

TRIBUNALE DI VALLO DELLA LUCANIA

Consiglio dell'Ordine degli Avvocati

5 marzo 2010

Incontro di studio sul tema:

IL PROCEDIMENTO SOMMARIO DI COGNIZIONE

Rel: dott. Cesare Taraschi
Giudice presso il Tribunale di Vallo
della Lucania

IL PROCEDIMENTO SOMMARIO DI COGNIZIONE

SOMMARIO: 1. Premessa; 2. Natura giuridica e collocazione sistematica; 3. Ambito applicativo; 4. La fase introduttiva; 5. La fase istruttoria; 6. La fase decisoria; 7. L'appello e gli altri mezzi d'impugnazione.

1. PREMESSA

La novità probabilmente più rilevante introdotta dalla legge 18 giugno 2009, n. 69, entrata in vigore il 4.7.2009, è rappresentata dal procedimento sommario di cognizione, inserito dopo il capo III del titolo I del libro IV del codice di procedura civile e composto dagli artt. 702bis, 702ter e 702quater.

La spinta riformatrice che ha animato il legislatore negli ultimi anni è stata alimentata dalla sempre più avvertita esigenza di porre rimedio alla crisi della giustizia civile, ed, in particolare, all'irragionevole durata dei nostri processi, in gran parte determinata da *tempi morti* che non dipendono solo dai comportamenti dei suoi protagonisti, ma anche da problemi strutturali ed organizzativi, spesso, ed in particolare oggi, accentuati dalla cosiddetta legge Mastella in tema di reclutamento, di assegnazione e nomine dei magistrati negli uffici.

Né va sottovalutato il problema delle cancellerie e degli ausiliari in genere, i cui organici, di per sé insufficienti, mai sono coperti completamente e, se lo sono, spesso con personale demotivato. Per non parlare, infine, della lamentata insufficienza degli strumenti materiali.

In un simile contesto, non può, tuttavia, non dubitarsi dell'opportunità ed efficacia della tecnica prescelta dal legislatore per tentare di risolvere tali problemi, ossia la messa in opera di frammentari e parziali interventi normativi, nonostante la più volte segnalata necessità di una riforma organica dell'intero sistema processuale. Sul piano metodologico, infatti, la necessità di procedere a modifiche legislative che non siano caratterizzate da contingenze emergenziali, ma che appaiano ispirate da una visione sistematica dei problemi della giustizia, consiglierebbe un intervento riformatore complessivo, in grado di adottare efficaci strumenti di tutela della domanda giudiziale dei cittadini attraverso uno sfolgimento dei riti processuali ed una riorganizzazione, anche a livello logistico, della "geografia giudiziaria", sopprimendo o accorpendo uffici periferici.

Invero, non può negarsi il rischio che il proliferare, nell'arco di pochi anni, di riti soggetti a discipline transitorie parzialmente differenti l'una dall'altra, generi confusione e disagio in tutti gli operatori del diritto, costretti a confrontarsi quotidianamente con la sovrapposizione di cause assoggettate a regole processuali eterogenee, frutto di interventi a volte estemporanei del legislatore e scarsamente coordinati con l'impianto complessivo del rito civile.

Nell'ottica della semplificazione dei riti risulta, allora, certamente da approvare l'abrogazione dell'art. 3 della L. n. 102/06, relativa all'applicazione del rito del lavoro alle cause di risarcimento danni per morte e lesioni conseguenti ad incidenti stradali, nonché del rito societario di cui al D.Lgs. n. 5/03, considerata la conclamata inefficienza di quest'ultimo, foriero di numerosi problemi interpretativi ed applicativi, e le cui norme sono state negli ultimi anni più volte "bocciate" dalla Consulta con varie pronunce di illegittimità costituzionale.

Ugualmente apprezzabile è la contestuale delega conferita al Governo per l'adozione di uno o più decreti legislativi in materia proprio di "*riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione che rientrano nell'ambito della giurisdizione ordinaria e che sono regolati dalla legislazione speciale*", che lascia chiaramente intendere che, ben presto, il cantiere del legislatore processuale tornerà in attività.

In particolare, una delle finalità di tale ultima delega è quella di ridurre i molteplici procedimenti civili, la cui disciplina è disseminata nelle leggi speciali, a tre tipi fondamentali:

processo ordinario, di cui al libro II, titolo I; processo con rito del lavoro, di cui al libro II, titolo IV; processo semplificato di cui al libro IV, capo III *bis*, di nuova introduzione.

E' evidente, quindi, che **la legge del 2009 ha voluto valorizzare il procedimento sommario in esame**, indicandolo come uno dei tre modelli processuali ai quali il legislatore delegato dovrà far riferimento per ricondurre ad unità i procedimenti civili di natura contenziosa ed, in particolare, quei "*procedimenti, anche in camera di consiglio, in cui sono prevalenti caratteri di semplificazione della trattazione o dell'istruzione della causa*".

Storicamente la tecnica della tutela sommaria ha costituito sempre una componente insostituibile del sistema di tutela giurisdizionale civile complessivamente inteso proprio in ragione della sua capacità di soddisfare **esigenze di efficienza e di effettività della tutela dei diritti**. Il risultato che si intravede in prospettiva, alla luce delle riforme normative realizzate da alcuni anni, è forse il definitivo superamento, nel sistema di tutela giurisdizionale dei diritti, del modello tradizionale che si fonda sulla centralità della tutela dichiarativa, del processo di cognizione e dell'accertamento con autorità di cosa giudicata.

Non a caso da qualche tempo la dottrina più sensibile auspica un nuovo modello di processo civile e la presenza, nel sistema positivo italiano, di un "**doppio binario**": uno a **bassissima velocità** che conduce, in tempi assai lunghi, al giudicato e che ha il suo archetipo nel processo ordinario di cognizione; l'altro, **ad alta velocità**, organizzato sulla base di un procedimento altamente deformalizzato, a cognizione sommaria, che tende a comporre il conflitto mediante provvedimenti provvisori, disancorati dal giudicato, ma immediatamente esecutivi ed idonei ad assicurare in tempi ragionevoli un assetto giuridico agli interessi in conflitto in modo potenzialmente definitivo.

In proposito, si è già autorevolmente osservato¹ che se il codice del 1940 (dopo l'esperienza, non positiva, del procedimento sommario fino a quell'epoca vigente) aveva ancorato il processo di cognizione di rito ordinario ad un modello unico, insensibile alla natura più o meno semplice o più o meno complessa della controversia, e le riforme successive avevano ribadito la scelta di applicare le stesse regole procedurali a prescindere dal livello di complessità della causa, preferendo incrementare il numero e la varietà dei riti speciali in base alle tipologie di controversie, il predetto nuovo rito sommario consente invece al giudice (e, prima ancora, alla parte che agisce in giudizio) di selezionare il contenzioso e di adottare diverse regole del procedimento in relazione alla maggiore o minore complessità della controversia.

Una scelta siffatta merita di essere salutata favorevolmente, pur non potendosi negare alcune criticità (i possibili abusi derivanti dall'utilizzo "improprio" del rito da parte del ricorrente, in funzione della possibile lesione delle garanzie difensive del convenuto; la necessità, già auspicata da autorevole dottrina², di accompagnare l'introduzione del nuovo rito con interventi sull'organizzazione anche tabellare - e sul calendario giudiziale - idonei ad assicurare a questi processi, se non una vera e propria "corsia preferenziale", una trattazione separata dagli altri che consenta di non vanificare le scelte, anche innovative, a favore della celerità della decisione) che possono condizionare l'applicazione del nuovo modello processuale e determinarne il fallimento.

2. NATURA GIURIDICA E COLLOCAZIONE SISTEMATICA

Problema centrale per quanto attiene alla natura giuridica del nuovo rito è quello inerente il **significato da attribuire al termine "sommario" impiegato dal legislatore**, ossia se la nuova

¹ Cfr. G. ARIETA, *Il rito semplificato di cognizione*, § 1, in www.judicium.it, nonché in *Strumentario Avvocati*, numero IX, settembre 2009.

² Cfr. G. ARIETA, *op. cit.*, § 1.

forma di tutela debba essere sistematicamente collocata nell'ambito delle tutele sommarie (non cautelari), accanto al procedimento per decreto ingiuntivo ed al procedimento sommario societario di cui all'abrogato art. 19 d.lgs. n. 5/03.

In favore della soluzione positiva a tale quesito, oltre alla rubrica del nuovo art. 702bis c.p.c., depongono l'inserimento nel libro quarto del codice di rito ed il legame con il precedente immediato del nuovo istituto, rappresentato dal *procedimento sommario non cautelare* di cui all'art. 46 del c.d. disegno di legge Mastella (d.d.l. n. 1524/S/XV), ma le differenze tra essi sono notevoli, così come sensibilmente rilevanti sono le differenze del primo rispetto al citato procedimento sommario di cognizione societario (che era effettivamente inquadrato nell'ambito delle tutele sommarie non cautelari).

In proposito: *a)* mentre il campo di applicazione del procedimento sommario non cautelare del progetto Mastella, nonché del procedimento sommario societario, era limitato alla richiesta di un provvedimento di condanna (al pagamento di somme di danaro ovvero alla consegna o rilascio di beni), il nuovo procedimento sommario è generalmente previsto per qualunque tipo di domanda³, all'unica condizione che si tratti di "*cause in cui il tribunale giudica in composizione monocratica*" (*cf.* art. 702 bis, primo comma) e, dunque, al di fuori delle ipotesi contemplate dall'art. 50 bis c.p.c.; *b)* l'ordinanza di cui all'art. 19 del d.lgs. n. 5/2003 era di per sé inidonea, se non impugnata, a conseguire l'autorità della cosa giudicata, che oggi, invece, viene esplicitamente attribuita al provvedimento conclusivo del nuovo rito; *c)* diversamente dal rammentato art. 19 del d.lgs. n. 5/2003, che discorreva esplicitamente (*cf.* terzo comma) di *cognizione sommaria*⁴, lasciando altresì intendere che la decisione dovesse intervenire già al termine della prima udienza, manca, nell'art. 702 ter c.p.c., qualunque riferimento ad una cognizione superficiale, vuoi in relazione ai fatti costitutivi del diritto dedotto in giudizio, vuoi relativamente alle eccezioni sollevate dal convenuto; *d)* evidente è anche la diversità dei presupposti, rispetto al corrispondente art. 702 bis c.p.c., del disegno di legge Mastella, che consentiva la pronuncia dell'ordinanza allorché il giudice ritenesse "*verosimili, sulla base degli elementi acquisiti, i fatti che sono posti a fondamento della domanda e non verosimili i fatti posti a fondamento delle eccezioni*"⁵.

Va poi considerato che il quinto comma dell'art. 702 ter c.p.c., per l'ipotesi in cui il Giudice ritenga sussistere i presupposti per la utilizzazione del rito *de quo*, prevede che questi alla prima udienza, "*sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione rilevanti in relazione all'oggetto del provvedimento richiesto e provvede con ordinanza all'accoglimento o al rigetto delle domande*": **la norma, dunque, riecheggia palesemente quella dell'art. 669 sexies, primo comma, c.p.c. relativa al procedimento cautelare uniforme, ma è stata depurata delle espressioni che avrebbero potuto far pensare ad un accertamento incompleto o comunque**

³ *Cfr.* F.P. LUISO, Il procedimento sommario di cognizione, in www.judicium.it; R. CAPONI, *Un nuovo modello di trattazione a cognizione piena: il procedimento sommario ex art. 702 bis c.p.c.*, in www.judicium.it; G. BALENA, *op. cit.*, § 23; *Contra* CARRATTA, in *Come cambia il processo civile*, p. 139, ritenendosi che la limitazione alle domande di condanna possa desumersi dal sesto comma dell'art. 702 ter c.p.c., per cui l'ordinanza che definisce il procedimento "*è provvisoriamente esecutiva e costituisce titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale e per la trascrizione*". Secondo G. BALENA, *op. cit.*, § 23, in nota, tenuto conto dell'opposta e più pregnante indicazione che può trarsi dall'esame dei lavori parlamentari, non sembra che la formulazione dell'art. 702 ter offra un argomento risolutivo, esattamente come l'art. 282 c.p.c., secondo cui *la sentenza di primo grado è provvisoriamente esecutiva*, non potrebbe essere certamente invocato per escludere l'ammissibilità di domande che non siano di condanna. Si consideri, inoltre, che il riferimento alla *trascrizione* ha senso, prevalentemente, proprio rispetto alle sentenze di mero accertamento o costitutive.

⁴ Che l'ordinanza ex art. 19 si fondasse su una cognizione superficiale era inequivocabilmente confermato, d'altronde, dal comma 2 bis, secondo cui "*al termine dell'udienza il giudice, ove ritenga sussistenti i fatti costitutivi della domanda e manifestamente infondata la contestazione del convenuto, pronuncia ordinanza immediatamente esecutiva di condanna*".

⁵ Per un'autorevole critica a detta disposizione, vedasi A. PROTO PISANI, *Contro l'inutile sommarizzazione del processo civile*, in *Foro It.* 2007, V, 44 e ss.

superficiale, tipico dei provvedimenti cautelari. Sicchè, mentre l'art. 669 *sexies* limita la fase propriamente istruttoria ai soli atti *indispensabili in relazione ai fini ed ai presupposti del provvedimento richiesto* (*id est* alla verifica del *fumus boni iuris*), nell'art. 702 *ter* si discorre, in termini più neutri, di *atti di istruzione rilevanti in relazione all'oggetto del provvedimento richiesto*.

Inoltre, come già anticipato, l'art. 54, quarto comma, della legge n. 69/2009 prevede che il rito ora considerato divenga il **modello di riferimento per tutti i procedimenti** di cognizione (si badi: **a cognizione piena**) "*anche se in camera di consiglio, i cui sono prevalenti caratteri di semplificazione della trattazione o dell'istruzione della causa*": anche in questo caso, pertanto, manca qualunque allusione ad una possibile sommarietà o superficialità dell'accertamento, tanto più che per i procedimenti che verranno ricondotti a questo modello neppure sarà possibile la conversione (*ope iudicis*) nel rito ordinario, così escludendosi la possibilità di accomunare il rito in esame ai procedimenti sommari veri e propri (si pensi al giudizio possessorio interdittale), i quali, pur essendo autonomi rispetto alla tutela cognitiva ordinaria, possono fisiologicamente sfociare in quest'ultima.

Nella specie, infine, posto che **si prescinde da qualunque ragione obiettivamente idonea a giustificare una sommarietà della cognizione** (quale, ad esempio, l'urgenza del diritto tutelando), e tenuto altresì conto della idoneità dell'ordinanza conclusiva del procedimento ad acquistare valore di cosa giudicata, non sarebbe comprensibile il perché mai ci si dovrebbe accontentare di un accertamento meno approfondito del consueto: la spiegazione certamente non potrebbe essere quella della particolare semplicità della controversia (affermata dall'attore e poi verificata, almeno *prima facie*, dal giudice), poiché, anzi, quanto più una causa è semplice, dal punto di vista delle questioni di fatto e di diritto che essa solleva, tanto meno si giustifica una cognizione incompleta o comunque superficiale.

In pratica, contrariamente a quanto emerge dalla collocazione sistematica codicistica, il processo sommario di cognizione non sembra atteggiarsi come procedimento speciale volto ad ottenere, mediante una cognizione sommaria della controversia, esclusivamente la costituzione di un titolo anche provvisorio che consenta alla parte di procedere ad esecuzione forzata; **si tratta, piuttosto, di un vero e proprio procedimento alternativo a quello ordinario di cognizione**, anche se limitato ai casi in cui il tribunale giudica in composizione monocratica, e quindi idoneo a pervenire ad un accertamento del diritto con efficacia piena di giudicato.

Secondo parte della dottrina (Luiso, in *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Judicium* – www.judicium.it), si tratterebbe di un istituto del tutto parallelo al procedimento d'ingiunzione, dal quale divergerebbe per taluni profili strutturali, ma non nel risultato, che in entrambi i casi, nell'ipotesi di decreto ingiuntivo non opposto, sarebbe un provvedimento suscettibile di produrre gli effetti di cui all'art. 2909 c.c. (sia pure con alcune differenze, come ad esempio quella inerente la mancata formazione, nel procedimento monitorio, di un giudicato di rigetto in relazione alle domande, o ai capi di domanda, non accolti, cfr. Cass. S.U. n. 4510/06). Come il procedimento d'ingiunzione, esso si porrebbe in alternativa al processo a cognizione piena sulla base della scelta di chi prende l'iniziativa processuale, e dunque si diversificherebbe nettamente dai riti speciali, che costituiscono riti a cognizione piena sostitutivi e non concorrenti con il rito ordinario.

Posto che il rito "sommario" si pone come "alternativo" al rito ordinario, **funzione del procedimento in esame è allora quella di consentire l'accelerazione dell'esercizio dei poteri cognitivi decisorii**, con la formazione di un accertamento idoneo al giudicato sostanziale, previa selezione, da parte del giudice, della singola controversia ritenuta, caso per caso, compatibile con la decisione semplificata.

Muovendo da ciò si è quindi sostenuto⁶ che **la sommarietà del rito in esame deve essere intesa come mera semplificazione di ogni fase del processo successiva a quella**

⁶ Cfr. G. BALENA, *op. cit.* § 23.

introduttiva, l'unica disciplinata direttamente dall'art. 702 *bis* c.p.c.: il legislatore, cioè, pensando alle controversie più semplici, ha voluto introdurre un modello di procedimento dalla disciplina piuttosto scarna, che il giudice può in certa misura forgiare a propria discrezione. Ipotesi, questa, del tutto plausibile ove si consideri il *favor* dimostrato negli ultimi decenni per l'uso, nell'ambito della giurisdizione contenziosa, di un procedimento del tutto deformalizzato quale è quello camerale contemplato dagli artt. 737 e ss. c.p.c., che attribuisce al giudice massima discrezionalità nella conduzione e nella stessa determinazione delle modalità di svolgimento del processo.

In concreto, questo dovrebbe presentarsi come più snello (affrancato, cioè, dalla necessaria concessione dei termini *ex art.* 183 o 190 c.p.c., nonché da momenti squisitamente formali quali l'udienza di precisazione delle conclusioni), e pertanto, non diversamente dall'odierno procedimento in camera di consiglio, **dovrebbe teoricamente consentire una maggiore immediatezza della decisione evitando la divisione in fasi che contraddistingue il processo di cognizione ordinario**. Il giudice, dunque, fatto salvo l'imprescindibile principio del contraddittorio (*cfr.* l'art. 101 c.p.c. come modificato dalla legge n. 69/2009), ha la possibilità di definire la causa in qualsivoglia momento, così compensandosi la mancanza di preclusioni legali relative alla proposizione di eccezioni in senso lato (quelle, cioè, rilevabili di ufficio), nonché alla richiesta di prove costituenti ed alla produzione di documenti⁷.

Sintetizzandosi, allora, ampiamente le conclusioni a cui si è già pervenuti da parte di autorevole dottrina, il procedimento sommario di cognizione *ex art.* 702 *bis* e ss. c.p.c. deve considerarsi, a dispetto del suo nome e della sua collocazione sistematica, come un **processo a cognizione piena**, poiché nella sua destinazione prevale la funzione di accertare definitivamente chi ha ragione e chi ha torto tra le parti, rispetto alle funzioni, proprie dei procedimenti sommari, ma che sono completamente assenti dal profilo legislativo di questo istituto⁸.

Va, quindi, condivisa l'interpretazione di chi, in dottrina (Arieta, *op. cit.*), ha precisato che **l'espressione "procedimento sommario" andrebbe interpretata alla stregua di "procedimento semplificato"**, appartenente all'area della cognizione piena, che si caratterizza per l'oggetto delle controversie che con esso sono trattate e decise, laddove il carattere semplificato del procedimento corrisponde al carattere semplificato della controversia che ne è oggetto.

