

Tribunale di L'Aquila – Mario Montanaro estensore – 2 luglio 2004.

(103-m)

**Processo societario – Richiesta di esclusione di socio accomandatario di s.a.s. – Conflitto tra parti contrapposte – Sussistenza – Rito applicabile. Mutamento di rito – Procedimento instaurato con ricorso –Instaurazione del contraddittorio – Necessità.**

Il procedimento volto a far dichiarare l'esclusione di un socio dalla società ha natura contenziosa, presupponendo l'esistenza di un conflitto tra parti; ad esso deve quindi essere applicato il processo disciplinato dal titolo II° del d. lgs. 5/03.

Qualora la richiesta in questione venga avanzata con ricorso ex art. 33 del citato decreto, il giudice, prima di disporre il mutamento del rito, deve fissare udienza innanzi al collegio in camera di consiglio al solo fine di consentire l'instaurazione del contraddittorio sulla domanda erroneamente proposta. (fb)

(103-t)

**RILEVATO**

che con il ricorso in esame il ricorrente, socio accomandante della "F.M. s.a.s.", ha chiesto che il Tribunale adito voglia dichiarare l'esclusione del socio accomandatario F.M. «per grave inadempimento» consistente nell'essersi lo stesso reso irreperibile dal luglio 2002 e nell'aver effettuato, precedentemente a detta data, «in modo del tutto arbitrario ed all'insaputa del ricorrente diversi prelevamenti dal conto societario»;

che il ricorrente ha espressamente introdotto la domanda giudiziale in esame quale procedimento da trattarsi in camera di consiglio, avendo richiesto l'iscrizione dello stesso agli affari civili non contenziosi da trattarsi in camera di consiglio;

che il comma 5 dell'art. 1 del D. Lgs. n. 5/2003 dispone che il giudice, quando rileva che una causa relativa ad uno dei rapporti di cui al comma 1 del medesimo articolo è stata proposta in forme diverse da quelle previste da detto decreto, dispone con ordinanza il mutamento di rito e la cancellazione della causa dal ruolo;

che, inoltre, il Presidente del Tribunale non ha provveduto alla fissazione dell'udienza per l'audizione delle parti in camera di consiglio e ad assegnare il termine per la notificazione del ricorso e del decreto ai soggetti nei cui confronti il procedimento è richiesto, così come dispone l'art. 30, comma 1, del D.Lgs. n. 5/2003 quanto ai procedimenti in confronto di più parti;

**RITENUTO**

[1] che, preliminarmente, deve rilevarsi come il procedimento in esame non possa essere ricondotto all'ambito di applicazione del procedimento in camera di consiglio in confronto di più parti come individuato dall'art. 33 del D. Lgs. n. 5/2003, così come - in verità - all'ambito di applicazione di quello in confronto di una sola parte ai sensi dell'art. 28;

che, infatti, il procedimento camerale disegnato dal legislatore delegato del 2003 riguarda quelle ipotesi in cui il giudice non è chiamato a statuire sull'esistenza o sull'ampiezza di un diritto o di uno status, ma a verificare una situazione di fatto attraverso provvedimenti che, sebbene sicuramente idonei ad incidere su posizioni di diritto soggettivo, non sono però risolutivi con efficacia di giudicato di alcun conflitto tra parti contrapposte;

che, invece, la fattispecie dell'esclusione del socio dalla società di persone presuppone l'esistenza di un conflitto tra parti contrapposte e necessita, inoltre, di un provvedimento (la sentenza) idonea ad incidere sullo status di socio;

che, conseguentemente, deve ritenersi che la domanda proposta con il ricorso in data 19.6.2004 dovesse piuttosto essere introdotta nelle forme del processo dichiarativo

societario disciplinato dal Titolo II del D. Lgs. n. 5/2003;

[2] che la lettera del comma 5 dell'art. 1 evidenzia come il legislatore delegato nel disciplinare il mutamento da altro rito a quello di cui al Titolo II del D. Lgs. n. 5/2003 abbia fatto riferimento alla struttura propria del processo ordinario di cognizione (che, poi, è la forma con cui comunque, prima del 1° gennaio 2004, dovevano essere introdotte le controversie nelle materie di cui all'elencazione dettata dal comma 1 dell'art. 1), prevedendo così tanto l'ipotesi in cui venga disposta dal giudice «a seguito dell'udienza di prima comparizione», ossia l'udienza ex art. 180 c.p.c. in cui avviene il primo contatto tra le parti nel processo ordinario di cognizione, quanto l'ipotesi in cui ciò avvenga «in ogni altro caso»;

che, ciò nonostante, la disciplina del mutamento di rito dettata dall'art. 1, comma 5 può trovare agevolmente applicazione in tutte le ipotesi in cui la domanda giudiziale in una delle materie di cui al comma 1 del medesimo articolo sia introdotta, seppure in sede contenziosa, ma con ricorso: è il caso del rito del lavoro, dove ovviamente non vi è un'udienza di prima comparizione, ma l'udienza (tendenzialmente unica) di discussione ai sensi dell'art. 420 c.p.c., in cui il giudice (del lavoro) dovrà disporre il mutamento di rito e la cancellazione della causa dal ruolo - sebbene, ad avviso di questo Giudice, in questo caso decorreranno comunque (ossia in qualunque momento sia disposto il mutamento di rito) i termini di cui all'art. 6 del D.Lgs. n. 5/2003 e, considerando che si passa da un rito a preclusioni più rigide ad un rito a preclusioni meno rigide, troverà applicazione in via analogica - trattandosi comunque di un procedimento di cognizione - la norma dell'art. 426, comma 1, ultima parte c.p.c.;

