

LIVIA DI COLA

IL PROCEDIMENTO SOMMARIO NEL NUOVO RITO SOCIETARIO: LA LOGICA DI UN PROCEDIMENTO INIDONEO A CONCLUDERSI CON IL GIUDICATO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La cognizione sommaria nell'attuale sistema processuale civile alla luce dei principi costituzionali. – 2.1. Il persistente primato del giudicato, indissolubilmente legato alla cognizione piena, quale aspirazione ultima di chi contende su diritti soggettivi lesi o rimasti inattuati: i principi relativi al giusto processo civile naturalmente destinato a concludersi con il giudicato. – 2.2. Il ruolo della cognizione sommaria non cautelare. – 3. I caratteri del procedimento di cui all'art. 19 d.lgs. n. 5 del 2003. – 3.1. L'ambito di applicazione. – 3.2. L'introduzione del giudizio, la costituzione delle parti ed i suoi termini. – 3.3. Unicità del procedimento. Litispendenza, connessione, continenza e sospensione. – 3.4. I poteri del giudice nella fase speciale. – 3.5. L'istruttoria della fase sommaria e la cognizione del giudice. – 3.6. Ipotesi particolari di chiusura del procedimento. – 3.7. Il provvedimento di conversione del rito. – 3.8. Alcuni dubbi di costituzionalità sollevati sul procedimento. – 4. Gli effetti del provvedimento. – 5. I rimedi avverso il provvedimento di accoglimento. – 5.1. L'appello, l'opposizione all'esecuzione, la sospensione dell'esecuzione o dell'efficacia esecutiva del provvedimento. – 5.2. Il giudizio di accertamento negativo del diritto di credito. – 6. Il confronto tra il procedimento di cui all'art. 19 ed il *référé provision*. – 7. Conclusioni.

1. *Premessa*

Il 2° comma dell'art. 12 della l. 3 ottobre 2001, n. 366, per il perseguimento delle finalità di rapida ed efficiente definizione dei procedimenti, enunciata nel 1° comma, ha attribuito al Governo la delega a dettare regole processuali relative ad un giudizio sommario non cautelare, improntato a particolare celerità ma con il rispetto del principio del contraddittorio, che possa condurre all'emanazione di un provvedimento esecutivo anche se privo di efficacia di giudicato.

Il procedimento di cognizione sommaria nel rito societario è disciplinato dall'art. 19 del d.lgs. n. 5 del 2003, che ha dettato una disciplina del procedimento e del provvedimento conclusivo *sui generis* e ha destato non solo perplessità in dottrina, ma svariati problemi interpretativi.

Nella relazione al d.lgs. n. 5 del 2003¹, con specifico riferimento al giudizio sommario a cui faceva riferimento il 2° comma dell'art. 12 sopra menzionato viene precisato come il giudizio sommario sia stato congegnato in una duplice maniera:

- a. come svolgimento del procedimento cautelare promosso in corso di causa;
- b. come *forma di semplificazione estrema*² delle controversie che abbiano ad oggetto esclusivamente il pagamento di una somma di denaro, anche se non liquida, a patto che non siano il frutto dell'accertamento della responsabilità di organi societari, ovvero la consegna di una cosa mobile determinata³.

Quest'ultimo procedimento, per ammissione dello stesso legislatore, troverebbe il suo modello di riferimento nel procedimento sommario appartenente al processo francese, disciplinato all'art. 808 del codice di procedura francese, che prende il nome di *référé*.

Coerentemente con il modello che ha ispirato il nuovo procedimento sommario, il legislatore ha previsto come mezzo di critica l'appello, o meglio che l'opposizione contro il provvedimento sommariamente adottato, seppur inidoneo al giudicato formale e, quindi, sostanziale, per espressa previsione di legge, abbia la forma dell'appello così come disciplinato nel nuovo rito societario all'art. 20.

E qui si viene ad una delle particolarità del nuovo procedimento: il provvedimento emesso al termine del procedimento di appello, in quanto emesso al termine di un processo «celebrato» con tutti i crismi della cognizione piena, risulta essere idoneo al giudicato, come si può desumere dall'ultimo comma del menzionato art. 19, che specifica come solo all'ordinanza non impugnata non pos-

¹ Vedi: *La relazione al decreto legislativo 5 del 2003*, in *Il nuovo diritto societario / 4: le norme procedurali*, in *Guida al diritto*, Dossier mensile, Aprile 2003, p. 109 ss., ed in particolare si veda p. 111 ss.

² Sono proprio queste le parole usate dal legislatore.