In altri termini, mi sia consentito di osservare che - a differenza di quanto previsto dall'abrogato art. 19, co. 3, D.Lgs. n. 5/03, in cui si fa esplicito riferimento alla "cognizione sommaria" - nel caso di specie **la "sommarietà" non è riferita alla cognizione, bensì al procedimento**, con ciò evidentemente sottolineandosi (non si sa quanto consapevolmente da parte del legislatore) che la semplificazione e deformalizzazione attengono all'*iter* procedimentale e non alla cognizione decisoria finale che ne consegue.

In un'ottica di previsione applicativa del nuovo istituto, si è osservato⁹ che una valutazione ispirata al *pessimismo* (forse *della ragione*) condurrebbe ad essere scettici sull'idoneità del nuovo rito al raggiungimento dell'obiettivo perseguito. Se il nuovo modello processuale non avrà successo (per tale risultato dovranno concorrere il comportamento delle parti e le scelte del giudice in ordine alla possibilità di continuare il processo col rito sommario: *cfr.* art. 702 *bis*, 3° comma), tutto resterà come prima; qualora invece il procedimento incontrerà il favore della prassi, v'è il rischio concreto che i ruoli dei giudici, ora intasati dalle cause a rito

⁷ Così G. BALENA, *op. cit.* § 23.

⁸ *Cfr.* R. CAPONI, *Un nuovo modello di trattazione a cognizione piena: il procedimento sommario ex art. 702 bis c.p.c.*, in *www.judicium.it*. In senso sostanzialmente conforme, vedi anche G. ARIETA, *op. cit.*, § 1, secondo cui il procedimento sommario (*rectius*: semplificato) è un processo di cognizione speciale, alternativo al processo a cognizione piena ed idoneo ad impartire identica tutela rispetto a quest'ultimo.

⁹ *Cfr.* G. OLIVIERI, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Guida al Diritto n. 28/2009*, pag. 37 e ss.

ordinario, saranno occupati da quelle sommarie, con la conseguente difficoltà (se non impossibilità) di ottenere la decisione in tempi ragionevoli.

D'altra parte, poiché l'utilizzabilità di questo rito sommario non è collegata a valutazioni di *periculum in mora* (né affidate al giudice, come accade per i procedimenti sommari cautelari, né individuate preventivamente dal legislatore, secondo quando spesso avviene per i procedimenti sommari non cautelari), non v'è alcuna ragione che imponga la postergazione delle cause a cognizione piena a quelle del rito sommario (generale)¹⁰.

Considerazioni sorrette, invece, dall'*ottimismo* (forse *della volontà*) portano a valutare con favore la innovazione, in grado di avere successo ove la si consideri come uno strumento idoneo a favorire una rapida definizione delle controversie che appaiano *mature per la decisione* (art. 187, 1° comma, c.p.c.) fin dall'udienza di comparizione (art. 702 *bis*, 3° comma).

Per ottenere questo risultato sarà necessario che l'attore opti per il rito sommario quando ritenga - evidentemente adoperandosi in tale senso, e perciò curando la raccolta delle prove (precostituite) prima di dare inizio al processo - di poter *offrire* al giudice una causa già matura per la decisione (perché fondata su prove documentali, ovvero perché non necessita d'istruzione).

Al fine di stabilire se il procedimento possa proseguire col rito sommario, ovvero debba continuare secondo quello ordinario (art. 702 *ter*, 3° comma), sarà poi indispensabile che il giudice esamini molto attentamente le difese svolte dalle parti (convenute), sceverando quelle che, evidenziando una certa consistenza, comportino la necessità di atti d'istruzione incompatibili con la cognizione sommaria, da quelle che appaiano meramente dilatorie ovvero che, pur non manifestamente infondate, esigano accertamenti non complessi od esauribili in tempi brevi.

3. AMBITO APPLICATIVO

L'ambito di applicazione del nuovo procedimento sommario risulta definito, in larghissima parte, dall'*incipit* dell'art. 702 *bis* c.p.c., a tenore del quale tale modello processuale può essere adottato, sostanzialmente in via alternativa con il procedimento ordinario, "*nelle cause in cui il tribunale giudica in composizione monocratica*", mentre il co. 2 dell'art. 702*ter* c.p.c. sanziona con l'inammissibilità la domanda che sia estranea a questo ambito.

L'espressa statuizione normativa induce così **ad escluderne l'applicazione per tutte le controversie da trattarsi innanzi al Giudice di pace e per quelle contenute nell'elenco di cui all'art. 50 *bis* c.p.c.**, sicché anche alle controversie societarie ivi descritte nel n. 5 (impugnazione di delibere sociali e responsabilità degli organi societari) sarà preclusa l'applicazione del procedimento *ex art. 702 *ter* c.p.c.* nonostante la contestuale avvenuta abrogazione del rito introdotto dal d. lgs. n. 5 del 2003.

Risultano, al contrario, astrattamente trattabili mediante il suddetto procedimento le altre fattispecie, già assoggettate a riserva di collegialità, previste dall'art. 1 del medesimo decreto legislativo, ed in particolare quelle indicate nelle lettere *d)* ed *e)*, ovvero le cause d'intermediazione mobiliare e le controversie tra banche o tra banche e associazioni di consumatori (è innegabile, però, che tali cause possano concretamente presentare caratteri di complessità difficilmente compatibili con l'adozione del rito sommario).

¹⁰ La considerazione è di A. PROTO PISANI, *La tutela sommaria tra efficienza ed effettività, lectio magistralis* tenuta il 5 maggio 2009 presso l'Università Suor Orsola Benincasa di Napoli. In senso contrario, invece, *cf.* G. ARIETA, *op. cit.*, § 1, in cui si prospetta la necessità di accompagnare l'introduzione del nuovo rito con interventi sull'organizzazione anche tabellare - e sul calendario giudiziale - idonei ad assicurare a questi processi, se non una vera e propria "corsia preferenziale", una trattazione separata dagli altri che consenta di non vanificare le scelte, anche innovative, a favore della celerità della decisione.

Per quanto riguarda, poi, le **azioni collettive**, è opportuno evidenziare che si tratta di azioni regolate, quanto al rito, da una legge speciale (*cf.* artt. 139, 140 e 141 d. lgs. n. 206 del 2005) che configura un procedimento a cognizione piena con eventuale incidente cautelare endoprocessuale e che, per tali caratteristiche, esse non sembrano *prima facie* compatibili con l'adozione del rito sommario, nonostante l'esclusione della riserva di collegialità.

Divergenti appaiono, invece, le opinioni della dottrina sull'applicabilità del procedimento sommario alle cause assoggettabili al rito del lavoro e nelle opposizioni a decreto ingiuntivo, ovvero a controversie che, benchè attribuite alla cognizione del giudice monocratico, sono caratterizzate da un rito non del tutto coincidente con quello ordinario regolato dal libro secondo del codice di procedura civile.

In particolare, per quanto riguarda le controversie assoggettate al **rito del lavoro**, è maggioritaria, allo stato, la soluzione negativa¹¹.

L'esclusione si fonda, in primo luogo, sulla lettera dell'art. 702 *ter*, terzo comma, c.p.c., nella parte in cui si afferma che il giudice, una volta verificata la complessità della causa e l'inapplicabilità del procedimento sommario, "*fissa l'udienza ex art. 183. In tal caso si applicano le disposizioni del libro II*": questo duplice indice relativo al procedimento ordinario ha indotto a ritenere esclusa la compatibilità del procedimento sommario con ogni procedimento a cognizione piena non regolato dal libro II, ovvero non assoggettabile al rito cd. ordinario.

Autorevole dottrina¹², peraltro, ha individuato nell'art. 54 della legge n. 69/2009 - che delega il Governo ad adottare, entro ventiquattro mesi, uno o più decreti legislativi "*in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione che rientrano nella giurisdizione ordinaria e che sono regolati dalla legge speciale*" - una ragione ulteriore, e di carattere sistematico, a sostegno dell'inapplicabilità del procedimento sommario alle controversie assoggettabili al rito del lavoro: in buona sostanza, muovendosi dall'assunto che l'esigenza legislativa di porre fine alla proliferazione di riti si realizza tipizzando esclusivamente i tre modelli processuali ivi descritti, all'interno dei quali far confluire i diversi procedimenti di cui sono costellate le leggi speciali, si sostiene che tali modelli non ammettano reciproche interferenze, nel senso che le controversie riconducibili ad un certo modello (come quello di lavoro) non possono essere assoggettate ad altri riti (per quel che qui interessa, al procedimento sommario).

La conclusione non appare del tutto convincente secondo altri commentatori, almeno per due motivi: *a)* non v'è ragione per assimilare i procedimenti che saranno assoggettati al procedimento sommario secondo i criteri della delega contenuta nell'art. 54, l. n. 69 del 2009 e quello oggi previsto dal codice (artt. 702 *bis* - 702 *quater* c.p.c.), caratterizzato, contrariamente ai primi, proprio dalla possibilità di cambiare il rito secondo la scelta del giudice¹³; *b)* il richiamo all'art. 183 c.p.c. ed al libro secondo non riguarda la disposizione relativa all'ambito di applicazione del rito, incentrata sul discrimine della cognizione monocratica del giudice, ma indica un modello di prosecuzione del giudizio del tutto compatibile con il rito del lavoro, attese le forti analogie contenutistiche rinvenibili dal modello dell'atto introduttivo (ricorso)

¹¹ *Cfr.* G. BALENA, *La nuova pretesa riforma della giustizia civile*, § 23, in *Il giusto processo civile*, 2009; F.P. LUISSO, *Il procedimento sommario di cognizione*, in www.judicium.it p.; G. ARIETA *Il rito "semplificato" di cognizione* in www.judicium.it p.3,4; S. MENCHINI, *L'ultima "idea" del legislatore per accelerare i tempi della tutela dichiarativa dei diritti: il processo sommario di cognizione*. Favorevoli all'estensione dell'applicabilità del procedimento sommario G. OLIVIERI, *Il procedimento sommario di cognizione* in www.judicium.it e C. CONSOLO, *la legge di riforma 18 giugno 2009 n. 69: altri profili significativi a prima lettura*, in *Corriere Giuridico*, 2009 p.

¹² G. ARIETA, *Il rito semplificato di cognizione* in www.judicium.it, p. 4.

¹³ La considerazione è di M. ACIERNO, *Il nuovo procedimento sommario: prime questioni applicative*, costituente la bozza di una recente relazione sul punto tenuta a Bologna.

dei due giudizi e la non disagiata adattabilità del diverso regime delle decadenze istruttorie¹⁴. Ciò non senza considerare che alcune tipologie di controversie lavoristiche (o previdenziali) e locative (occupazioni senza titolo, risoluzioni di contratti di comodato) presenterebbero proprio quei caratteri di semplificazione dell'istruzione, della trattazione e della decisione caratteristici del procedimento sommario, mentre non sempre sarebbe possibile, per queste specifiche tipologie di controversie, l'accesso alla tutela d'urgenza, potendo mancare il *periculum in mora*¹⁵.

Ovviamente, il procedimento sommario in materia di lavoro richiede comunque il preventivo esperimento del tentativo di conciliazione di cui all'art. 410 c.p.c.

Il sottoscritto ritiene, tuttavia, di dover aderire alla tesi fino ad oggi prevalente, **che esclude la compatibilità tra rito del lavoro e procedimento sommario di cognizione**, e ciò non solo alla luce dei riferimenti normativi già valorizzati dai sostenitori di tale opinione, ma essenzialmente in ragione del fatto che la sostanziale sovrapposizione di disciplina processuale tra i due procedimenti, richiamata dai fautori della tesi opposta, rende inutile il ricorso al rito sommario in esame: la specialità del rito del lavoro è già di per sé idonea a garantire quelle esigenze di semplificazione ed accelerazione delle controversie, sottese alla *ratio* della riforma introdotta dalla L. n. 69/09.

Com'è noto, il rito del lavoro è caratterizzato dalla concentrazione delle udienze, tutte di discussione ex art. 420 c.p.c., e dall'anticipazione dei termini decadenziali per l'indicazione dei mezzi istruttori, questi ultimi da articolare già negli atti introduttivi: in altri termini, il potere del giudice di procedere fin dalla prima udienza non solo all'ammissione dei mezzi di prova, ma anche all'espletamento degli stessi, consente di raggiungere ugualmente quegli obiettivi di semplificazione che caratterizzano il rito sommario. In particolare, la previsione dell'ultimo comma dell'art. 420, secondo cui "*le udienze di mero rinvio sono vietate*", imporrebbe al giudice di concludere il giudizio in un'unica udienza. E' pur vero che nella prassi giudiziaria, per l'elevato numero di cause fissate per ciascuna udienza, assai difficilmente si riesce a concludere in tempi così brevi la controversia assoggettata al rito del lavoro, ma è prevedibile che, sempre a causa del gravoso carico di ruolo gravante su ciascun magistrato in molti uffici giudiziari, anche il procedimento sommario, che non è fondato su ragioni di urgenza (e che, quindi, almeno in linea di principio, non avrebbe diritto ad una corsia preferenziale), possa subire meri rinvii o rinvii lunghi prima di pervenire alla fase decisoria.

Non è un caso, allora, se il legislatore, nel disciplinare il passaggio dal procedimento sommario a quello ordinario, nelle ipotesi di cui all'art. 702ter c.p.c., abbia richiamato l'art. 183 c.p.c. e non anche l'art. 420 c.p.c.: ciò è sintomatico del fatto che l'alternatività del rito sommario è operante rispetto al rito ordinario, caratterizzato ancora - nonostante la riforma di cui alla L. n. 80/05, con cui, ad esempio, sono state accorpate l'udienza di prima comparizione e la prima udienza di trattazione - da una certa macchinosità procedimentale, che mal si concilia con le cause aventi un'istruttoria non complessa e suscettibili, quindi, di pervenire ad una più sollecita definizione. Mentre, la medesima esigenza di semplificazione non è ravvisabile nelle controversie soggette al rito del lavoro, considerate le peculiarità che, in un'ottica di concentrazione ed officiosità dell'attività istruttoria, già caratterizzano tali controversie.

In altri termini, non è affatto scontato che le forme del procedimento sommario, specialmente quelle della fase introduttiva, siano in grado di assicurare una tutela più celere rispetto a quella conseguibile con il rito speciale del lavoro (abbisognevole piuttosto di adeguati interventi di sostegno per essere posto in condizione di funzionare adeguatamente sul piano della ragionevole durata).

¹⁴ Sostanzialmente in tali sensi vedi anche G. OLIVIERI, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Guida al Diritto* n. 28/2009, pag. 37 e ss., dove si precisa anche che, naturalmente, il procedimento sommario nella materia del lavoro, non rientrando tra i provvedimenti speciali o cautelari (rispetto ai quali è, per così dire, speculare), richiederebbe comunque la preventiva richiesta del tentativo di conciliazione di cui all'art. 410 c.p.c..

¹⁵ Cfr. M. ACIERNO, *op. cit.*

Circa le **opposizioni a decreto ingiuntivo** assoggettate al rito cd. ordinario di cognizione del giudice monocratico, se, astrattamente, non sembrano ravvisarsi ostacoli all'applicazione ad esse del procedimento in esame, in concreto, però, una siffatta estensione ha destato qualche perplessità.

In primo luogo, l'opposizione a decreto ingiuntivo è già strutturata dal legislatore come giudizio a cognizione piena che si salda alla fase monitoria a cognizione sommaria, sì da formare un unico processo: il ricorso originario contiene la domanda attrice, insuscettibile di essere mutata nella successiva fase, permanendo peraltro in capo al ricorrente la veste di attore in senso sostanziale. Diversamente opinando si attribuirebbe all'ingiunto (che resta convenuto in senso sostanziale, ancorché attore in senso formale) la scelta di un rito, quale quello sommario di cognizione, che compete di norma esclusivamente a chi assume l'iniziativa del processo.

Inoltre¹⁶, l'introduzione con il ricorso postula che il rispetto del termine perentorio stabilito nell'art. 640 c.p.c. si determini sulla base del suo deposito in cancelleria, essendo la notificazione del ricorso e del decreto rimessa alla discrezione temporale del giudice; non è chiaro, poi, come potrebbe procedersi alla riduzione della metà dei termini di comparizione prevista dall'art. 645 c.p.c. per le opposizioni a decreto ingiuntivo assoggettate al rito ordinario; non sarebbe, inoltre, agevole l'assunzione in prima udienza dei provvedimenti *ex artt.* 648, 649 e 186 *ter* c.p.c., con la conseguenza di differire temporalmente ad un'udienza successiva le deliberazioni più incisive del procedimento¹⁷.

Il procedimento *ex artt.* 702 *bis* - 702 *quater* c.p.c. è pacificamente **inapplicabile alle controversie in grado di appello, benchè trattate dal tribunale in composizione monocratica**, avverso le sentenze dei Giudici di pace, in quanto non è ammissibile che si passi da un procedimento a cognizione piena, ancorché semplificata, ad un procedimento caratterizzato da un'istruzione deformalizzata ed affidata ai poteri officiosi del giudice; senza contare poi l'impossibilità di prevedere un appello *ex art.* 702 *quater* che determinerebbe un numero potenziale complessivo di quattro gradi di giudizio. Per tali controversie, del resto, non possono che utilizzarsi le norme specificamente dettate per il processo di appello, incompatibili con il procedimento in esame.

Per quanto riguarda i **procedimenti sommari tipizzati quali la convalida di sfratto e di licenza ed i procedimenti possessori**, sembra nettamente maggioritaria l'opinione che esclude l'applicabilità ad essi del nuovo procedimento sommario per la completezza della disciplina processuale che caratterizza entrambe le fasi, quella sommaria e quella a cognizione piena (eventuale), di questi procedimenti¹⁸. Si è osservato, infatti, che il giudizio possessorio (che è unitario, pur a struttura bifasica), è soggetto ad un rito speciale *ex art.* 703 c.p.c., in virtù del quale lo stesso atto introduttivo (ricorso originario) contiene la domanda concernente i provvedimenti interinali da emanare all'esito della cognizione sommaria e quella volta ad ottenere (ove seguita dalla richiesta di prosecuzione di una delle parti, a norma dell'art. 703, co. 2, c.p.c.) la sentenza sul merito possessorio, che non sembra ammettere alternative.

Merita, peraltro, di essere segnalato che non è mancato chi, con riferimento al giudizio possessorio, pur ritenendo arduo prendere posizione a favore o contro la compatibilità di quest'ultimo con il procedimento sommario, ha cercato di contrapporre alla appena riportata tesi negativa, quella secondo cui la parte possa optare anche in tal caso per l'utilizzo del procedimento sommario, così evitando la duplicità di fasi ed ottenendo, con un unico procedimento, una tutela immediata in grado di condurre al giudicato sul merito possessorio.¹⁹

¹⁶ Cfr. M. ACIERNO, *op. cit.*

¹⁷ Vedi anche G. ARIETA, *op. cit.*, p. 3, dove si afferma che qualche dubbio può sussistere per i giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo, anche se le caratteristiche di specialità del relativo procedimento sembrano escluderne la compatibilità con il rito semplificato.

¹⁸ In tal senso sostanzialmente G. ARIETA, *op. cit.*, p. 3; S. MENCHINI, *op. cit.* pag. 6.

¹⁹ Cfr. G. OLIVIERI, *op. cit.*

Seguendo tale ultima tesi, il provvedimento sommario ex art. 702 *bis* c.p.c. a contenuto possessorio dovrà essere impugnato con appello ex art. 702 *quater* c.p.c. e non con il reclamo ex art. 669 *terdecies* c.p.c.