[3] che, invece, perché lo schema procedimentale disegnato dall'art. 1, comma 5 del D. Lgs. n. 5/2003 possa trovare applicazione laddove una controversia in una delle materie di cui all'art. 1, comma 1 sia stata introdotta nelle forme dei procedimenti di volontaria giurisdizione, è necessario che il giudice adito provveda comunque ad instaurare il contraddittorio nei confronti della controparte;

che, infatti, la disciplina del mutamento di rito dettata dal legislatore delegato del 2003 postula con tutta evidenza, anche con il rinvio agli artt. 6 o 7 del D. Lgs. n. 5/2003, a seconda che il mutamento di rito sia disposto rispettivamente all'udienza di prima comparizione ovvero ad altra udienza successiva, l'avvenuta instaurazione del contraddittorio tra le parti;

che, conseguentemente, sebbene non si verta in una fattispecie in cui possa trovare applicazione il procedimento disciplinato dall'art. 30 e segg. del D. Lgs. n. 5/2003, è necessario provvedere alla fissazione di udienza innanzi al collegio in camera di consiglio al solo fine di consentire l'instaurazione del contraddittorio sulla domanda erroneamente proposta nelle forme dei procedimenti in camera di consiglio per poter consentire alla controparte (o alle controparti) di costituirsi e, quindi, in tale sede disporre con ordinanza (cfr. art. 737, ultima parte c.p.c.) il mutamento di rito e la cancellazione della causa dal ruolo ai sensi del comma 5 dell'art. 1 del D. Lgs. n. 5/2003;

che è opportuno rilevare come in detto caso, nel riassumere il giudizio depositando la memoria ai sensi dell'art. 6 del D. Lgs. n. 5/2003 notificata alla controparte, l'attore debba provvedere all'iscrizione della causa al ruolo ordinario degli affari contenziosi di questo tribunale, essendo la stessa iscritta al (e dovendo essere cancellata dal) ruolo affari diversi;

[4] che, ad avviso di questo Giudice, e diversamente da quanto pure ritenuto in dottrina con riferimento al giudizio di cognizione ordinaria erroneamente introdotto con ricorso, non può ritenersi applicabile al caso in esame l'istituto della rinnovazione di cui all'art. 164 c.p.c.: infatti, vero è che obiettivo del legislatore del 1990 è stato quello di approntare un rimedio di carattere generale, applicabile a tutti i vizi dell'atto introduttivo del giudizio, tra cui -

appunto – quelli relativi alla vocatio in ius (art. 164, comma 2, c.p.c.) e che il ricorso, al pari dell'atto di citazione, è uno degli strumenti per introdurre la lite previsti dal nostro ordinamento, ma ciò di per sé non rende possibile l'applicazione del comma 2 dell'art. 164 c.p.c.;

che, infatti, l'istituto introdotto dalla L. n. 353/1990 è non la rinnovazione degli atti tout court, ma la rinnovazione dell'atto di citazione, sicché è comunque necessario che si sia in presenza di un atto che, per la mancanza di uno degli elementi indicati – siano essi relativi alla vocatio in ius (comma 2) o all'editio actionis (comma 4) – non sia idoneo a raggiungere lo scopo che è proprio dell'atto di citazione, ma sia comunque qualificabile, alla luce degli altri elementi che lo connotano, come atto di citazione, laddove, invece, non è possibile disporre la rinnovazione di un atto che è ontologicamente diverso dall'atto di citazione, che si distingue dal ricorso proprio perché il contatto tra le parti avviene prima e a prescindere dall'attività del giudice;

che è la stessa lettera dell'art. 164 c.p.c., nell'indicare lo scopo dell'istituto della rinnovazione in caso di nullità della vocatio in ius (sanare «i vizi e gli effetti sostanziali e processuali della domanda» che, quindi, «si producono sin dal momento della prima notificazione») che esclude l'applicazione laddove un giudizio, anziché essere iniziato con atto di citazione, sia intrapreso con ricorso: in tale seconda ipotesi, infatti, non potrebbe certo affermarsi che la rinnovazione sani i vizi sin dal momento del deposito dell'atto in cancelleria;

P.T.M.

- fissa l'udienza del 21.7.2004, ore 11.00 per la comparizione delle parti innanzi al Collegio in camera di consiglio;
- dispone che il ricorrente provveda a notificare al resistente il ricorso e il presente decreto.

la discussione della causa innanzi al Collegio all'udienza del 6 maggio 2004, ore 12,00.