l'integrale non contestazione dei fatti allegati dai medesimi nell'atto introduttivo della lite e la conseguente necessità di decidere la stessa in base alla concluzione delle domande ivi formulate;

P.Q.M.

Visti gli artt. 1 L. Cost. 9.2.1948 n. 1, 1 e 23 L. 11.3.1953 n. 87.

Dichiara rilevante e non manifestamente infondata, in relazione all'art. 76 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 2, D.Lg. 5/2003, nella parte in cui dispone che i fatti affermati dall'attore, anche quando il convenuto abbia tardivamente notificato la comparsa di costituzione, si intendono non contestati.

Dichiara, altresì, in via subordinata, rilevante e non manifestamente infondata, in relazione all'art. 3 Cost., la questione di legittimità dell'art. 12, comma 2, D.Lg. 5/2003, nella parte in cui dispone che i fatti affermati dall'attore, anche quando il convenuto abbia tardivamente notificato la comparsa di costituzione, si intendono non contestati.

Dichiara, ancora, in via ulteriormente gradata, rilevante e non manifestamente infondata, in relazione all'art. 24 Cost., la questione di legittimità dell'art. 12, comma 2, D.Lg. 5/2003, nella parte in cui dispone che i fatti affermati dall'attore, anche quando il convenuto abbia tardivamente notificato la comparsa di costituzione, si intendono non contestati.

Sospende il giudizio in corso.

Dispone la trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale ed ordina che, a cura della Cancelleria, la presente ordinanza venga notificata al

Presidente del Consiglio dei Ministri, nonché comunicata ai Presidenti della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica.

IL PRESIDENTE

Dott. Giovanni Battista Macrì

IL CANCELLIERE