Non sembrano esserci ostacoli sistematici, né applicativi, all'**ammissibilità della tutela cautelare in corso di causa**, mentre un significativo apporto all'efficienza della giustizia - evitando la ripetizione di attività (istruttorie) già svolte, ovvero la necessità di rispettare comunque le scadenze imposte dal rito a cognizione piena - potrà recare il nuovo rito di cognizione quante volte una precedente fase a cognizione sommaria abbia visto già espletata, attraverso il compimento degli *atti d'istruzione indispensabili*, una ricostruzione dei fatti cui la cognizione piena non potrà portare alcun altro decisivo contributo: si pensi ai casi in cui, all'esito di un procedimento cautelare *ante causam* una delle parti voglia (in caso di provvedimento *anticipatorio*), ovvero debba (per evitare l'inefficacia della misura, in caso di provvedimento *conservativo*) iniziare il **giudizio di merito**. In queste ipotesi, le prove raccolte nella fase cautelare - costituendo argomenti di prova in grado di fondare (in difetto di contrarie nuove richieste istruttorie) la decisione di merito fra le stesse parti - potranno rendere superflua la successiva instaurazione di un giudizio ordinario.

Tra le cause suscettibili di trattazione col rito sommario vanno altresì inserite, secondo autorevole dottrina²⁰, anche le **opposizioni di cui agli articoli 615** (non solo per le opposizioni instaurate prima dell'inizio dell'esecuzione, ma anche per quelle promosse successivamente, dovendosi ritenere operante per la fase successiva alla decisione sulla sospensione: in tal caso la scelta dovrà essere compiuta nel termine perentorio concesso dal giudice *per l'introduzione del giudizio di merito*, se competente per la causa è l'ufficio giudiziario al quale appartiene il giudice della esecuzione, od altrimenti per la riassunzione della causa innanzi all'ufficio giudiziario competente. *Cfr.* art. 616 c.p.c.) e **619 c.p.c.** In caso di opzione per il rito sommario è da ritenere (con interpretazione imposta dall'art. 111, 2° comma, Cost., dovendosi evitare ingiustificate ed eccessive compressioni del contraddittorio) inoperante la *riduzione a metà* del termine di comparizione (articoli 616 c.p.c.) di trenta giorni fissato dall'art. 702 *bis*, 3° comma c.p.c., quella *riduzione* costituendo una disciplina eccezionale, strettamente legata ai termini di comparizione stabiliti per la cognizione piena.

L'utilizzabilità del procedimento sommario per i **giudizi di opposizione ex art. 617 c.p.c.** presuppone, invece, secondo la medesima dottrina, che il primo si ritenga compatibile con le controversie per le quali sia prevista l'inappellabilità delle relative sentenze, essendo altrimenti innegabile la dubbia legittimità costituzionale di un procedimento in cui un'ordinanza in grado di produrre gli effetti del giudicato sostanziale non sia suscettibile di un controllo *completo*, secondo modalità non diverse da quelle assicurate dalla cognizione ordinaria.

Può, infine, ritenersi compatibile con il modello del procedimento sommario **l'azione antidiscriminazione prevista dall'art. 44 del d.lgs. n. 286 del 1998**, in quanto sostanzialmente fondata su una fase cautelare e su una successiva statuizione a cognizione piena, ma caratterizzata da un forte tasso di atipicità e semplificazione dell'attività istruttoria, oltre che da una considerevole accentuazione dell'officiosità dei poteri istruttori del giudice²¹.

Altrettanto, invece, non sembra potersi dire per **l'azione disciplinata dall'art. 152 del d. lgs. n. 196 del 2003** ("*Codice in materia di protezione dei dati personali*"), in quanto dettagliatamente disciplinata sotto il profilo procedimentale e, conseguentemente, in relazione di specialità, rispetto al procedimento regolato dagli artt. 702 *bis*, *ter* e *quater* c.p.c.

Richiamandosi, da ultimo, quanto si è già detto nel precedente paragrafo in ordine alla natura ed alle caratteristiche del procedimento in esame, può qui concludersi nel senso che lo stesso non subisce alcuna altra limitazione applicativa, non essendo assoggettato a specifici requisiti endogeni di applicabilità.

²⁰ *Cfr.* G. OLIVIERI, *op. cit.*

²¹ Cui può aggiungersi l'azione di medesima natura disciplinata dal d. lgs. n. 216 del 2003, limitatamente alle discriminazioni per ragioni etniche e razziali

Quid iuris nel caso in cui il giudice non ritenga compatibile con il nuovo rito sommario il procedimento (rito del lavoro, opposizione a decreto ingiuntivo, etc.) cui è normalmente assoggettata la domanda proposta? In altri termini, il giudice deve formulare un provvedimento di inammissibilità ovvero, con un'interpretazione estensiva, ma opportuna, del parametro della complessità della controversia, disporre il corretto incardinamento del procedimento verso il binario processuale che gli è proprio?

La scelta tra le due opzioni non è priva di conseguenze pratiche, in quanto la pronuncia di inammissibilità propone i problemi d'impugnabilità dell'ordinanza che saranno affrontati nel paragrafo n. 6, e, nelle cause di opposizione a decreto ingiuntivo od in altri procedimenti soggetti ad un termine di decadenza riguardante la loro proponibilità, anche i ben più rilevanti problemi della non riproponibilità dell'azione, ovvero, nel caso dell'opposizione a decreto ingiuntivo, del passaggio in giudicato del provvedimento monitorio.

4. LA FASE INTRODUTTIVA

L'art. 702-bis c.p.c. individua nel ricorso, sottoscritto ai sensi dell'art. 125 c.p.c. (ossia, naturalmente, da difensore munito di procura, salvo che la parte sia abilitata a stare in giudizio personalmente), la forma dell'atto introduttivo, che, dovendo contenere le indicazioni di cui ai numeri 1, 2, 3, 4, 5 e 6 e l'avvertimento di cui al n. 7 del terzo comma dell'art. 163 c.p.c., ha un contenuto sostanzialmente identico a quello dell'atto di citazione, fatta eccezione per la *vocatio in ius*: è da notare come, a differenza del ricorso che introduce i processi di rito speciale lavoristico, è qui previsto anche l'inserimento dell'avvertimento sulle decadenze collegate alla mancata od intempestiva costituzione, oggi da integrare con il richiamo anche alle preclusioni di cui all'art. 38 c.p.c.

Il richiamo all'art. 163 c.p.c., e non anche al 163 bis c.p.c. (in quanto palesemente incompatibile con la struttura della fase introduttiva del procedimento) lascia il dubbio se alla parte sia consentito chiedere l'**abbreviazione del termine di comparizione**, ove il giudice, per esigenze organizzative interne, ne abbia assegnato uno notevolmente superiore a quello minimo, oppure se una siffatta istanza debba essere dichiarata, *de plano*, inammissibile per la prospettata incompatibilità della norma da ultimo citata con il procedimento in esame.

Evidentemente diversa, invece, sarebbe l'ipotesi in cui venisse formulata una **istanza di anticipazione di udienza** (già fissata), atteso che l'eventuale provvedimento di suo accoglimento dovrebbe determinare la modifica integrale dei termini di notificazione e di costituzione.²²

La scelta dell'attore è irreversibile in senso bilaterale, nel senso che ad essere preclusa è sia l'azione sommaria se è stata azionata la stessa domanda in via ordinaria, sia l'azione ordinaria quando l'azione è già stata esercitata in forma sommaria.

Fin dalle prime riflessioni relative all'applicazione pratica del procedimento, si evidenzia l'esigenza primaria della fissazione di prassi omogenee.

Sempre con riferimento al richiamo *ex art.* 163 c.p.c., va ancora osservato che lo stesso comporta inevitabilmente anche quello dell'**art. 164** c.p.c., risolvendo così la controversa (anche nella giurisprudenza delle sezioni unite della Suprema Corte) questione dell'applicabilità di questa norma ai procedimenti che iniziano col ricorso.

La scelta a favore della descritta tipologia di atto introduttivo sembra dettata in funzione delle esigenze organizzative del giudice, ma potrebbe penalizzare il ricorrente in relazione al tempo di produzione degli effetti sostanziali della domanda (che non può non coincidere con il giorno di notificazione del ricorso)²³, tanto da rischiare di rendere poco opportuno l'utilizzo delle

²² Per l'applicazione del medesimo principio nel processo del lavoro, vedi Cass. n. 13162 del 2006.

²³ E' invece indubbio (anche tenuto conto di quanto affermato da Cass. S.U. n. 20596 del 2007 con riferimento al procedimento monitorio e, soprattutto, della modifica apportata all'ultimo comma dell'art. 39 c.p.c. dalla L. n. 69/09) che la litispendenza agli effetti processuali si determina dal momento del deposito del ricorso.

forme del rito semplificato, soprattutto in caso di **trascrizione della domanda** (cfr. art. 2652 e ss. c.c. In tale ipotesi, peraltro, è da ritenere che dovrà essere trascritto non la copia ma un secondo originale del ricorso corredato del decreto di fissazione dell'udienza di comparizione delle parti notificato al convenuto).

Sempre in relazione al contenuto, ci permettiamo di dissentire dall'opinione espressa da autorevole dottrina (Arieta, op. cit.), secondo cui sarebbe onere del ricorrente indicare nel ricorso le ragioni – che il giudice sarà chiamato a valutare nel corso della prima udienza – in grado di dimostrare la compatibilità della controversia con l'istruttoria e con le forme di decisione semplificata: riteniamo, invece, che, in mancanza di un'espressa previsione sul punto, tale compatibilità possa desumersi implicitamente dalla prospettazione del *petitum* e della *causa petendi*, da considerare unitamente alle difese ed eccezioni del convenuto, e debba, in ogni caso, essere valutata dal giudice a prescindere da un'eventuale esplicitazione da parte del ricorrente delle ragioni che lo hanno indotto ad optare per il rito sommario.

Nella premessa di questa relazione si è già accennato al possibile **abuso del processo sommario** (o semplificato) attraverso l'introduzione di controversie non compatibili con un siffatto rito, che, pur potendo far pronunciare l'ordinanza di fissazione dell'udienza di cui all'art. 183 c.p.c., comprime fortemente e irrimediabilmente le garanzie difensive della controparte.

Infatti, è solo sul presupposto della utilizzabilità del procedimento per la decisione di controversie *semplici* che l'art. 702-bis c.p.c. prevede un termine minimo di comparizione (30 giorni) ben più ristretto rispetto a quello del processo di rito ordinario (anche se si tratta di un termine maggiore rispetto a quello minimo previsto per il rito del lavoro, non va dimenticato che, se l'oggetto della controversia lavoristica, che fa sempre capo al rapporto di lavoro, può giustificare un termine ridotto, lo stesso non può dirsi per giudizi di complessità tale da rendere senz'altro insufficiente il termine di 30 giorni).

Anche secondo Menchini (op. cit.), il termine a difesa di trenta giorni, se è ragionevole nell'ottica di un rito sommario-semplificato, pone problemi di disparità di trattamento, qualora il giudice disponga il passaggio alla trattazione ordinaria.

Questa forma di possibile abuso del processo potrebbe essere contrastata, oltre che con l'assegnazione di un termine più ampio per la costituzione del convenuto, applicando l'ormai generalizzato istituto della rimessione in termini di cui all'art. 153, comma secondo, c.p.c., essendo imputabili alla parte ricorrente le decadenze maturate a carico del convenuto in un lasso temporale non compatibile con l'esercizio delle garanzie difensive.

Per quanto riguarda le preclusioni a carico dell'attore, non vi è alcuna previsione normativa, al pari del rito ordinario (ma a differenza di quelli speciali modellati sul rito del lavoro).

A seguito della presentazione del ricorso, coincidente con la costituzione dell'attore, al magistrato designato dal Presidente del Tribunale (art. 702 bis, 2° comma, c.p.c.)²⁴ è affidata la fase prodromica (ancorché essenziale) all'instaurazione del contraddittorio, giacché dovrà pronunciare il decreto di fissazione dell'udienza che, notificato al convenuto (nel silenzio della legge, l'onere di siffatta attività va posto a carico del ricorrente), ne assicurerà la corretta *vocatio in ius*. Come condivisibilmente sostenuto in dottrina (De Gioia-Tedeschi), **la cancelleria non è tenuta a comunicare all'attore l'emissione del decreto.**

²⁴ La norma prospetta un modulo organizzativo valido esclusivamente per i Tribunali non suddivisi in sezioni, per cui deve essere, ovviamente, adattata a quelli in cui invece esiste una tale suddivisione mediante l'applicazione dell'art. 168 bis, primo comma, c.p.c. In questo contesto, saranno i presidenti delle singole sezioni, dopo l'assegnazione del fascicolo secondo i criteri tabellari, a designare il magistrato. Anche i commi secondo e terzo della citata norma dovrebbero trovare applicazione, trattandosi di norme di disposizioni di organizzazione interna degli affari, mentre risultano incompatibili con la introduzione della controversia con ricorso il quarto ed il quinto comma del medesimo articolo.

Il contenuto - forma del decreto di fissazione dell'udienza di comparizione delle parti è identificato dalla legge (art. 702 *bis*, 3° comma, c.p.c.) non solo nella fissazione della data dell'udienza, ma anche nella precisa determinazione del termine di costituzione del convenuto. Perché il decreto indicato sia idoneo al raggiungimento dello scopo (evitando così la nullità indotta dall'art. 156, 2° comma, c.p.c.), il termine assegnato al convenuto per la costituzione in giudizio e la data dell'udienza di comparizione delle parti debbono essere individuati non solo con un intervallo minimo di dieci giorni, ma considerando che il ricorrente deve notificare al convenuto ricorso e decreto almeno trenta giorni prima della data stabilita per la sua costituzione in giudizio²⁵: **si tratta di un termine non libero**, come evidenzia il confronto tra l'art. 702 *bis*, 3° comma, ultima parte, c.p.c. (il ricorso «*deve essere notificato al convenuto almeno trenta giorni prima della data fissata per la sua costituzione*») e l'art. 163 *bis*, 1° comma (nonché 415, 5° comma, c.p.c.) i cui termini sono qualificati *liberi* (ovvero *non minori* di ...).

Significativa differenza con la disciplina della fase introduttiva della cognizione piena è data dal fatto che **l'indicato termine (non libero) di trenta giorni deve essere calcolato non in funzione dell'udienza di comparizione, ma considerando il termine per la costituzione del convenuto**, che il giudice deve stabilire col medesimo decreto di fissazione dell'udienza, in modo da assicurare un intervallo di almeno dieci giorni fra la scadenza di quel termine e la prima udienza.

Anche il termine di costituzione del convenuto non può intendersi libero, per cui il *dies a quo non computatur in termino*. Ciò vuol dire che, trattandosi di termine che corre all'indietro, non va considerato il giorno dell'udienza, mentre va computato quello del deposito della memoria. Se il giorno di scadenza è festivo, la scadenza è anticipata (e non prorogata) di diritto al primo giorno antecedente non festivo: invero, l'art. 155, co. 4, c.p.c., diretto a prorogare al primo giorno non festivo il termine che scada in giorno festivo, opera con esclusivo riguardo ai termini cosiddetti a decorrenza successiva, e non anche per quelli che si computano "a ritroso" (Cass. n. 19041/03). Parimenti, se il termine di costituzione scade di sabato, il resistente deve costituirsi in tale giornata, posto che anche il novellato art. 155, co. 5, non trova applicazione nei termini che corrono a ritroso.

Sembra potersi agevolmente ritenere, poi, che ove il decreto contenga unicamente la fissazione della data dell'udienza di comparizione deve ritenersene operante la integrazione *ex lege* (art. 702 *bis*, 3° comma, c.p.c.): il provvedimento, cioè, resta valido ed il termine per la costituzione del convenuto va individuato nel decimo giorno precedente la data dell'udienza.

In ipotesi di notificazione del ricorso e del decreto predetti senza il rispetto del citato termine, il giudice, rilevata officiosamente la nullità, dovrà disporre la rinnovazione in caso di mancata costituzione del convenuto, mentre, qualora quest'ultimo, costituitosi, abbia eccepito il vizio nella comparsa di costituzione e risposta, occorrerà fissare una nuova udienza, che tenga conto di tale termine, sul modello dell'art. 164, terzo comma, c.p.c.

Se, invece, si sia in presenza di una omessa (o giuridicamente inesistente) notificazione, nessun nuovo termine potrà essere concesso dal giudice, il quale, quindi, dovrà dichiarare la **improcedibilità del ricorso**, dovendosi a tal proposito richiamare la condivisibile pronuncia della Cassazione, S.U. n. 20604 del 30/07/08, che, sia pure in relazione al rito del lavoro, ha affermato il principio - a mio avviso applicabile per identità di *ratio* a tutti i procedimenti, sommari e non, comunque introdotti con ricorso - secondo cui il sistema sanante di cui all'art.

²⁵ Appare ragionevole ritenere che la norma rimetta al giudice il potere di stabilire, caso per caso, il termine per la costituzione del convenuto, interpretazione questa che potrebbe, come si detto in precedenza nel testo, apprestare rimedio all'abuso del rito semplificato da parte del ricorrente, nel senso che il giudice, in presenza di una controversia palesemente non compatibile con la trattazione "*sommatoria*", potrebbe assegnare un termine più congruo per la costituzione del convenuto imponendo alla parte istante di notificare il ricorso, ad esempio, sessanta giorni prima della data fissata per la sua costituzione.

291 c.p.c. opera solo in presenza di una notifica nulla e non, invece, quando la stessa sia inesistente, materialmente o giuridicamente.

La **mancata comparizione di entrambe le parti all'udienza** fissata con decreto dal giudice ha dato luogo ad opinioni diverse, essendo emersi orientamenti favorevoli sia alla declaratoria di estinzione del procedimento, analogamente a quanto accade per i procedimenti cautelari, sia ad una pronuncia d'improcedibilità, sia infine all'applicazione della generale disciplina degli artt. 181 e 309 c.p.c. La vocazione al giudicato del giudizio che venga trattato attraverso il modello del procedimento sommario porterebbe a preferire l'ultima delle soluzioni anche in considerazione della sua minore incidenza sul complessivo carico delle spese di lite in caso di dimenticanza colpevole o incolpevole. Si consideri, inoltre, che la declaratoria di immediata improcedibilità o di "non luogo a provvedere", nell'ipotesi di mancata comparizione di entrambe le parti, viene utilizzata nei procedimenti cautelari o sommari in senso stretto, mentre nel caso del procedimento in esame, da definirsi "semplificato" più che "sommario", nel senso già precisato nella parte iniziale di questa relazione, appare opportuno disporre il rinvio dell'udienza anziché dichiarare la conclusione del procedimento stesso.

Venendo, poi, alla **costituzione del convenuto**, va subito notato che il rito sommario in esame ha avuto cura di disciplinarne pressoché compiutamente forme e termini.

Egli, invero, dovrà infatti costituirsi in giudizio depositando in cancelleria nel termine specificamente assegnato dal giudice una comparsa di risposta, il cui contenuto - forma è disegnato (art. 702 *bis*, 4° comma, c.p.c.) sull'art. 167 c.p.c. (sostanzialmente trascritto), con l'esplicita previsione dell'onere, a pena di decadenza, di proporre domande riconvenzionali e di sollevare eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio (art. 702 *bis*, 4° comma, c.p.c.). A tal proposito, va segnalato che l'ormai riconosciuto carattere generale della disciplina contenuta nell'art. 38 c.p.c., nel testo novellato dalla legge n. 69 del 2009, consente di ritenerla sicuramente applicabile anche al procedimento di cui si discute: ne deriva, quindi, che l'eccezione di incompetenza, con riferimento ad ogni criterio, deve essere formulata, a pena di decadenza, nella comparsa di costituzione del convenuto, da depositarsi dieci giorni prima dell'udienza.

Merita, altresì, di essere sottolineato che il nuovo testo dell'art. 115 c.p.c., modificato dalla predetta legge, ha recepito e generalizzato il principio, da ritenersi applicabile anche al rito sommario (o semplificato), che la mancata **specificata contestazione** dei fatti rende gli stessi "pacifici" ed utilizzabili ai fini della decisione.

Con la medesima comparsa il convenuto, sempre a pena di decadenza, potrà chiamare in causa terzi, secondo lo stesso procedimento previsto per la cognizione piena (dichiarazione nella comparsa, con richiesta al giudice di differimento dell'udienza: art. 702 *bis*, 5° comma, c.p.c.).

L'inosservanza del termine assegnato per la costituzione in giudizio, od il mancato esercizio con la comparsa di risposta, pur tempestivamente depositata, delle attività difensive appena elencate, comporta significative (sfavorevoli) conseguenze a carico del convenuto, considerato che l'art. 702 *quater*, 1° comma, c.p.c., consente in appello liberamente soltanto l'attività istruttoria, ma non la proposizione di nuove eccezioni (non rilevabili d'ufficio).

S'aggiunga che le **decadenze indicate restano operanti anche se il processo dovrà proseguire nelle forme della cognizione piena** (art. 702 *ter*, 3° e 4° comma, c.p.c.): infatti, in tal caso, il giudice dovrà limitarsi a fissare l'udienza di cui all'art. 183 (o, se si accede alla tesi, finora rimasta minoritaria, della compatibilità del procedimento in esame con il rito del lavoro, all'art. 420) c.p.c., senza poter concedere alcun termine per la *integrazione degli atti*, sicché saranno impedito tutte le attività difensive in ordine alle quali alla prima udienza di trattazione (o di discussione) - anche nella cognizione piena - sia già maturata la decadenza.

Va evidenziato, poi, che l'art. 702 *bis* c.p.c. fa riferimento, stranamente, alla sola fattispecie della **chiamata in garanzia**, e non anche alla più generica ipotesi della *comunanza di causa* contemplata dall'art. 106 c.p.c. per cui l'intervento coatto ad istanza di parte è pacificamente ammesso ai sensi degli artt. 167, ultimo comma, e 269 c.p.c. Tuttavia, in assenza di una

esplicita esclusione, è doveroso pensare - pena l'irragionevolezza della disposizione - che il legislatore *minus dixit quam voluit*²⁶, tanto più che alcune delle fattispecie solitamente ricondotte al concetto di *comunanza di causa* sono caratterizzate da un nesso non meno intenso di quello che assiste la connessione tra la causa principale e quella di garanzia (si pensi, in particolare, alla connessione per alternatività, che giustifica la chiamata del terzo, cd. vero obbligato, molto frequente, ad esempio, nelle controversie di tipo risarcitorio, allorché il convenuto si difenda sostenendo di non essere lui il responsabile del danno), sì da rendere assolutamente indesiderabile una trattazione (necessariamente) separata delle cause connesse. Senza trascurare, inoltre, che, in non pochi casi, la chiamata del terzo è strumentale ad una più agevole e compiuta difesa del convenuto, che non può essere certamente sacrificata - pena la sospetta incostituzionalità delle norme ora in esame - sull'altare della semplificazione del rito²⁷. Se il convenuto ha dichiarato di voler chiamare in causa un terzo, il giudice, con decreto da comunicarsi alle parti costituite, fisserà la data della nuova udienza nonché il termine *perentorio* entro cui il convenuto dovrà provvedere alla *citazione* del terzo (sebbene, secondo Arieta, op. cit., non possa ritenersi viziato l'atto comunque contenente la domanda nei confronti del terzo, al quale sia allegato il decreto di fissazione dell'udienza), mentre quest'ultimo, dal canto suo, dovrà costituirsi a norma del quarto comma dell'art. 702 *bis* c.p.c., ossia con le medesime modalità prescritte per la costituzione del convenuto.

Per quanto attiene, infine, all'eventuale chiamata in causa del terzo da parte del ricorrente, non sembrano esserci problemi, in linea di principio, a ritenere, simmetricamente alla posizione del convenuto, ammissibile tale chiamata qualora ve ne siano le condizioni di legge, salva la valutazione della compatibilità del procedimento semplificato con un procedimento a pluralità di parti. In proposito, si è sostenuto (M. Acierno, op. cit.), da un lato, che la chiamata di terzo ad opera dell'attore, in quanto non ammissibile indiscriminatamente, ma soltanto se giustificata dalle difese del convenuto, debba essere richiesta al più tardi nella prima udienza di comparizione, fissata dal giudice nel decreto notificato insieme al ricorso, attesa la rigida conformazione della fase introduttiva del procedimento sommario; che, dall'altro, in caso di fissazione dell'udienza ex art. 183 c.p.c. determinata dalla scelta del rito ordinario, la chiamata del terzo possa essere richiesta e scrutinata anche nelle verifiche preliminari di tale udienza.

Inoltre, mentre può ritenersi astrattamente ammissibile un **intervento volontario del terzo ad adiuvandum**, in quanto non idoneo ad appesantire la cognizione del giudice, appare più controversa la possibilità della partecipazione di terzi titolari di una propria autonoma legittimazione a partecipare al giudizio nel corso successivo del procedimento sommario: in tale ultima ipotesi, qualora la trattazione con pluralità di parti risulti opportuna al fine di evitare la possibile contraddittorietà di giudicati, è elevato il rischio del passaggio al rito ordinario.

Quanto alla possibilità di un'integrazione del contraddittorio per **ordine del giudice**, sembra opportuno auspicarla nei soli casi in cui, sulla scorta delle contrapposte prospettazioni delle parti e delle eventuali acquisizioni probatorie ex art. 702 ter, co. 5, c.p.c., il terzo appaia titolare di una posizione giuridica identica e/o inscindibilmente connessa a quella di una delle parti, tale da configurare i presupposti dell'art. 102 c.p.c. (litisconsorzio necessario). Negli altri casi, invece, nei quali l'accertamento del diritto non deve essere necessariamente condotto nei confronti di più soggetti, ricorrendo la diversa ipotesi del litisconsorzio facoltativo ex art. 103 c.p.c., l'integrazione del contraddittorio non sembra opportuna, appearing piuttosto preferibile privilegiare la celere definizione del procedimento tra le parti originarie.

²⁶ Cfr. nello stesso senso F.P. LUISO, op. cit.; G. OLIVIERI, op. cit.; G. BALENA, op. cit.; G. ARIETA, op. cit.; S. MENCHINI, op. cit.

²⁷ Così G. BALENA, op. cit., § 23, in cui si sottolinea anche che il sacrificio, nella specie, sarebbe definitivo e non più rimediabile, poiché non sarebbe ovviamente possibile, alla luce del principio del doppio grado, ammettere l'intervento coatto del terzo nel giudizio di secondo grado.

5. LA FASE ISTRUTTORIA

Alla prima udienza - quella originariamente fissata nel decreto o la nuova fissata dal giudice a seguito della richiesta di chiamata del terzo nella comparsa di costituzione da parte del convenuto - è dedicata la prima parte dell'art. 702-ter c.p.c., che si limita ad individuare una serie di provvedimenti che il giudice designato è chiamato a pronunciare nel corso della stessa. In termini generali, le attività da compiersi nella prima udienza, a parte le verifiche preliminari, sono quelle in primo luogo dirette a stabilire se sussistono le condizioni per l'accesso e la trattazione del procedimento nelle forme del rito semplificato. Solo all'esito della verifica positiva, ha inizio la trattazione nelle forme semplificate.

La norma nulla dispone circa le **verifiche preliminari** che il giudice designato è tenuto a compiere anche nel procedimento in esame (come in ogni processo): esse, pertanto, non possono che essere regolate dalle norme comuni.

Vi sono, anzitutto, i controlli relativi alla regolarità della notificazione del ricorso (e del decreto di fissazione dell'udienza), in caso di mancata costituzione del convenuto, che possono concludersi con l'ordine di rinnovazione della notificazione del ricorso ai sensi dell'art. 291 c.p.c.

Si è già detto, al paragrafo precedente, dell'ipotesi di omessa notificazione del decreto, alla quale è da equiparare quella di notificazione affetta da vizio di giuridica inesistenza, che comportano la dichiarazione di improcedibilità del ricorso non essendo possibile applicare in via analogica l'art. 291 c.p.c., il quale presuppone il potere-dovere da parte del giudice di disporre la rinnovazione della notificazione solo in caso di notificazione nulla o comunque invalida (non seguita dalla costituzione del convenuto e dalla conseguente sanatoria dei vizi).

Anche le altre verifiche preliminari previste dall'art. 182 c.p.c. (afferenti la costituzione e rappresentanza delle parti, nonché eventuali vizi della procura), nel testo modificato dalla stessa legge n. 69, debbono essere qui svolte dal giudice designato, ed è sempre in questa udienza che, poiché il principio del contraddittorio impone riconoscersi al ricorrente il potere di proporre domande nuove o riconvenzionali conseguenti alle difese del convenuto (o ad entrambe le parti in ordine alle difese del terzo), ovvero di sollevare eccezioni (ancorché non rilevabili d'ufficio) all'eventuale domanda riconvenzionale, ovvero di chiamare in causa terzi qualora l'esigenza sia sorta dalle predette difese, tale potere dovrà ritenersi operante anche in questo procedimento. Spetterà poi al giudice stabilire se sia il caso di proseguire col rito sommario o meno.

In altri termini, e con riferimento alle attività difensive da ultimo indicate (ineliminabili, perché essenziali al contraddittorio) - anche nel rito sommario - **la prima udienza di comparizione** (perciò non le eventuali altre udienze successive) è **destinata alla fissazione del *thema decidendum* e del *thema probandum***; essa pertanto dovrebbe segnare il limite (oltre che di quello di nuove domande ed eccezioni da parte dell'attore) del potere di contestazione, sempre da parte dell'attore, qualora si ritenga operante il principio di non contestazione anche al di fuori del procedimento ordinario.

L'onere di contestazione specifica è, invece, già operante per il convenuto con la comparsa di risposta, atteso che l'art. 702 bis, 4° comma, 1^a parte, c.p.c. impone al convenuto medesimo di « ... proporre le sue difese e prendere posizione sui fatti posti dal ricorrente a fondamento della domanda ... », ricordandosi, sul punto, che - a norma del riformato art. 115, 1° comma, c.p.c. - « ... il giudice deve porre a fondamento della decisione ... i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita ... ». In proposito, è opportuno ricordare che, già prima dell'entrata in vigore della L. n. 69/09, e della modifica da questa apportata all'art. 115 c.p.c., si era ritenuto, dalla più recente giurisprudenza (cfr. Cass. n. 5191/08), che ogni qualvolta fosse posto a carico di una delle parti (attore o convenuto) un onere di allegazione (e prova), l'altra aveva l'onere di contestare il fatto allegato "nella prima difesa utile", dovendo, in mancanza, ritenersi tale fatto pacifico e non più gravata la controparte del relativo onere probatorio.

E' evidente, quindi, che, se il convenuto è tenuto a prendere posizione sui fatti posti dal ricorrente a fondamento della domanda fin dalla comparsa di risposta, non può ritenersi che l'onere di contestazione specifica sia, per il medesimo convenuto, posticipato alla prima udienza, a meno che non si tratti di contestare quei fatti indicati dal ricorrente a tale udienza in replica alle deduzioni, domande ed eccezioni proposte dal convenuto nella comparsa di risposta. In tale ultimo caso, al diritto di replica dell'attore consegue il diritto di controreplica del convenuto.

Non può, in proposito, condividersi quanto ritenuto da una parte della dottrina (M. Acierno, op. cit.), secondo cui *“la semplificazione della fase istruttoria non può arrivare fino al punto di escludere la prova dei fatti non contestati dal convenuto in comparsa di risposta od in limine della prima udienza, sia perché i tempi di articolazione delle difese per tale parte sono significativamente contratti, sia perché non si ravvisa un inequivoco riferimento normativo, analogo a quello derivante dagli artt. 166, 167 e 183 c.p.c., per il procedimento a cognizione piena, sulla base del quale desumere l'esistenza di un obbligo di specifica contestazione dei fatti, che dovrebbe consumarsi a pena di decadenza alla prima udienza del procedimento sommario, non potendosi attribuire alla locuzione “sentite le parti” un significato più ampio di quello che testualmente ha”*: in realtà, a smentire tale osservazione, secondo il sottoscritto, rileva, in primo luogo, la constatazione che, se è vero che alla prima udienza il *thema decidendum* e quello *probandum* devono risultare ben definiti, al fine di consentire al giudicante di valutare se proseguire con il rito sommario (qualora l'istruttoria sia non complessa) o provvedere alla conversione dello stesso (nel caso di istruttoria complessa), allora non può non ritenersi che il medesimo giudicante debba avere la possibilità di stabilire, proprio alla prima udienza, quali fatti debbano essere provati, in quanto contestati, e quali, invece, possano ritenersi non bisognevoli di attività istruttoria, in quanto non (tempestivamente) contestati. Consentire alle parti, successivamente alla prima udienza, di sollevare nuove contestazioni significherebbe alterare il quadro complessivo della controversia dopo che il giudicante ha già deciso se proseguire o meno col rito sommario.

Inoltre, quanto alla contrazione dei tempi di difesa, deve rilevarsi che il convenuto ha almeno 30 giorni di tempo, dalla notifica del ricorso alla data fissata per la sua costituzione in giudizio, per predisporre le proprie difese e contestare quanto dedotto dalla controparte (trattasi, peraltro, di un termine inferiore a quello, di almeno 20 giorni, desumibile dal combinato disposto degli artt. 415, co. 5, e 416, co. 1, c.p.c., nell'ambito delle controversie assoggettate al rito del lavoro), ragion per cui non si ravvisa alcuna significativa lesione del diritto di difesa del convenuto in relazione all'onere di specifica contestazione, mentre, per quanto attiene al contenuto della comparsa di risposta, l'art. 702-bis, co. 4, c.p.c. ricalca quasi pedissequamente il contenuto dell'art. 167 c.p.c.

Certamente la mancanza, nel rito sommario, di un'udienza di trattazione corrispondente a quella ex art. 183 c.p.c. rende problematica l'individuazione di un limite temporale invalicabile per l'allegazione di nuovi fatti, atteso, tra l'altro, che la prima udienza del rito sommario, potenzialmente conclusiva del procedimento, ha un contenuto aperto e non riconducibile ad una sequenza procedimentale predeterminata.

Tuttavia, come già detto, appare ragionevole concludere che, in ogni caso, **una volta ammessi o disposti gli atti d'istruzione rilevanti**, siano precluse non solo nuove domande o eccezioni (qualora ciò fosse dipeso dalle difese del convenuto), ma anche qualsiasi modificazione di domande o eccezioni già proposte e l'inserimento di nuovi fatti (e perciò anche la contestazione). Permettere un ampliamento del tema cognitivo e decisorio nel corso ulteriore del giudizio sembra contraddire la stessa natura semplificata del procedimento, che dovrebbe risultare già sulla base degli scritti difensivi iniziali e che è posta dal legislatore quale presupposto di proseguibilità del procedimento con il rito speciale in base ad una valutazione da effettuare *in limine litis*.

Diversamente opinando, ed ammettendo perciò l'indiscriminata possibilità di nuove allegazioni, eccezioni e prove oltre la prima udienza – allorché il giudice abbia già deliberato positivamente l'utilizzabilità del rito sommario – si correrebbe il rischio di dare ingresso ad attività comportanti un aggravio per la trattazione e l'istruzione, in una fase in cui non potrebbe più operare il rimedio previsto dall'art. 702 ter, co. 3, c.p.c., e cioè la conversione del rito, da sommario in ordinario.

Venendo, quindi, alla fase istruttoria in senso stretto, va rilevato che il comma quinto dell'art. 702-ter c.p.c. attribuisce al giudice il potere-dovere, sentite le parti ed omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, di procedere “*nel modo che ritiene più opportuno*” agli atti di istruzione “*rilevanti in relazione all'oggetto del provvedimento richiesto*”.

Ne emerge un quadro normativo a maglie larghe, caratterizzato da una radicale **deformalizzazione dello svolgimento dell'istruzione probatoria**, come è stato sottolineato da tutti i commentatori.

In buona sostanza, l'istruzione nel rito sommario è completamente rimessa al potere discrezionale del giudice, con l'importante (ai fini del rispetto delle garanzie imposte dall'art. 111, 2° comma, c.p.c.)²⁸ correttivo della possibilità di chiedere in appello l'ammissione di qualsiasi nuova prova (o di depositare un nuovo documento) purché *rilevante* (e non indispensabile).

Come si è detto in precedenza, la norma riecheggia palesemente quella dell'art. 669 *sexies*, primo comma, c.p.c. relativa al procedimento cautelare uniforme, ma è stata depurata delle espressioni che avrebbero potuto far pensare ad un accertamento incompleto o comunque superficiale, tipico dei provvedimenti cautelari. Sicchè, mentre l'art. 669 *sexies* limita la fase propriamente istruttoria ai soli atti *indispensabili in relazione ai fini ed ai presupposti del provvedimento richiesto* (*id est* alla verifica del *fumus boni iuris*), nell'art. 702 ter si discorre, in termini più neutri, di *atti di istruzione rilevanti in relazione all'oggetto del provvedimento richiesto*.

Ne deriva, pertanto, che alla formula “*atti di istruzione*” va attribuito un significato diverso da quello della pur simile espressione contenuta nell'art. 669-*sexies*, comma primo, c.p.c.: non si tratterà, in particolare, di disporre un'istruttoria limitata alle finalità del procedimento, ma di raccogliere quelle prove (**potrà trattarsi anche di prove costituenti**, quali l'interrogatorio formale, il giuramento, anche suppletorio, la prova testimoniale, o anche la nomina di un consulente tecnico, purché - in concreto - il giudice ritenga tali attività compatibili con le caratteristiche e le esigenze di speditezza del procedimento) dei fatti costitutivi della domanda dell'attore o delle eccezioni del convenuto pur sempre necessarie a decidere su domande ritenute “compatibili” con la decisione semplificata.

In altri termini, fermo il limite del rispetto del principio del contraddittorio, è consentita l'acquisizione di tutte quelle prove (la cui richiesta è stata formulata dalle parti nei rispettivi atti di costituzione, nonché nel corso della prima udienza e comunque prima che il giudice designato provveda sulle istanze istruttorie) ritenute compatibili con il rito semplificato, senza il rispetto delle regole di assunzione contenute nel libro secondo del codice, con le modalità di volta in volta indicate dal giudice, essendo, altresì, appena il caso di osservare come i menzionati *atti d'istruzione* debbano comunque risolversi nell'ammissione di prove tipiche.

Sotto il profilo dell'assunzione delle prove ammesse, potrebbe, pertanto, non ravvisarsi alcuna differenza rispetto al rito ordinario, e ciò proprio in riferimento alla fase in cui tale differenza dovrebbe manifestarsi con maggiore evidenza. La semplificazione, quindi, dovrà in qualche modo riguardare anche l'articolazione temporale dei poteri delle parti e, comunque, si dovrà manifestare, a pena del fallimento del nuovo istituto, nella necessaria concentrazione in poche battute dell'intero *iter* procedimentale.

²⁸ Si veda - con riferimento al procedimento sommario societario - Cass. 11 luglio 2008, n. 19238, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 495 ss., con nota di TISCINI, *Primi interventi della Corte Suprema sul procedimento sommario di cognizione nelle controversie societarie*.

Deve ritenersi, tuttavia, alquanto incompatibile con la struttura del rito sommario l'esperibilità della **querela di falso** e dell'**istanza di verifica**, dirette all'accertamento dell'autenticità o meno di un atto pubblico ovvero di una scrittura privata, trattandosi di mezzi di prova implicanti procedure formalizzate di verifica della verità o falsità di un documento, rigidamente disciplinate dalla legge quanto a modalità di acquisizione, certezza della provenienza ed accertamenti dell'autenticità, che, quindi, mal si conciliano con un sistema rimesso alle iniziative discrezionali e deformalizzate del giudice: inoltre, la prevista sospensione del giudizio, nel corso del quale sia proposta la querela in via incidentale, risulterebbe del tutto confliggente con le esigenze di speditezza, proprie del nuovo rito.

Se si ammette che le parti possano indicare i mezzi di prova e produrre documenti fino alla prima udienza, ossia fino al momento in cui il giudice è tenuto a decidere sulle sorti del rito sommario (valutazione che presuppone che il *thema probandum* si sia per tale momento processuale già stabilizzato), ciò rende improbabile la possibilità per il giudice di decidere la causa già alla stessa prima udienza, in quanto le parti vorranno verosimilmente articolare i mezzi di prova contraria. Sono le stesse tenute a farlo in udienza, oppure possono ottenere un termine? Personalmente ritengo che la concessione del termine, tenuto conto della natura del procedimento, dovrebbe rappresentare l'eccezione e non divenire una prassi.

Il problema non è, però, di agevole soluzione anche sotto altri profili, in quanto l'affermazione secondo cui l'istruzione nel rito sommario è completamente rimessa al potere discrezionale del giudice non significa certamente, attesa la natura del procedimento e la conseguente applicazione dei principi generali in materia di istruzione probatoria, che possa configurarsi un ampliamento dei **poteri istruttori d'ufficio**, e ciò perchè anche nel rito sommario sarà operante l'art. 115, 1° comma, c.p.c., sicché il giudice potrà procedere d'ufficio agli atti d'istruzione soltanto quando la legge lo consenta.

Invero, a differenza di quanto può ritenersi nella cognizione sommaria cautelare - in cui il provvedimento, imposto da ragioni d'urgenza, non potrà mai aspirare al giudicato²⁹ - il rito in esame costituisce una mera alternativa, rimessa alla scelta dell'attore, rispetto alla cognizione piena.

Pertanto, ammettere indiscriminatamente il potere officioso del giudice nel procedimento di cui agli articoli 702 *bis* e seguenti c.p.c., significherebbe demandare ad una sola parte (con l'avallo della valutazione sostanzialmente incontrollabile del giudice circa la possibilità dell'*istruzione sommaria*) la scelta - in ordine alla medesima situazione giuridica fatta valere - tra un processo retto dal principio inquisitorio ed uno governato dal principio dispositivo, sì da generare non pochi dubbi di costituzionalità con riferimento agli articoli 3 e 111, 2° comma, Cost.³⁰.

Autorevole dottrina, infine, ha sostenuto che anche nel rito sommario dovrebbe essere riconosciuto al giudice - quando disponga *gli atti istruttori rilevanti* - il potere/dovere di fissare **il calendario del processo** regolato dall'art. 81 *bis*, disp. att. c.p.c. Di tale principio ha già fatto applicazione il Tribunale di Mondovì con l'ordinanza del 23/10/09, riportata in calce alla presente relazione. Diversa opinione è stata formulata dal Tribunale di Varese, ordinanza del 18/11/09 (anch'essa in calce alla relazione), che ha ritenuto che, se la *ratio* della calendarizzazione delle udienze è quella di programmare, con le parti, la durata del procedimento civile, con indicazione dei singoli arresti procedurali che si andranno a seguire nel tempo, la stessa non appare compatibile con il giudizio sommario, che è già per sua natura celere e snello. Inoltre, sempre secondo il Tribunale di Varese, si andrebbe ad introdurre un elemento di rigidità nell'istruttoria deformalizzata del procedimento semplificato; senza poi ignorare che l'art. 81 *bis* cit. segue l'art. 81, il quale è chiaramente modellato sul

²⁹ Per le ragioni in grado di giustificare il potere istruttorio officioso del giudice nel procedimento (sommario) cautelare, RECCHIONI, *Il processo cautelare uniforme (I procedimenti sommari e speciali)* a cura di CHIARLONI e CONSOLO, Torino 2005, I, 470.

³⁰ Cfr. G. OLIVIERI, *op. cit.*

processo ordinario di cognizione atteso che regola la fissazione delle singole udienze di istruzione.

Fermo quanto precede, va a questo punto evidenziato che, secondo l'art. 702 *ter*, 3° comma, c.p.c. - nell'udienza di comparizione, ma pure in qualsiasi momento dell'istruzione - quando «*ritiene che le difese svolte dalle parti richiedono un'istruzione non sommaria, il giudice, con ordinanza non impugnabile, fissa l'udienza di cui all'articolo 183. In tal caso si applicano le disposizioni del libro II*»³¹.

Trattasi, come è palese, di un provvedimento che costituisce espressione di un potere affatto discrezionale, non suscettibile di controllo (una vera e propria **conversione del rito**, senza alcuna rimessione in termini, nel senso che restano ferme le preclusioni già maturate, che si radicano soprattutto in capo alla parte convenuta e sono quelle di cui all'art. 167 c.p.c.: restano, tuttavia, escluse le decadenze istruttorie, atteso che all'udienza ex art. 183 c.p.c. potranno essere concessi, su istanza di parte, i termini di cui al comma 6 di tale norma): l'ordinanza, invero, non può essere modificata o revocata nel corso del procedimento di primo grado (ex art. 177, co. 3, n. 2, c.p.c., in quanto cioè espressamente dichiarata non impugnabile), ed ovviamente nessuna censura nei suoi confronti può essere avanzata in grado di appello³².

Malgrado ciò, non sembra che la norma possa suscitare sospetti di illegittimità costituzionale, giacché l'alternativa imposta alle parti concede loro garanzie non inferiori a quelle offerte dal rito sommario, a ciò aggiungendosi che l'utilizzazione del rito sommario contemplato dagli articoli 702 *bis* e ss. c.p.c., a differenza di quanto accade per i procedimenti sommari tipici, costituisce non un'imposizione prescritta (o una facoltà concessa) dalla legge, ma il risultato congiunto della scelta della parte istante e della valutazione discrezionale del giudice circa la possibilità di poter procedere senza la necessità della *istruzione non sommaria*³³.

Il giudice è, in altri termini, chiamato a svolgere un valutazione di compatibilità delle difese delle parti con il rito semplificato, a valutare, cioè, se il procedimento instaurato possa essere trattato e deciso con le modalità di cui all'art. 702-*ter* c.p.c. ovvero se esso debba essere *trasformato* in procedimento ordinario.

Va premesso, in proposito, che una siffatta valutazione non costituisce una novità assoluta, in quanto già contemplata dall'art. 19 dell'ormai abrogato d.lgs. n. 5 del 2003. In sintesi³⁴, detta

³¹ Qualora voglia accedersi alla tesi della compatibilità del procedimento in questione anche con il rito del lavoro - *cf.*, sul punto, quanto più ampiamente esposto nel paragrafo n. 2 di questa relazione - il suddetto provvedimento del giudice dovrà consistere nella fissazione dell'udienza prevista dall'art. 420 c.p.c.

³² Secondo F.P. LUISSO, *op.cit.*, pag. 4, la decisione mediante istruttoria sommaria non integra un diritto alla tutela suscettibile di essere leso dal giudice. Viceversa, di fronte al rigetto dell'istanza di prosecuzione in via ordinaria e conclusione del giudizio in via sommaria, il convenuto avrà la possibilità di trovare in appello la sede ove porre rimedio alle eventuali lacune nell'istruttoria che si possono produrre a causa della scelta del giudice. Il giudizio di appello avverso l'ordinanza conclusiva del procedimento sommario, infatti, - *cf.* oltre nel testo - è aperto alle nuove attività istruttorie.

³³ *Cfr.* G. OLIVIERI, *op. cit.*

³⁴ *Cfr.* per un maggiore approfondimento G. ARIETA, *op. cit.*, pag. 8, dove si legge, tra l'altro, che l'art. 19 dell'ormai abrogato d. lgs. n. 5 del 2003, nel descrivere i limiti entro i quali il giudice monocratico poteva esercitare i suoi poteri di cognizione sommaria (o per accogliere, in tutto o in parte, la domanda ovvero per arrestare il procedimento sommario e trasformare il rito), richiedeva al giudice di verificare che l'oggetto della causa o le difese svolte dal convenuto fossero "compatibili" con la cognizione sommaria; mentre, per accogliere la domanda, il giudice doveva ritenere sussistenti i fatti costitutivi e manifestamente infondata la contestazione del convenuto. In particolare, la verifica sull'oggetto della causa richiedeva al giudice di valutare, alla stregua del contenuto della domanda e delle difese del convenuto, se l'"attuale" oggetto della lite si prestasse ad essere deciso nelle forme sommarie. A parte l'ipotesi di richiesta di tutela estranea ai presupposti della tutela sommaria, oggetto di valutazione poteva essere anche l'eventuale allargamento del *thema decidendum* conseguente, ad esempio, alla proposizione di eccezioni in senso stretto e l'opportunità che al giudizio partecipasse un terzo che il convenuto aveva dichiarato di voler chiamare in causa. Quanto alle difese del convenuto che richiedevano una cognizione non sommaria, la valutazione del giudice doveva qui soffermarsi, in primo luogo, sull'impostazione complessiva del sistema difensivo del convenuto, dalla quale desumere le reali questioni, di fatto e di diritto, controverse tra le parti, per poi tenere conto di singole eccezioni di rito e di merito, nonché delle richieste istruttorie già formulate o comunque prospettate quale *thema probandum* del giudizio a cognizione piena.

norma delineava un percorso cognitivo in base al quale il giudice verificava il duplice presupposto per la prosecuzione della trattazione in via sommaria, costituito dall'oggetto della causa e dalla compatibilità delle difese del convenuto, fermo restando che, per arrestare il procedimento sommario, era sufficiente che riscontrasse l'inesistenza anche di uno solo di questi presupposti: pertanto, ad esempio, la valutazione di incompatibilità con la cognizione sommaria dell'oggetto della causa era già sufficiente a far pronunciare il provvedimento di assegnazione dei termini, rendendo inutile l'ulteriore verifica sulle difese del convenuto.

L'art. 702-ter c.p.c., invece, impone al giudice del rito semplificato di valutare, sostanzialmente, nell'ordine: 1) l'oggetto originario del processo ed i fatti costitutivi della domanda (anche in relazione al valore della causa); 2) le eventuali domande riconvenzionali e quelle nei confronti di terzi e le difese svolte in sede di costituzione dal convenuto e dai terzi; 3) l'impostazione complessiva del sistema difensivo del convenuto (e dei terzi), da cui desumere le questioni, di fatto e di diritto, controverse tra le parti, tenendo anche conto di singole eccezioni di rito e di merito, nonché delle richieste istruttorie già formulate o comunque prospettate quale *thema probandum*.

All'esito di queste verifiche il medesimo giudice è chiamato ad effettuare una valutazione complessiva e di sintesi, prefigurando il percorso che si rende necessario per la decisione e la sua compatibilità con le forme semplificate³⁵.

Nonostante gli sforzi esemplificativi non è agevole definire astrattamente quando una controversia possa qualificarsi ad istruttoria non complessa, ma si può ragionevolmente presumere che le controversie complesse siano in numero superiore a quelle che consentono l'accesso al rito semplificato. Secondo Arieta (op. cit.), le **tipologie di controversie** che, almeno di norma, sembrano essere maggiormente compatibili con l'istruttoria semplificata, a parte quelle contumaciali, potrebbero essere, ad esempio, le cause risarcitorie, condominiali, di pagamento o rimborso di somme di denaro.

La superfluità dell'istruzione probatoria è un indice rilevante quando non si accompagna alla necessità di decidere una questione di diritto su cui incidono una pluralità di fonti non solo interne o su cui si è creato un contrasto di orientamenti.

Come correttamente rilevato nella citata ordinanza del Tribunale di Mondovì, **la non sommarietà dell'istruzione deve valutarsi** non tanto in riferimento all'oggetto della domanda, quanto, piuttosto, **in relazione alle prove necessarie per la decisione**, sulla base delle difese assunte dalle parti. La distinzione non va, quindi, operata tra cause oggettivamente complesse e cause semplici, bensì tra cause in cui l'istruttoria può essere complessa e lunga e cause in cui l'istruttoria può essere condotta in modo deformalizzato e con rapidità. La differenza tra le due tipologie può dipendere dalla natura della lite (che non richiede accertamenti in fatto, o li richiede in misura limitata), ovvero, più frequentemente, dalle posizioni assunte dalle parti, dal momento che esse determinano la quantità e la qualità di domande ed eccezioni e, soprattutto, la quantità di istruttoria necessaria, attraverso le contestazioni o meno dei fatti allegati dalla controparte. Possono dunque configurarsi cause astrattamente complesse, ma con istruttoria sommaria nel caso concreto (si pensi, ad esempio, ad uno scioglimento di comunione ereditaria in cui la massa da dividere sia rappresentata unicamente da una somma di denaro lasciata dal *de cuius*, la quale può essere agevolmente, con un semplice calcolo aritmetico, suddivisa tra gli eredi), ovvero cause oggettivamente semplici la cui istruttoria si presenti complessa in ragione della pluralità delle parti e delle

³⁵ Peraltro, secondo G. ARIETA, *op. cit.*, pag. 8, anche se il giudice non è chiamato ad effettuare una prognosi sulla fondatezza o infondatezza della domanda, deve concludersi che nella valutazione complessiva e di sintesi che giustifica la prosecuzione nelle forme semplificate possa ritenersi compresa anche quella sulla sua eventuale manifesta fondatezza o manifesta infondatezza. Secondo il medesimo Autore, quindi, le tipologie di controversie che, almeno di norma, sembrano essere maggiormente compatibili con l'istruttoria semplificata, a parte quelle contumaciali, potrebbero essere, ad esempio, le cause risarcitorie, condominiali, di pagamento o rimborso di somme di danaro.

domande, principali e riconvenzionali, proposte dalle parti, nonché delle conseguenti articolate richieste istruttorie da queste ultime formulate.

Spostando la riflessione sulla “complessità della controversia” dalla fase istruttoria in senso stretto a quella della trattazione delle questioni di diritto ed alla fase deliberativa, è opportuno evidenziare che il potere discrezionale del giudice di definire le scansioni del procedimento riguarda anche la fase decisionale, in particolare sotto il profilo dell’autorizzazione al deposito di memorie difensive. Pertanto, nel caso in cui le questioni di diritto siano realmente complesse o si ponga il problema della scelta tra opzioni interpretative difformi riguardanti novità normative, si ritiene che le esigenze di un adeguato sviluppo dialettico del contraddittorio non siano compatibili con la semplificazione del rito. Nello stesso tempo, quando la soluzione della controversia risieda, invece, su orientamenti consolidati, l’utilizzo del canale semplificato è del tutto auspicabile.

Peraltro, la scelta del procedimento sommario non può, contrariamente a quella alternativa del rito ordinario, ritenersi irreversibile. Non sono da escludersi **complicazioni endoprocedimentali non prevedibili nella fase introduttiva** sia sotto il profilo della pluralità di parti (si pensi, nelle cause relative a diritti reali, anche molto semplici come alcune domande di usucapione, la scoperta dell’esistenza di una pluralità di litisconsorti emersi in corso di causa), sia sotto il profilo di sopravvenute esigenze istruttorie (in particolare, consulenze tecniche d’ufficio). Del resto, non vi è alcun impedimento normativo a convertire il rito in ordinario in una fase successiva, potendosi tendenzialmente conservare l’attività processuale già espletata (salvo il rinnovo dell’assunzione delle prove costituenti ove non raccolte nella fase sommaria in forma tipizzata o l’integrazione dell’istruzione già espletata), in quanto finalizzata all’emissione di un provvedimento che, come quello conclusivo del procedimento ordinario, è idoneo al giudicato.

Certamente questa evenienza processuale deve essere davvero residuale e ridursi a casi limite, ma non se ne può escludere l’ammissibilità. Al fine di evitare l’utilizzo del procedimento sommario da parte dell’attore per comprimere le facoltà difensive del convenuto, da parte di alcuni Tribunali viene anticipata, ove possibile, al momento dell’adozione del decreto di fissazione della prima udienza l’opzione contraria alla scelta del rito sommario, accompagnata dalla concessione di termini di costituzione e comparizione per il convenuto coerenti con quelli del procedimento a cognizione piena (artt. 163 bis, 166 e 167 c.p.c.).

Il Tribunale di Bologna ed il Tribunale di Genova hanno adottato degli ordini di servizio che prevedono che, nel disporre il passaggio della causa al rito ordinario, siano rispettati gli artt. 163 bis (termine a comparire di novanta giorni) e 166 c.p.c. (nuova comparsa di risposta).

Ritengo non condivisibile tale orientamento, che, come osservato in dottrina (Caponi), presuppone un giudizio di radicale diversità dei due riti, semplificato e ordinario, che invece dovrebbero considerarsi come due varianti, dipendenti dal carattere semplice o complesso della controversia, all’interno di una sequenza procedimentale unitaria e intonata all’identica funzione di accertare a cognizione piena chi ha ragione e chi ha torto tra le parti. In altri termini, il rito sommario non si traduce in una *deminutio* di tutela per il convenuto, non solo in ragione della pienezza della cognizione che tale rito comunque garantisce, ma anche perché le modalità formali e temporali della fase introduttiva non appaiono tali da pregiudicare il diritto di difesa della parte convenuta, al punto da dover riconoscere a questa, nell’operare la conversione del rito, il termine libero a comparire previsto per il rito ordinario e la facoltà di depositare una nuova comparsa di costituzione. Trattasi di orientamento che non trova alcun supporto normativo nella, sia pur scarna, disciplina dettata in tema di rito sommario, a differenza di quanto previsto, invece, dall’art. 426 c.p.c., che, in relazione al passaggio dal rito ordinario al rito del lavoro, prevede la concessione alle parti di un termine per l’integrazione delle attività difensive. Resta, come già detto, da verificare la pratica utilizzabilità, in tal caso, della rimessione in termini ex art. 153 c.p.c., attesa la valenza generale assunta dall’istituto con la novella del 2009. In ogni caso, l’orientamento favorevole alla concessione dei termini ex

art. 163 bis è stato sconfessato recentemente dal Tribunale di Sant'Angelo dei Lombardi, che, con l'ordinanza del 20/11/09 (in *Strumentario Avvocati, gennaio 2010*), nel disporre il mutamento del rito, ha fissato l'udienza del 183 c.p.c. *sic et simpliciter*, senza dunque alcuna rimessione in termini.

Il favore legislativo verso l'utilizzo diffuso del procedimento sommario si coglie non solo nella già menzionata³⁶ previsione dello stesso come uno dei tre modelli entro i quali far confluire la eccessiva frammentazione dei riti provenienti dalle leggi speciali, ma anche dalla norma contenuta nel quarto comma dell'art. 702 *ter*, c.p.c., secondo la quale il giudice, se ritiene che la **domanda riconvenzionale** tempestivamente proposta dal convenuto non sia assoggettabile, per la sua complessità, al procedimento sommario, ne dispone la **separazione**.

Detta disposizione, sebbene sia facilmente ipotizzabile un cumulo oggettivo e soggettivo in cui soltanto taluna delle cause connesse si presti ad un'istruzione sommaria, prende in considerazione unicamente la fattispecie della domanda riconvenzionale, lasciando peraltro chiaramente intendere che questo tipo di connessione mai può essere di ostacolo all'utilizzazione del rito speciale poiché, come si è visto, se è la sola causa riconvenzionale a non prestarsi ad una istruzione sommaria il giudice deve disporre la separazione³⁷.

Da tanto può ricavarsi, allora, il principio generale che la **connessione fra cause** (pur rientranti tra quelle ammesse al rito sommario dall'art. 702 *bis*, primo comma, c.p.c.) per le quali il giudice non ritenga opportuna l'istruzione sommaria e cause invece suscettibili di siffatta trattazione **resti esclusa dalla disciplina unificatrice dell'art. 40, terzo e quarto comma, c.p.c.**, inapplicabile nei rapporti fra rito sommario e ordinario, comportando invece la separazione dei procedimenti.

La *ratio* ispiratrice del riportato quarto comma dell'art. 702 *ter* c.p.c. sembra dunque essere quella di evitare attività dilatorie del convenuto, così come conferma anche l'analoga disposizione del secondo comma della medesima norma secondo cui, anche quando la connessione si realizza fra cause soggette al rito sommario e cause da esso escluse per legge (a norma dell'art. 702 *bis*, primo comma, c.p.c.), il *simultaneus processus* è impedito: in tal caso il giudice, però, non deve disporre la separazione, ma dichiarare l'**inammissibilità delle domande** (anche riconvenzionali) riservate alla cognizione ordinaria.

Dunque, contrariamente a ciò che è stabilito dall'art. 40 c.p.c., il quale privilegia il *simultaneus processus*, introducendo deroghe ai riti al fine di favorirne la realizzazione, in questo caso è stata scelta la soluzione della scissione del cumulo e della trattazione separata delle controversie, quante volte il giudice ritenga che una di esse possa seguire i modi sommari, mentre l'altra debba essere indirizzata verso la cognizione ordinaria.

Tale sistema non desta problemi particolari qualora la connessione tra le cause sia tale che eventuali decisioni contrastanti non determinino conflitti di giudicati (è questo il caso delle c.d. connessioni deboli, quali quella causale e quella impropria), la sola controindicazione rivelandosi l'omessa realizzazione dell'economia processuale ed il mancato coordinamento tra le pronunce nella parte motivazionale.

Per contro, difficoltà non secondarie pongono le ipotesi in cui le domande siano collegate in modo tale che eventuali statuizioni non coordinate provochino **conflitti di giudicati** e diano vita a discipline dei rapporti non omogenee (si tratta delle c.d. connessioni forti, quali quelle per pregiudizialità-dipendenza e incompatibilità³⁸): la separazione e lo svolgimento di giudizi distinti possono originare provvedimenti dai contenuti contrastanti e incompatibili.

³⁶ *Cfr.*, parag. 2.

³⁷ Verosimilmente fissando per essa soltanto l'udienza di trattazione *ex art.* 183 c.p.c.

³⁸ Se, ad esempio, Tizio propone nei confronti di Caio, proprietario dell'autovettura, una domanda nelle forme sommarie per ottenere il risarcimento dei danni derivanti da un incidente stradale, Caio può chiamare in garanzia Sempronio conducente. Ipotizziamo che la domanda principale sia in grado di essere decisa con istruzione sommaria, e la domanda di regresso no; e viceversa. Ebbene, la separazione impedirebbe inevitabilmente la coerenza delle decisioni sulla domanda principale e su quella di regresso.

Come si è già affermato, in dottrina³⁹, allora, si pone la seguente alternativa: o si ritiene che il meccanismo previsto dalla legge non possa operare in vicende di quest'ultimo tipo, per cui, in deroga a quanto previsto dall'art. 702-ter, comma quarto, **il giudice ordina la trasformazione del rito non solo per la causa riconvenzionale ma anche per quella principale**, conservando il cumulo e trattando l'intero processo con le regole del secondo libro del codice, oppure ci si arrende di fronte al dato normativo e si accettano le conseguenze negative della scissione e della trattazione separate delle liti connesse.

La soluzione da preferire sembra essere la prima perché, da un lato, tiene nel dovuto conto i riflessi che hanno sul piano del processo le interferenze che sussistono tra i rapporti giuridici sostanziali e, dall'altro lato, rispetta le esigenze di difesa delle parti che emergono in tali fattispecie (si considerino, ad esempio, i casi della domanda di compensazione e dell'azione di nullità del contratto di cui è richiesto l'adempimento).

Deve, quindi, concludersi che **la norma in esame attribuisca al giudice la facoltà, e non preveda l'obbligo, di separare i procedimenti** e di trattenere nell'alveo del rito sommario la causa principale o la sola riconvenzionale.

D'altra parte, lo strumento processuale della riunione o separazione dei giudizi in funzione della razionalità e dell'economia del processo costituisce parte integrante dei poteri organizzatori del giudice della cognizione di merito. La **netta propensione verso la riunione dei procedimenti relativi a cause connesse** è stata ribadita anche dai più recenti orientamenti della giurisprudenza di legittimità (cfr. Cass. n. 1237/07, con riferimento ai ricorsi tributari, e Cass. n. 1815/05). In particolare, la Suprema Corte ha sottolineato che attraverso la riunione si realizza, oltre che l'economia e il minor costo nei giudizi, anche la certezza del diritto. Ne consegue l'esigenza di un'applicazione molto cauta del quarto comma dell'art. 702 ter, da escludersi qualora il nesso di pregiudizialità-dipendenza o di alternatività tra domanda principale e riconvenzionale, e più in generale tra cause connesse, profili il rischio di giudicati contraddittori o contrastanti, oltre che una probabile duplicazione di attività difensiva ed istruttoria, con conseguente violazione anche del principio di ragionevole durata del processo.

Considerato, poi, che le domande non rientranti «*tra quelle indicate nell'art. 702 bis*» sono soprattutto quelle riservate alla trattazione collegiale, va ritenuta l'inoperatività del *simultaneus processus* fra queste cause e quelle soggette alla trattazione monocratica e perciò **l'inapplicabilità dell'art. 281 novies c.p.c.**, che (per le controversie entrambe a cognizione piena), com'è noto, prevede l'unificazione delle cause nel rito collegiale.

Anche in questo caso, però - ove la trattazione della riconvenzionale (si pensi a quella fondata su di un'eccezione) appaia indispensabile - mi sembra doversi comunque attribuire al giudice il potere di inserire anche la domanda (riconvenzionale) inammissibile fra «*le difese ... [che] richiedono un'istruzione non sommaria*»⁴⁰.

Non sembrano, invece, ravvisabili ostacoli all'applicazione dello strumento della **riunione dei procedimenti sommari connessi**, ad esempio per l'identità del titolo e dell'oggetto, tenuto conto del più che probabile utilizzo di questo canale processuale per le cause seriali.

6. LA FASE DECISORIA

Secondo quanto stabilito nell'art. 702 ter, primo comma, c.p.c., il giudice declina la propria competenza con ordinanza, pacificamente impugnabile, esclusivamente, con il regolamento necessario di competenza (art. 42 c.p.c.).

³⁹ Cfr. S MENCHINI, *op. cit.*, pag. 5.

⁴⁰ Secondo G. BALENA, *op. cit.*, § 23, inoltre, l'inoperatività del *simultaneus processus* fra cause soggette alla trattazione collegiale e quelle soggette alla trattazione monocratica, e perciò l'inapplicabilità, nella specie, dell'art. 281 novies c.p.c., dovrebbe comportare, in caso di proposizione cumulativa di tali cause da parte dell'attore, una dichiarazione di inammissibilità di tutte le domande ai sensi del secondo comma dell'art. 702 ter c.p.c.

Il provvedimento d'**incompetenza**, peraltro, deve contenere, ai sensi dell'art. 50 c.p.c., la fissazione del termine per la riassunzione innanzi al giudice indicato come competente (va ricordato che, in mancanza di tale indicazione, tale termine è ora fissato dalla legge in tre mesi)⁴¹.

Anche il **difetto di giurisdizione**, qualora sia scrutinabile senza necessità di alcun accertamento complesso, può essere dichiarato con ordinanza prima della trattazione del procedimento sommario e, analogamente al provvedimento sull'incompetenza, deve, in virtù dell'art. 59 della legge n. 69 del 2009, indicare il giudice nazionale munito di giurisdizione e disporre la *translatio iudicii*⁴².

Una tale ordinanza, alla luce dell'orientamento anche di recente confermato dalla Suprema Corte⁴³, non dovrebbe essere impugnabile con il regolamento preventivo di giurisdizione, in quanto si tende ad impedire il ricorso a tale rimedio ogni qual volta vi sia una pronuncia che chiuda il procedimento, anche se non di merito come accade con il provvedimento che declina la giurisdizione.

Si è però rilevato⁴⁴ che detto orientamento si è consolidato in un sistema che non consentiva la *translatio iudicii* e si riferiva a provvedimenti assunti in forma di sentenza, osservandosi, altresì, che il terzo comma dell'art. 59 della legge n. 69 del 2009 stabilisce che "*restano ferme le disposizioni sul regolamento preventivo di giurisdizione*" e che un provvedimento che declina la giurisdizione chiude il procedimento davanti al giudice adito, tanto che dovrebbe contenere anche la statuizione sulle spese di lite.

Si è, allora, ritenuto⁴⁵ di escludere il ricorso al regolamento preventivo di giurisdizione in quanto strumento finalizzato a risolvere la questione di giurisdizione nel corso di un procedimento e non in una fase di quiescenza, e, di fronte all'ulteriore quesito afferente la individuazione delle modalità d'impugnazione dell'ordinanza *de qua*, si è posta l'alternativa tra l'appello *ex art. 702 quater* c.p.c. ed il ricorso *ex art. 111 Cost.* davanti alla Corte di Cassazione: circa il primo, si è però evidenziata l'insuperabilità dell'ostacolo testuale costituito dal combinato disposto dell'art. 702 *ter*, sesto comma e dell'art. 702 *quater*, primo comma, dalla cui lettura sembra evincersi che possano essere impugnati in appello soltanto i provvedimenti sommari di merito e non quelli che definiscano esclusivamente in rito la causa⁴⁶, per cui residuerebbe soltanto il ricorso *ex art. 111 Cost.* davanti alla Corte di Cassazione, dovendosi escludere, per manifesta incostituzionalità, la soluzione che esclude la sindacabilità dell'ordinanza che pronuncia sul difetto di giurisdizione.

Si è poi già accennato che la violazione dell'art. 702-*bis* c.p.c. comporta l'obbligo del giudice designato, alla prima udienza, di dichiarare l'inammissibilità del ricorso con *ordinanza non impugnabile*, con conseguente possibilità di riproposizione della domanda nelle forme del rito ordinario.

La norma, come si è acutamente osservato⁴⁷, è solo apparentemente chiara, perché pone un duplice problema relativo, da un lato, al regime di impugnabilità dell'ordinanza e, dall'altro, alle conseguenze dell'errore sulla mancata declaratoria di inammissibilità.

Autorevole dottrina⁴⁸ ha sostenuto che la **dichiarazione di inammissibilità** non sarebbe altro che un rifiuto di accesso al rito semplificato, per mancanza del relativo presupposto, e che essa

⁴¹ Cfr. art. 50 c.p.c., come modificato dall'art. 45, sesto comma, della legge n. 69/2009.

⁴² L'innovazione recepisce l'indirizzo formatosi dopo la sentenza delle S.U. n. 4109/2007 e la sentenza della Corte Cost. n. 77 del 2007.

⁴³ Cfr. Cass. S.U. Ord. n. 26296 del 2008

⁴⁴ M. ACIERNO, *op. cit.* pag. 8 e ss.

⁴⁵ M. ACIERNO, *op. cit.* pag. 8 e ss.

⁴⁶ Da segnalare la riflessione di G. BALENA, *op. cit.*, § 23, sull'inammissibilità delle pronunce di rito meramente dichiarative della prosecuzione del giudizio nel procedimento in questione da reputarsi, secondo l'Autore, comunque impugnabili con l'appello unitamente al merito, previa dichiarazione di riserva d'appello.

⁴⁷ Cfr. G. ARIETA, *op. cit.* pag. 6; F.P. LUISO, *op. cit.* pag. 3.

⁴⁸ Cfr. G. ARIETA, *op. cit.* pag. 6; F.P. LUISO, *op. cit.* pag. 3.

sarebbe sottratta a qualsiasi rimedio impugnatorio, che darebbe luogo ad una fase processuale avente ad oggetto solo una questione di rito e che non potrebbe concludersi con una pronuncia di merito, né consentire, in mancanza di espressa previsione normativa, la rimessione al primo giudice (analogamente a quanto accade per il decreto ex art. 640 c.p.c.).

L'ordinanza in esame nemmeno sembra impugnabile con il ricorso straordinario ex art. 111 Cost. per mancanza del requisito di decisorietà, salvo forse per quanto riguarda la sola statuizione sulle spese che in essa deve essere contenuta⁴⁹.

Quid iuris, invece, **qualora il tribunale non si avveda che la controversia introdotta con il rito semplificato rientra nella riserva di collegialità** ed ometta di dichiarare l'inammissibilità del ricorso, pronunciando sul merito della domanda? Quale natura avrebbe il vizio deducibile in appello e, soprattutto, quali sarebbero gli obblighi del giudice del gravame e la conseguente sorte del processo?

Si è sostenuto che la corte di appello dovrebbe chiudere in rito il processo, come avrebbe dovuto fare il giudice di primo grado, in quanto se il vizio è tale da non consentire una decisione di merito in primo grado, esso non consentirebbe una decisione di merito neppure in appello.

La tesi sembra presupporre l'impossibilità di applicare al procedimento in esame le regole in materia di inosservanza, nella fase decisoria, delle disposizioni sulla composizione collegiale o monocratica del tribunale.

Se l'art. 50-*quater* c.p.c. presuppone la mera violazione della regola decisoria, avendo rilievo la composizione dell'organo soltanto al momento della decisione, nel procedimento sommario di cognizione, invece, la natura della controversia, tale da essere trattata e decisa dal tribunale in composizione monocratica, costituisce vero e proprio presupposto di accesso al procedimento e, in questo senso, si dovrebbe ritenere che l'eventuale appello proposto avverso l'ordinanza che ha deciso sul merito una controversia sottoposta alla decisione in composizione collegiale debba comportare l'annullamento di detto provvedimento e che, ove il vizio non sia riscontrato dal giudice dell'appello e lo sia invece da parte della Corte di Cassazione, debba comportare la cassazione senza rinvio.

Va ricordato che le Sezioni Unite, componendo un contrasto interno, hanno affermato⁵⁰ il principio che l'inosservanza delle disposizioni sulla composizione collegiale o monocratica del tribunale costituisce, alla stregua del rinvio operato dall'art. 50-*quater* c.p.c. al successivo art. 161, comma primo, c.p.c., autonoma causa di nullità della decisione e non la forma di nullità relativa derivante da atti processuali antecedenti alla sentenza, con la sua conseguente esclusiva convertibilità in motivo di impugnazione e senza che la stessa produca l'effetto della rimessione degli atti al primo giudice se il giudice dell'impugnazione sia anche giudice del merito, oltre a non comportare la nullità degli atti che hanno preceduto la sentenza nulla.

Autorevole dottrina⁵¹, però, ha ritenuto che questa conclusione, oltre a porsi in forte contrasto con il principio costituzionale di ragionevole durata del processo, attribuirebbe al vizio la capacità di porre nel nulla l'esercizio dei poteri decisorii da parte non soltanto del giudice di primo grado, ma anche, eventualmente, di quello d'appello (ove questi decida nel merito), con effetti eccessivamente differenziati rispetto a quelli derivanti dall'applicazione dell'art. 50-*quater*, per cui ha concluso che, anche in questo caso, il giudice d'appello debba annullare il provvedimento e decidere sul merito, previa obbligatoria rinnovazione non solo della fase decisoria, ma anche degli eventuali atti di istruzione compiuti dal primo giudice: anche questi ultimi, infatti, sarebbero viziati, in quanto, presupponendo la composizione monocratica del

⁴⁹ In tali sensi sembra propendere G. ARIETA, *op. cit.*, pag. 7.

⁵⁰ *Cfr.* Cass. S.U. 25.11.2008, n. 28040.

⁵¹ *Cfr.* G. ARIETA, *op. cit.*, pag. 7.

tribunale, non avrebbero potuto essere assunti se la causa fosse stata instaurata, come avrebbe dovuto, nelle forme del rito ordinario.

E' evidente, poi, che considerazioni analoghe a quelle appena svolte valgono per la dichiarazione di inammissibilità della domanda riconvenzionale, laddove questa introduca, a differenza di quella principale, una controversia sottoposta a riserva di collegialità.

L'espulsione dal rito semplificato della sola domanda riconvenzionale presuppone la sussistenza delle condizioni per disporre la separazione della causa riconvenzionale, che, come si è già sostanzialmente affermato nel precedente paragrafo, va esclusa in tutti i casi di connessione forte e comunque quando sussistono ragioni di opportunità che consigliano la celebrazione del *simultaneus processus*.

Peraltro, si deve evidenziare come il problema dell'impugnabilità delle eventuali pronunce impedienti in rito non sia stato affrontato dal legislatore. Si pensi ad un'azione soggetta ad un termine di decadenza (come, ad esempio, la riassunzione del procedimento a cognizione piena all'esito della fase cautelare relativa ad un provvedimento a strumentalità necessaria) od al rilievo di un vizio degli atti introduttivi ritenuto, anche erroneamente, inemendabile (quest'ultima ipotesi, dopo la recentissima modifica dell'art. 182 c.p.c. mediante l'introduzione del regime di sanatoria anche per i vizi dello *jus postulandi*, sembra poco probabile).

Certamente l'inammissibilità per tardività non può rimanere priva di un controllo da parte del giudice superiore, mentre per gli altri vizi della *vocatio in jus* e dell'*editio actionis* può pensarsi anche ad un regime (non escluso dal complesso delle norme) di generale riproponibilità del ricorso.

Qualora l'ordinanza contenga la **statuizione sulle spese**, ugualmente dovrà porsi il problema dell'impugnabilità, essendo difficilmente sostenibile – anche alla luce dei principi generali in materia di obbligatoria statuizione sulle spese in caso di provvedimento che chiude un procedimento giurisdizionale – che la pronuncia d'inammissibilità non debba prevedere a carico dell'attore la rifusione delle spese in favore del convenuto costituito. Né pare meritevole di accoglimento la soluzione che imporrebbe, in contrasto con il principio costituzionale della ragionevole durata del processo, di promuovere un autonomo procedimento per il riconoscimento delle spese.

Per il provvedimento di merito che conclude il procedimento in esame il legislatore ha dettato una disciplina più dettagliata che, però, non ha mancato di determinare interpretazioni non univoche riguardanti, in particolare, l'idoneità al giudicato del provvedimento di rigetto⁵² e l'impugnabilità con l'appello di tale provvedimento.

In particolare, le disposizioni che riguardano l'ordinanza con la quale il giudice definisce nel merito il procedimento sommario sono: l'ultima parte del quinto comma dell'art. 702 *ter*, c.p.c. ai sensi del quale “*il giudice provvede con ordinanza all'accoglimento o al rigetto delle domande*”; i suoi successivi sesto e settimo comma nei quali è stabilito, rispettivamente, che “*l'ordinanza è provvisoriamente esecutiva e costituisce titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale e per la trascrizione*” e che l'ordinanza deve contenere la pronuncia «*sulle spese del procedimento ai sensi degli articoli 91 e seguenti*»; infine l'art. 702 *quater*, c.p.c. che attribuisce gli effetti del giudicato sostanziale all'ordinanza “*emessa ai sensi del sesto comma dell'art. 702 *ter* c.p.c.*”.

Da questa sequenza normativa, non del tutto precisa, sono state desunte due conseguenze: la prima, più radicale che sia appellabile solo la pronuncia di accoglimento, in quanto l'art. 702 *quater*, primo comma, si riferisce soltanto all'ordinanza provvisoriamente esecutiva o trascrivibile, ovvero ad un provvedimento che non può che essere di accoglimento (di condanna, costitutivo o dichiarativo).

⁵² Secondo R. CAPONI, *op. cit.*, pag. 3, lo specifico dettato normativo escluderebbe la possibilità di attribuire efficacia di giudicato all'ordinanza di rigetto, per cui, per poter arrivare alla soluzione contraria occorrerebbe sollevare la corrispondente questione di legittimità costituzionale oppure adottare una interpretazione correttiva del combinato disposto degli artt. 702 *ter*, quinto e sesto comma, e 702 *quater*, c.p.c. conforme a Costituzione.

La tesi desta forti perplessità in ordine alla sua compatibilità costituzionale perché priva di qualsiasi stabilità di effetti la pronuncia di rigetto, vanificando l'attività procedimentale svolta dal giudice e dalle parti con adeguata esplicitazione del contraddittorio e postulando la riproponibilità della domanda nelle forme della cognizione piena ed astrattamente anche sommaria.

Ma ugualmente non condivisibile è la tesi dell'appellabilità *secundum eventum litis*.

L'elemento testuale derivante dal richiamo dell'art. 702 *quater* al solo sesto comma dell'art. 702 *ter* si può agevolmente superare considerando che il sesto comma dell'art. 702 *ter* è una specificazione del quinto comma il quale individua, in via generale, nell'ordinanza il provvedimento che definisce il merito.

I due commi dovrebbero essere letti in sequenza in modo da trarne l'unica interpretazione logica e costituzionalmente coerente: il provvedimento che definisce il merito è l'ordinanza, la quale, quando ne ricorrono le condizioni, è provvisoriamente esecutiva e trascrivibile.

E' invece indubbio che sia sempre provvisoriamente esecutiva la pronuncia sulle spese che non può non conseguire anche al provvedimento di rigetto.

In definitiva - ed al fine di eliminare il problema della ricerca di un adeguato strumento d'impugnazione per la statuizione sulle spese e la necessità di selezionare, all'interno di un'unica statuizione di accoglimento parziale, ciò che può essere impugnato e ciò che rimane fermo, con effetti davvero irrazionali (gli stessi gravi problemi si porrebbero, inoltre, con la limitazione del giudicato al solo provvedimento di accoglimento) - appare più ragionevole ritenere che **la pronuncia di rigetto o di accoglimento passi in giudicato**, ove non impugnata in primo grado o dopo la sentenza d'appello, non essendo contestabile la ricorribilità di quest'ultima in cassazione al pari delle altre pronunce di secondo grado⁵³.

7. L'APPELLO E GLI ALTRI MEZZI D'IMPUGNAZIONE

L'art. 702 *quater* c.p.c., ancorché implicitamente («*l'ordinanza ... produce gli effetti di cui all'articolo 2909 del codice civile se non è appellata entro ...*»), prevede che l'ordinanza di accoglimento, ma verosimilmente anche quella di rigetto attese le considerazioni esposte, sul punto, nel paragrafo precedente, possa essere appellata.

Autorevole dottrina⁵⁴ ha poi sostenuto che il rimedio *de quo* debba essere ritenuto esperibile anche avverso le ordinanze di contenuto diverso da quello appena indicato (di inammissibilità della domanda, di estinzione), atteso il loro carattere definitivo⁵⁵.

Naturalmente l'appellabilità dell'ordinanza comporta che la decisione sul gravame (nella forma della sentenza) sarà ricorribile per cassazione.

Tanto premesso, non può non farsi a meno di evidenziare l'estrema *disinvoltura* con la quale la legge n. 69/2009 (non) ha disciplinato l'appello avverso l'ordinanza sommaria, omettendo perfino il richiamo alla disciplina generale, operato invece per il corrispondente istituto del rito societario (*cfr.* l'ormai abrogato art. 20, secondo comma, d.lgs. 5/2003).

Ciò appare particolarmente grave ove si rifletta che il gravame rappresenta l'unico grado in cui le parti possono far valere le proprie ragioni con garanzie non inferiori a quelle offerte dalla

⁵³ Così M. ACIERNO, *op. cit.* pag. 19.

⁵⁴ G. OLIVIERI, *op. cit.* pag. 49.

⁵⁵ Vedi comunque, quanto, in via problematica, si è esposto, nel testo, nel paragrafo precedente con riferimento alla possibilità di utilizzare tale gravame per le ordinanze di inammissibilità e per quelle che dichiarano il difetto di giurisdizione. Peraltro, come evidenziato in M. ACIERNO, *op. cit.* pag. 19, un argomento sistematico a favore dell'estensione dell'appello anche a queste ipotesi può desumersi dal fatto che il giudice dell'impugnazione potrà assumere in secondo grado provvedimenti di identico contenuto in tutti i casi in cui il giudice del sommario abbia superato l'eccezione processuale ed abbia definito il procedimento nel merito, mentre il giudice di secondo grado, investito dello specifico motivo di gravame, abbia riformato la sentenza di primo grado proprio sull'esistenza, negata in primo grado, dell'impedimento alla prosecuzione del giudizio.

cognizione piena (il che, come si è già avuto modo di sottolineare⁵⁶, è essenziale per evitare sospetti di illegittimità costituzionale dell'intero procedimento sommario).

Si è, conseguentemente, costretti ad enfatizzare il riferimento all'*appello*, e perciò ad un istituto compiutamente regolato, identificandovi il richiamo (salvo incompatibilità) a tutte le norme dettate per quel mezzo d'impugnazione.

Nessun dubbio suscita la competenza della corte d'appello, atteso anche il riferimento al collegio ed al fatto che il primo grado è riservato alle controversie assegnate al tribunale (monocratico).

Devono poi ritenersi pienamente operanti - salvo le deroghe apportate dalla disciplina speciale - **le norme sulle impugnazioni in generale e quelle sull'appello** (articoli 323 - 338; 339 - 359 c.p.c.). Ciò comporta, fra l'altro, il potere dell'appellante di chiedere al collegio la sospensione dell'esecutività o dell'esecuzione dell'ordinanza impugnata a norma degli articoli 283 e 351 c.p.c., e la definizione del procedimento con sentenza, mentre suscita qualche perplessità l'opinione⁵⁷ relativa alla inapplicabilità dell'istituto della rimessione al primo giudice (articoli 353 - 354 c.p.c.), in quanto compatibile soltanto con un processo in cui entrambi i gradi di giudizio siano organizzati secondo la cognizione piena. In queste ipotesi, quindi, secondo la citata dottrina, il giudice di appello dovrebbe provvedere a rinnovare gli atti invalidi ed a decidere nel merito. In realtà, come già detto, il rito sommario in esame rappresenta un giudizio a cognizione piena, dovendo la sommarietà essere intesa come "semplificazione" della trattazione e dell'istruttoria.

Importantissima deroga alla disciplina generale è quella secondo cui **l'appello avverso l'ordinanza sommaria può essere proposto entro trenta giorni** "dalla sua comunicazione o notificazione" (o, se emessa in udienza, dalla sua pronuncia).

L'effetto acceleratorio è qui particolarmente intenso in quanto non è previsto il termine lungo (oggi di sei mesi) per appellare, ma solo quello breve di trenta giorni che decorre dalla comunicazione ovvero, in difetto, dalla notificazione, ed analoga decorrenza deve riconoscersi al termine per proporre il regolamento di competenza ad istanza di parte.

E' innegabile, però, che, in caso di mancata comunicazione e notificazione, il suddetto **termine lungo dovrà trovare applicazione**, ricordandosi, peraltro, che - avendo l'art. 45, 19° comma, della legge n. 69/2009, inserito il potere di rimessione in termini nella disciplina generale di questi (art. 153, ultimo comma, c.p.c.) - siffatta *sanatoria* potrà essere chiesta al giudice dell'appello anche in riferimento ai *trenta giorni* di cui all'art. 702 *quater*.

In assenza di qualsivoglia specifica disposizione circa il contenuto/forma dell'atto introduttivo del gravame - questione evidentemente decisiva (pure) ai fini dell'osservanza del termine - proprio la previsione dell'*appello* comporta che l'atto introduttivo ed il procedimento siano gli stessi previsti per quella controversia in secondo grado ove la domanda fosse stata proposta nelle forme del rito ordinario⁵⁸. La forma dell'atto di appello sarà, dunque, quella non del ricorso, bensì della **citazione** (si veda, peraltro, la recente Cass. ord. n. 14520 del 19/06/09, che, nell'esaminare la medesima questione in relazione alla forma dell'atto introduttivo dell'appello nei giudizi ex art. 23 L. n. 689/81, ha ritenuto che, in mancanza di una disciplina normativa sul punto, debba farsi riferimento a quella ordinaria prevista in materia di appello), a nulla rilevando il richiamo al principio processuale della "ultrattività del rito", il quale, nel postulare una simmetria tra il rito utilizzato in primo grado e quello impiegato nel giudizio di

⁵⁶G. OLIVIERI, *op. cit.* pag. 49.

⁵⁷G. OLIVIERI, *op. cit.*, pag. 49; G. BALENA, *op. cit.* § 23.

⁵⁸ Secondo G. OLIVIERI, *op. cit.*, in tal senso potrebbe invocarsi l'abrogata disciplina dell'appello nel procedimento sommario societario, in cui il gravame doveva essere introdotto dall'atto di citazione, forma utilizzata in quel rito per la domanda introduttiva del giudizio a cognizione piena (art. 20, 1° comma, d. lgs. 5/2003). L'Autore ritiene la conclusione inevitabile, visto che - quando il legislatore ha voluto (nei procedimenti sommari) assegnare all'atto introduttivo del gravame la stessa forma prevista per il primo grado (ricorso) - ha ritenuto dover qualificare l'impugnazione (non appello, ma) *reclamò*: così l'art. 18, 1° comma, r.d. 16 marzo 1942, sostituito dall'art. 2, 7° comma, d. leg. 12 settembre 2007, n. 169.

appello, si riferisce alle sole ipotesi in cui sia stato per errore impiegato in primo grado un rito diverso da quello previsto dalla legge: in tal caso, diverso da quello in esame, non potendo la parte procedere di sua iniziativa al mutamento del rito, il giudizio di appello va introdotto con il medesimo rito del giudizio di primo grado (ultrattività del rito), spettando al giudice procedere all'eventuale conversione dello stesso.

Qualora, invece, si acceda alla tesi della compatibilità tra rito sommario e rito del lavoro, l'atto di appello sarà rappresentato dal ricorso, come previsto per le controversie di lavoro, previdenziali e locative.

Analogamente, il provvedimento che chiude il giudizio di appello, attesa l'applicabilità del modello ordinario, non può che essere la **sentenza**.

Altra deroga alla disciplina della cognizione piena (peraltro imposta dal primo grado retto dalla cognizione sommaria) riguarda l'**ammissibilità delle nuove prove** (documentali e non), giacché essa reclama, correttamente, al fine di evitare la *sommarizzazione* dell'intero processo, (non l'indispensabilità, ma) la loro *rilevanza*.

Sostanzialmente superflua, ma spiegabile col fatto che, in un primo tempo, anche l'art. 702 *quater* c.p.c. subordinava l'ammissibilità delle nuove prove all'*indispensabilità*, appare la previsione dell'ammissibilità di nuovi mezzi di prova e di documenti quando «*la parte dimostra di non aver potuto proporli nel corso del procedimento sommario per causa ad essa non imputabile*»: poiché la semplice *rilevanza* comporta l'utilizzabilità delle nuove prove in appello, appare evidente l'inapplicabilità della previsione, atteso che la corte certamente non ammetterà un mezzo di prova non rilevante per la sola impossibilità di proposizione nella precedente fase.

In definitiva, anche nel procedimento ex art. 702 *quater* i poteri istruttori del giudice si fondano esclusivamente sulle istanze delle parti; i nuovi mezzi di prova comprendono quelli richiesti e non accolti nel primo grado di giudizio. Rispetto a tale categoria d'istanze istruttorie, si può agevolmente applicare il parametro della rilevanza, analogamente a quanto accade nel giudizio d'appello che segue ad un procedimento a cognizione piena.

Con riferimento, invece, ai **mezzi di prova effettivamente formulati per la prima volta in appello**, ritengo che la loro introduzione dovrebbe essere rigorosamente fondata sui criteri di ammissibilità elaborati dalla giurisprudenza di legittimità. In particolare, il giudice non può aprire illimitatamente l'istruzione probatoria nel secondo grado anche in ordine a mezzi di prova che le parti avrebbero avuto la piena disponibilità di dedurre in primo grado, solo perché nel procedimento sommario l'istruzione probatoria ha natura semplificata.

In conclusione, il Collegio non dovrebbe ammettere prove costituite o documentali eziologicamente giustificate solo dalla peculiarità dell'esito del primo grado, se la parte ne ha omesso colpevolmente la deduzione.

L'interpretazione restrittiva che si propone si fonda sulla duplice considerazione dell'adeguato sviluppo del contraddittorio nel procedimento sommario secondo lo snodo processuale previsto dal legislatore e dalla previsione di un ricorso modesto all'appello, in quanto strumento sovrabbondante, anche sotto il profilo delle spese, per cause prive di complessità.

Secondo l'art. 702 *quater* c.p.c. l'assunzione della prova può essere delegata a uno dei componenti del collegio.

Il fatto che le **eccezioni non rilevabili d'ufficio** debbano essere proposte a pena di decadenza nella comparsa di risposta depositata in primo grado, conferma l'applicabilità dell'art. 345, 1° e 2° comma, c.p.c.

Il dato normativo sembrerebbe poi imporre - qualora la corrispondente sentenza nella materia decisa secondo le forme del procedimento sommario sia inappellabile (ad es., in caso di opposizione ex art. 617 c.p.c., qualora se ne ritenga la compatibilità) - l'impugnabilità (soltanto) in cassazione dell'ordinanza *sommaria*.

Trattandosi di rimedio esperibile ai sensi dell'art. 111, 7° comma, Cost., il ricorso dovrà essere notificato nei sessanta giorni (non solo dalla notificazione, ma anche) dalla comunicazione del provvedimento.

Non è mancato, però, tra i primi commentatori, chi ha escluso, in radice, la possibilità di trattazione con il procedimento sommario delle cause per le quali la legge stabilisce la inappellabilità della relativa decisione⁵⁹.

Da ultimo, va evidenziato che, sebbene la legge abbia previsto quale mezzo d'impugnazione tipico per le ordinanze sommarie soltanto l'appello, non può comunque escludersene l'impugnabilità con gli altri rimedi indicati dall'art. 323 c.p.c., trattandosi di provvedimenti ai quali, per la loro attitudine al giudicato, deve essere assegnata la natura sostanziale di sentenza⁶⁰.

Pertanto - a parte quanto già detto in ordine al regolamento di competenza - le ordinanze, di qualsiasi contenuto, pronunciate all'esito del procedimento sommario saranno impugnabili con la **revocazione straordinaria** (art. 395, nn. 1, 2, 3 e 6, c.p.c.), ovvero con quella **ordinaria** (art. 395, nn. 4 e 5, c.p.c.) nelle materie per le quali la legge preveda (nel rito a cognizione piena) l'inappellabilità della sentenza (qualora si acceda alla tesi che, anche in queste ipotesi, sia utilizzabile il procedimento sommario), e sarà altresì ammissibile l'**opposizione di terzo, ordinaria o revocatoria** (art. 404, 1° e 2° comma, c.p.c.).

dott. CESARE TARASCHI
(Giudice presso il Tribunale di Vallo della Lucania)

⁵⁹ Secondo G. OLIVIERI, *op. cit.*, anche se il problema non appare drammatico - considerata la reintrodotta appellabilità (art. 30, 2° comma) delle sentenze che abbiano deciso l'opposizione all'esecuzione (resta però inappellabile quella resa sull'opposizione agli atti esecutivi) e (art. 26, 1° comma, d. lgs. 40/2006) di quelle emesse all'esito del procedimento di opposizione alle ordinanze ingiunzione (art. 22 *bis* l. 689/1981) - l'opposta conclusione lascerebbe perplessi. Sarebbe, infatti, innegabile la dubbia legittimità costituzionale di un procedimento in cui un'ordinanza in grado di produrre gli effetti del giudicato sostanziale non sia suscettibile di un controllo *completo*, secondo modalità non diverse da quelle assicurate dalla cognizione ordinaria. A conferma, il medesimo Autore ritiene che l'appello *pieno* sia indispensabile per ritenere il procedimento sommario compatibile con l'art. 111, 2° comma, Cost., e, pertanto - non potendo la scelta del rito sommario rendere appellabile un provvedimento che nella cognizione ordinaria non lo sarebbe - conclude nel senso che le cause per le quali la legge stabilisce l'inappellabilità della decisione, ancorché di competenza del tribunale monocratico, non siano suscettibili di trattazione secondo il rito sommario.

⁶⁰ Così G. OLIVIERI, *op. cit.* pag. 49.

RASSEGNA GIURISPRUDENZIALE

TRIBUNALE DI MONDOVI'

Il Giudice Istruttore

Sciogliendo la riserva assunta all'udienza in data 3.11.2009 nella causa iscritta al n. RG,

promossa con RITO SOMMARIO DI COGNIZIONE

ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA

- Rilevato che il sig. ha promosso azione revocatoria nei confronti di , nelle forme del nuovo rito sommario di cognizione, di cui agli artt. 702-bis ss. c.p.c.;
- Considerato che i convenuti, costituendosi, non hanno sollevato eccezioni circa il rito scelto;
- Rilevato che la controversia rientra nella competenza del giudice monocratico;
- Considerato che l'art. 702-ter presuppone – per l'utilizzabilità del rito sommario – che le difese svolte dalle parti non richiedano un'istruzione “non sommaria”;
- Ritenuto che la non sommarietà dell'istruzione debba valutarsi non tanto con riferimento all'oggetto della domanda, quanto, piuttosto, in relazione alle prove necessarie per la decisione, sulla base delle difese assunte dalle parti. Questa affermazione si giustifica con la considerazione che ai fini del rito in esame le cause non devono essere divise tra cause oggettivamente complesse e cause semplici, ma tra cause in cui l'istruttoria può essere complessa e lunga ed altre cause in cui l'istruttoria può essere condotta in modo deformalizzato e con rapidità. La differenza tra le due tipologie può dipendere dalla natura della lite (che non richiede accertamenti in fatto, o li richiede in misura limitata), ovvero, spesso, dalle posizioni assunte dalle parti, dal momento che esse determinano la quantità e la qualità di domande ed eccezioni (che vanno ad integrare il thema decidendum) e, soprattutto, la quantità di istruttoria necessaria, attraverso le contestazioni o meno dei fatti allegati dalla controparte. Poiché nel giudizio civile opera il principio di disponibilità della prova, è attraverso le difese delle parti che si può accrescere o diminuire il carico istruttorio della causa, cosicché anche una causa teoricamente complessa – quale può essere una causa di responsabilità professionale o, come nel caso di specie, un'azione revocatoria – può essere decisa senza fare luogo ad un'istruttoria lunga e “formale”. Nel caso in esame, la causa ha prevalente natura documentale e necessita esclusivamente di ctu sul valore dell'immobile, che può essere eseguita con rapidità e senza necessità di complessi accertamenti.
- Quanto alle prove orali dedotte, esse si palesano inammissibili, per i seguenti motivi: l'attore non ha provveduto né ad idonea capitolazione delle circostanze di fatto di cui chiede l'accertamento, né all'indicazione nominativa dei testimoni. L'art. 702-bis c.p.c., mediante il rinvio all'art. 163 n. 5 c.p.c., richiede anche nel procedimento sommario di cognizione l'indicazione specifica dei mezzi di prova, il che non significa che l'attore può limitarsi ad una generica indicazione del mezzo di prova richiesto (prova testimoniale, giuramento, ...), ma deve invece specificarlo, delimitandone l'oggetto e indicando le persone che devono compierlo. Oltre a ciò, non pare comunque che nella narrativa dell'atto di citazione vi siano circostanze di fatto rilevanti per la decisione, che siano state oggetto di specifica contestazione (ex art. 115 novellato) da parte dei convenuti.

- Le capitolazioni di prova enumerate dai convenuti, invece, sono inammissibili ai sensi dell'art. 2722 cod. civ. perché tendono a provare l'esistenza di un patto aggiunto – in relazione alla compravendita del 3.12.2008 – con stipulazione dello stesso antecedente al rogito notarile. Quanto alla scrittura privata prodotta sub. 3 da parte convenuta, essa è priva di data certa, non è sottoscritta da parte di e non fornisce elementi validi ai fini della decisione in mancanza della produzione dell'atto di divisione cui fa riferimento (prima riga dopo il "PREMESSO").

- In relazione all'istanza di esibizione della documentazione bancaria, svolta da parte attrice, si rileva che la stessa è eccessivamente indeterminata e che, comunque, era onere dei convenuti dare la prova di aver realmente provveduto al pagamento del corrispettivo della vendita, dal momento che appare assai singolare un pagamento in contanti per una cifra non certo modesta (10.000 euro), considerato anche che non sono state indicate le modalità di reperimento della somma (peraltro prossima all'importo massimo movimentabile – ex lege anti riciclaggio – senza necessità di ricorrere ad assegni o bonifici).

- E' ammissibile e rilevante, invece, la richiesta di ctu sul valore commerciale del bene oggetto di causa; sulla richiesta formulata dall'attore, peraltro, non vi è stata opposizione da parte dei convenuti. L'accertamento oggettivo del valore dell'immobile fornirà un elemento determinante ai fini della decisione della controversia.

- Ai fini di quanto previsto al punto che precede, si nomina consulente tecnico il geom. , con studio in Mondovì, autorizzandolo fin d'ora all'uso del mezzo proprio ed all'uso dell'aereo, per raggiungere il luogo ove si trova l'immobile (Regione Calabria). Ne dispone la comparizione per il giuramento per l'udienza del 10.11.2009 h. 10,30, avvisando le parti che – data la struttura deformalizzata dell'istruttoria e considerata la celerità che deve contraddistinguere il procedimento svolto nelle forme del rito sommario di cognizione – saranno accettate nomine di ctp solo fino all'udienza di giuramento e non saranno osservate le nuove procedure di cui all'art. 195 c.p.c., anche in virtù della semplicità ed unitarietà del quesito proposto. I ctp, dunque, avranno l'onere di partecipare attivamente al sopralluogo con il ctu e di evidenziare, in quella sede, le loro osservazioni in relazione al valore commerciale del bene.

- Il ctu avrà termine di giorni 30 dal giuramento per il deposito in cancelleria della relazione contenente una sommaria descrizione dell'immobile, la riproduzione fotografica dello stesso e la sua valutazione, con la motivazione delle conclusioni assunte e delle osservazioni svolte dai CTP nel corso delle operazioni peritali.

P.Q.M.

ogni altra istanza respinta,

DISPONE

Ctu per la valutazione dell'immobile sito in alla via , censito al catasto al n. , particella .

Convoca il ctu Geom. per il giuramento per l'udienza del 10.11.2009 h. 10,30.

Pone fin d'ora a carico solidale delle parti un anticipo di € 800,00, in considerazione delle elevate spese di trasferta.

Avvisa le parti che le stesse saranno invitate alla discussione immediata all'udienza successiva al deposito della ctu, che fin d'ora si fissa, anche ai sensi di quanto previsto dall'art. 81-bis disp. att. c.p.c., al 18.12.2009 h. 11.00.

Si adotta, pertanto, l'allegato calendario del processo.

Si comunichi alle parti costituite ed al ctu nominato.

Mondovì, li 10/11/2009

Il Giudice (Paolo G. Demarchi)

Calendario del processo (r.g. 1184/2009)

DATA	ORA	INCOMBENTE	
10.11.2009	10,30	Giuramento	ctu
11.12.2009		Deposito	ctu
18.12.2009	11.00	Discussione	

Rispetto all'ordinanza del Tribunale di Mondovì, il Tribunale di Varese ritiene ammissibile la prova testimoniale non capitolata in articoli separati e specifici, come nel rito ordinario. Al contrario, il primo giudice ha dichiarato l'inammissibilità della richiesta di prova per testi per avere il difensore omesso la capitolazione e l'indicazione del nominativo dei testi.

TRIBUNALE DI VARESE

Sezione prima civile – ordinanza 18 novembre 2009
Giudice Buffone

L'attrice evoca in giudizio la convenuta assumendo di avere versato a favore di quest'ultima la complessiva somma di euro 8.120,00 ma di non avere ricevuto, come previsto dal sinallagma pattuito, la controprestazione pari ad una partita di fornitura di capi di abbigliamento. Chiede, per l'effetto, il risarcimento del danno (in via equitativa) e la ripetizione dell'importo versato a titolo di corrispettivo, previa declaratoria dell'inadempimento del partner negoziale.

1. Verifiche preliminari

L'odierna controversia rientra tra quelle indicate nell'art. 702-bis, comma I, c.p.c. e, prima facie, è sussistente la competenza territoriale di questo Tribunale. Preliminare alla decisione in ordine alle richieste istruttorie è la previa qualificazione giuridica del rito sommario di cognizione, nel senso di procedimento di piena cognitio ovvero nel senso di tutela sommaria. Come noto, la dottrina sul punto è divisa. Secondo taluni il rito sommario dovrebbe farsi confluire nei procedimenti sommari non cautelari, tenuto conto della sua collocazione topografica nel codice di rito e vista la sua stessa definizione legislativa. Alcuni commentatori, peraltro, qualificano il suddetto rito come bifasico: il primo grado sarebbe la fase sommaria del giudizio; il secondo grado sarebbe la fase a cognizione piena e, dunque, non un appello. Altra dottrina reputa che il rito sommario sia a tutti gli effetti un rito ordinario a cognizione piena, atteso che, tra l'altro, si conclude con un provvedimento che passa in giudicato. **A parere di questo giudice, va condivisa l'opinione di quanti in dottrina hanno ritenuto che il rito sommario non possa iscriversi nell'alveo dei procedimenti a cognizione sommaria. Pare, in particolare, da condividere l'opinione di chi ha parlato di "rito semplificato" di cognizione.** Diverse sono le ragioni che conducono a ritenere tale conclusioni l'unica corretta, all'esito del procedimento ermeneutico:

- in primo luogo, è prevista espressamente la "comunicabilità" tra il rito sommario di cognizione e quello ordinario, atteso che la conversione determina il passaggio di una controversia tra binari paralleli, non ipotizzabile, certo, ove si trattasse di riti ontologicamente differenziati;
- vi è, poi, che la delega legislativa contenuta nella Legge 69/2009 propone, de jure condendo, la concentrazione dei procedimenti civili in tre soli riti di cognizione ove spicca anche il sommario che è collocato nell'ambito dei procedimenti civili di natura contenziosa nei quali prevalgono caratteri di semplificazione della trattazione o dell'istruzione: aver richiamato,

come uno dei tre modelli di riferimento, il procedimento “sommario” sta a significare che quest’ultimo si colloca al di fuori delle tutele sommarie; c) l’ordinanza con cui viene definito il procedimento sommario di cognizione produce gli effetti di cui all’art. 2909 c.c. (art. 702-quater, comma I, c.p.c.) e, dunque, come si è autorevolmente scritto, è un processo di cognizione speciale, alternativo al processo a cognizione piena ed idoneo ad impartire tutela dichiarativa nella stessa identica misura di quest’ultimo.

Ne segue – come si è abilmente sostenuto in dottrina – che il procedimento sommario di cognizione ex artt. 702-bis ss. c.p.c. “è in realtà un processo a cognizione piena, poiché nella sua destinazione prevale la funzione di accertare definitivamente chi ha ragione e chi ha torto tra le parti, rispetto alle funzioni che sono proprie dei procedimenti sommari, ma sono completamente assenti dal profilo legislativo di questo istituto”.

2. Istruzione sommaria

Reputa, preliminarmente, questo giudice, che le difese svolte dalle parti non richiedano una istruzione non sommaria e che, per l’effetto, l’attuale controversia possa essere decisa con le forme del processo sommario di cognizione. Si badi: se il giudice deve decidere sulle sorti del sommario alla prima udienza (fissata ex art. 702-bis, comma III, c.p.c.), ciò vuol dire che la piattaforma probatoria deve essersi per tale momento processuale già stabilizzata, quanto fa ritenere che la natura fisiologica del rito e la sua auspicata celerità impongano alle parti di individuare il thema probandum già negli scritti introduttivi del giudizio, seppur nelle forme snelle del sommario e, dunque, **senza le solennità tipiche del giudizio ordinario (ad es., articolazione dei capitoli per i testi). Si vuol dire che l’ultimo momento utile per delimitare il ventaglio delle richieste istruttorie è l’udienza di prima comparizione**, ove le parti possono specificare le prove già richieste nei propri atti o formulare istanza per quelle determinate dall’altrui difesa; si può dubitare circa l’articolazione – solo all’udienza di prima comparizione – di “nuove prove” dirette, diverse da quelle già previste negli atti introduttivi, atteso che il sommario, se è snello nell’istruzione, è formale e procedimentalizzato nell’introduzione. E, però, ragioni di ordine sistematico e di coerenza con il rito, impongono di ritenere che le parti possono formulare richieste istruttorie sino alla pronuncia del giudice in ordine alla decidibilità della controversia con le forme del sommario (art. 702-ter, comma V, c.p.c.) e, dunque, sino all’ordinanza che provvede sulle richieste di prova indicando gli atti di istruzione ritenuti rilevanti. Oltre tale sbarramento, alle parti non è consentito dedurre nuovi mezzi di prova poiché si incorrerebbe nel rischio di favorire atteggiamenti difensivi secundum eventum litis, ovvero meramente orientanti a provocare una conversione del rito ove al percorso scelto dal giudice per l’istruzione del sommario si ritenga di preferire il procedimento ordinario. Resta salvo il potere di provvedere a nuovi mezzi di prova ex officio, anche su impulso delle parti, dopo o durante l’istruzione probatoria, ove il giudice lo ritenga necessario, ma senza che possa più provvedersi alla conversione del rito. Quanto alla valutazione in ordine alla decidibilità nelle forme del sommario, questo giudice reputa di dovere aderire ai suggerimenti dei primi commentatori della riforma (legge 18 giugno 2009 n. 69), secondo i quali il giudice è chiamato a valutare nell’ordine: a. l’oggetto “originario” del processo ed i fatti costitutivi della domanda (anche in relazione al valore della causa); b. le eventuali domande riconvenzionali e quelle nei confronti di terzi e le difese svolte in sede di costituzione dal convenuto e dai terzi; c. l’impostazione complessiva del sistema difensivo del convenuto (e dei terzi), da cui desumere le questioni, di fatto e di diritto, controverse tra le parti, tenendo anche conto di singole eccezioni di rito e di merito, nonché delle richieste istruttorie già formulate o comunque prospettate quale thema probandum. Il parametro valutativo da assumere quale primario riferimento per il giudizio di “decidibilità” nelle forme del sommario è, dunque, sicuramente l’“oggetto” della causa ed il complesso articolato di difese ed eccezioni introitate nel giudizio, passando, anche, per le richieste istruttorie articolate dalle parti e le eventuali istanze per la estensione del contraddittorio ad altri soggetti. Non è un caso che l’art. 702-ter, comma III, c.p.c. richiami espressamente “le difese svolte dalle parti”, ai fini della eventuale conversione. All’esito delle valutazioni che precedono, il giudice, tenuto conto della complessità oggettiva e soggettiva della causa, deve prefigurarsi il percorso che, a suo giudizio, si prospetta per la decisione e, dunque, verificarne la sua compatibilità con le forme semplificate. **La compatibilità va esclusa ove venga meno uno degli assi portanti del giudizio sommario e, cioè: I) celerità dei tempi e II) snellezza**

delle forme. Sulla scorta delle osservazioni dell'autorevole dottrina, il giudice, però, può anche valutare tout court l'eventuale manifesta fondatezza/infondatezza della domanda (detto a contrario, la manifesta infondatezza/fondatezza della difesa del convenuto) ove, ad esempio, nonostante la complessità globale del giudizio, una questione di diritto sia idonea a risolvere la lite.

Alla luce delle argomentazioni sin qui svolte, l'istruzione sommaria è quella che dà la stura ad un processo (in concreto) veloce e snello, a prescindere dall'eventuale complessità (in astratto) del fascicolo del procedimento. Orbene, applicando le regole di diritto sin qui illustrate al caso di specie, è chiaro che sia non solo possibile ma anche opportuna una istruzione sommaria. Ed, infatti, va in primo luogo osservato che l'azione esperita può beneficiare di un riparto degli oneri probatori di favore per il creditore (art. 1218 c.c. come interpretato dalle SS.UU. 13533/2001), cosicché l'istruzione è circoscritta ad una verifica del titolo negoziale (documentale) e dell'esatto adempimento (onere probatorio gravante sul debitore). Va, poi, rilevato che il processo presenta un indice minimo di complessità soggettiva (due parti) e che non è stato esteso il perimetro del procedimento, vuoi in senso soggettivo (vocatio in ius di terzi), vuoi in senso oggettivo (domande riconvenzionali). Per tali motivi, non va disposta la conversione ex art. 702-ter, comma III, c.p.c. e può provvedersi alla decisione in ordine agli atti di istruzione cui provvedere.

3. Atti di istruzione

L'attore ha dedotto ed allegato documentalmente il proprio adempimento, avendo fornito prova scritta del bonifico effettuato nei confronti della convenuta. Ha, poi, dato prova documentale del rapporto intercorso tra le parti, anche allegando la corrispondenza in itinere intervenuta tra i contraenti ed avente, essenzialmente, ad oggetto le ragioni per cui, a fronte del pagamento anticipato della merce, il debitore non provvedesse ad eseguire la sua prestazione. La convenuta non si è costituita. Orbene, in tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, il creditore che agisca ai sensi dell'art. 1218 c.c. deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento (Cass. civ., Sez. Unite, 30/10/2001, n. 13533 in Corriere Giur., 2001, 12, 1565; Cass. civ., Sez. Unite, 24/03/2006, n. 6572). Ed, infatti, la disciplina dell'onere della prova assume un rilievo particolare nell'ambito dell'inadempimento delle obbligazioni contrattuali, ove il Codice civile (art. 1218) introduce una presunzione – definita dalla dottrina – “semplificante”, in deroga alla regola generale dell'art. 2697 c.c., accollando al debitore, che non abbia eseguito esattamente la prestazione dovuta, l'onere di provare che l'inadempimento o il ritardo siano stati provocati da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile (salvo, ovviamente, provare fatti estintivi, modificativi o impeditivi dell'altrui pretesa; es. l'avvenuto esatto adempimento). Alla luce delle considerazioni che precedono, va rigettata la richiesta di prova orale formulata dall'attrice atteso che, fornita prova documentale del rapporto ed allegato l'altrui inadempimento, è onere del debitore fornire prova liberatoria ex art. 1218 c.c.

4. Calendario del processo

La Legge 18 giugno 2009 n. 69 ha introdotto nelle disposizioni di attuazione al codice di rito, l'art. 81-bis c.p.c., in virtù del quale, il giudice, quando provvede sulle richieste istruttorie, sentite le parti e tenuto conto della natura, dell'urgenza e della complessità della causa, fissa il calendario del processo con l'indicazione delle udienze successive e degli incumbenti che verranno espletati. Reputa questo Tribunale che il calendario del processo non sia applicabile al rito semplificato di cognizione. La funzione della calendarizzazione delle udienze, infatti, risponde all'esigenza di “programmare”, con le parti, la durata del procedimento civile, con indicazione dei singoli arresti procedurali che si andranno a seguire nel tempo e tanto al fine di garantire un tempo ragionevole di definizione del giudizio. Se, allora, questa è la ratio essa non si rileva sintonica con il giudizio sommario ove, come già si è detto, il rito è già per sua natura celere e snello. Ma vi è di più: l'introduzione del calendario andrebbe a vulnerare la stessa natura ontologica del rito sommario. Si andrebbe, infatti, ad introdurre un elemento di

rigidità nell'istruttoria deformalizzata del procedimento semplificato ("il giudice provvede nel modo che ritiene più opportuno"). Non va sottaciuto, poi, che l'art. 81-bis cit. segue all'art. 81 il quale è chiaramente modellato sul processo ordinario di cognizione atteso che regola la fissazione delle singole udienze di istruzione. Per i motivi illustrati, nel giudizio sommario il giudice non deve provvedere alla fissazione del calendario del processo, atteso che il suddetto incumbente non è compatibile con "i procedimenti, anche se in camera di consiglio, in cui sono prevalenti caratteri di semplificazione della trattazione o dell'istruzione della causa" (secondo la dizione della delega legislativa conferita per la riorganizzazione dei riti civili, v. legge 69/2009).

Ad ogni modo, non essendovi istruttoria nel caso di specie, il calendario, comunque, non dovrebbe essere annesso alla odierna pronuncia. La causa va rinviata per la discussione finale, abilitando il difensore a produrre, entro quella data, uno scritto difensivo conclusivo e riepilogativo delle richieste.

P.Q.M.

letto ed applicato l'art. 702-ter, comma V, c.p.c. rinvia la causa per la discussione all'udienza del 18 dicembre 2009 ore 10.30.

TRIBUNALE DI BOLOGNA

Il giudice, letto il ricorso, visto l'art 702 bis cpc

Premesso che: con ricorso ai sensi dell'art.702 bis c.p.c. depositato in data 8-7-09 l'avvocato S. Stefano in proprio proponeva nei confronti di C. Simone domanda di risarcimento dei danni subiti a causa del contenuto diffamatorio di alcune missive inviate dal resistente, già suo cliente, al Consiglio dell'Ordine Forense di B., alla G. Assicurazioni s.p.a. e all'Infortunistica P.; il suddetto contenuto diffamatorio veniva ravvisato nel fatto che C. accusava falsamente il ricorrente di aver posto in essere comportamenti illegali e gravemente contrari alle regole deontologiche, in particolare rifiutandosi di consegnargli un assegno emesso dalle G. a suo favore;

con decreto in data 14-7-09 veniva fissata per la comparizione delle parti l'odierna udienza; C. si costituiva tempestivamente in data 19-10-09 contestando la fondatezza della domanda; in particolare contestava la pretesa falsità degli addebiti mossi al ricorrente, formulando capitoli di prova testimoniale a riscontro; chiedeva anche la sospensione del procedimento ex art.295 c.p.c. in attesa della definizione del procedimento penale che lo vedeva imputato dei reati di cui agli artt.594 e 595 c.p.c. in conseguenza della querela proposta dal ricorrente per i medesimi fatti oggetto del presente giudizio;

Rilevato che : poiché nel caso in esame non emergono motivi di inammissibilità ai sensi dei primi due commi dell'art.702 ter c.p.c., si tratta di valutare se, ai sensi del Co.3, le difese svolte dalle parti richiedano un'istruzione non sommaria che impone il mutamento dell'intrapreso rito sommario in rito ordinario; al proposito si evidenzia come il parametro dell'istruzione non sommaria fotografa una conseguenza senza indicarne le cause; ne consegue che la discrezionalità del giudice nell'effettuare tale valutazione risulta estremamente ampia, in quanto non perimetrata da identificati presupposti della suddetta sommarietà istruttoria; tale ampiezza comporta, secondo questo giudicante, un certo rigore nella valutazione di cui sopra; in questo contesto, se la superfluità di un'istruzione probatoria orale può considerarsi sicuramente un indice rilevante della compatibilità del rito sommario, **la sua necessità può considerarsi compatibile con la struttura del rito sommario solamente qualora sia limitata ad un numero esiguo di testi, da escutere su limitate circostanze di fatto;** infatti, solamente in questo caso lo svolgimento di un'istruzione probatoria orale è compatibile con la radicale deformalizzazione di cui al co. 5 dell'art.702 ter c.p.c.; da quanto esposto consegue l'incompatibilità del rito sommario per la trattazione della controversia di cui si discute, che non risulta di carattere documentale, come prospettato dal ricorrente, bensì necessita di un'istruzione probatoria approfondita sui vari capitoli di prova dedotti dal resistente;

inoltre il ricorrente deve essere posto nelle condizioni di poter indicare eventuali prove contrarie al riguardo; pertanto si provvede a fissare l'udienza ex art. 183 c.p.c., rilevando fin da ora che l'istanza del resistente di sospensione del presente giudizio ex art. 295 c.p.c. non è accoglibile ai sensi dell'art. 75 Co. 2 c.p.p.;

P.Q.M.

fissa l'udienza ex art.183 Co.1 seg. c.p.c. alla data del 14-1-10 ore 9,30.

Bologna, 29/10/09

Il Giudice dott.ssa Elisabetta Candidi Tommasi