³ In proposito si veda: ARIETA-DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, in particolare *Il giudizio sommario*, Padova, 2004, p. 353 ss.; CAPONI, *La tutela sommaria nel processo societario alla luce dei modelli europei*, in *Foro it.*, 2003, V, c. 141 ss.; CAPPONI, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *www.judicium.it*; CARRATTA, *Rito speciale per le società, in arrivo l'inedito «processo senza giudice». La fase preliminare è affidata esclusivamente alle parti*, in *Dir. giust.*, F. 7, 2003, p. 18 ss.; ID., *Società (riforma delle) profili processuali*, voce dell'*Enciclopedia giuridica Treccani* in corso di pubblicazione; CATALDI, *La riforma del diritto societario di cognizione: il procedimento sommario di cognizione*, in *www.judicium.it*; CAVALLINI, *Il procedimento sommario di cognizione nelle controversie societarie*, in *www.judicium.it*; CECHELLA, *Il référé italiano nella riforma delle società*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 1130 ss.; MENCHINI, *Il giudizio sommario per le controversie societarie*, in *www.judicium.it*; PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo societario*, in *Foro it.*, 2003, V, c. 1 ss.; RONCO, *Del procedimento sommario di cognizione*, in *Il nuovo processo societario*, a cura di Chiarloni, Torino, 2004, p. 523 ss.; SALETTI, *Il procedimento sommario*, in *www.judicium.it*; SASSANI, *Sulla riforma del processo societario*, in *La riforma delle società, Il processo*, a cura di B. Sassani, p. 1 ss.; TISCINI, *Del procedimento sommario di cognizione*, ivi, p. 183 ss.; SASSANI-TISCINI, *Il nuovo processo societario. Prima lettura del d.lgs. n. 5 del 2003*, in *Giust. civ.*, 2003, II, p. 49 ss.

sano fare seguito gli effetti di cui all'art. 2902 c.c., facendo desumere *a contrario*, con una certa sicurezza che tali effetti siano propri del provvedimento emesso al termine del giudizio d'appello, proprio per le caratteristiche dell'appello ordinario, che non hanno subito variazioni di rilievo nel rito societario⁴.

Questo il primo dogma infranto: nel nostro sistema l'appello viene previsto come mezzo di gravame nei confronti di provvedimenti idonei al giudicato; il reclamo nei confronti di provvedimenti privi di tale stabilità, sempre revocabili o modificabili ovvero soggetti ad essere spazzati via perché o non funzionali alla tutela di diritti soggettivi inattuali, ma alla gestione di interessi, o funzionali ad assicurare esclusivamente l'efficiente attuazione del provvedimento che decide nel merito.

Questo è il primo scoglio che impone di fermarsi e di compiere una prima riflessione.

Si è detto che l'appello, proprio perché modellato sul rito disciplinato dal secondo libro del codice di rito, salva la possibilità di appelli speciali, avrebbe tutte le caratteristiche proprie del giudizio a cognizione piena, e proprio per questo motivo sarebbe in grado di supplire alla mancanza di adeguate garanzie in un primo grado, consentendo, comunque, il passaggio in giudicato⁵.

⁴ L'art. 20 non sembra aver introdotto novità degne di nota. La *Relazione*, cit., p. 110 illustrativa del decreto legislativo ha precisato: «... poiché nessuna coerenza logica sta ad imporre il rimodellamento dell'impugnazione di merito sul tipo processuale disegnato per la decisione della controversia in primo grado, è apparso di dover mantenere la procedura d'appello improntata ai medesimi schemi attuali, dettando la disciplina minima perché davanti alla Corte d'appello il processo non si ponga in antitesi con le linee guida del grado inferiore, pur mantenendo le sue indefettibili specialità ...».

⁵ TARZIA-CERINO CANOVA, *Realtà e prospettive dell'appello civile*, in *Riv. dir. proc.*, p. 86 ss., pur negando la garanzia costituzionale dell'appello, dato l'espresso disposto dell'art. 111, hanno riconosciuto a quest'ultimo un importante ruolo ai fini della realizzazione del diritto di difesa di cui all'art. 24, tenendo conto della realtà dell'ordinamento processuale. Essendo il nostro un processo scritto, il giudice di secondo grado, provocato dalle parti che mediante l'impugnazione denunciano i presunti vizi della sentenza di primo grado, nel controllarne l'esistenza, sottoporrebbe ad nuovo esame tutto il materiale della causa, anche nel caso in cui non vi fosse la rinnovazione o l'integrazione dell'istruttoria già svoltasi in primo grado. Al contrario, l'oralità del primo grado comporterebbe una limitazione in ordine alla valutazione delle prove già assunte. Inoltre, TARZIA, *op. cit.*, p. 91, ha evidenziato la particolare utilità del giudizio di appello in presenza di procedimenti in primo grado sommari, rispetto ai quali tale mezzo di impugnazione, come strutturato prima della riforma del '90, avrebbe svolto una funzione integrativa, più che di «giudizio di secondo grado». A favore dell'appello v. ALLORIO, *Sul doppio grado del processo civile*, in *Studi in onore di Liebman*, III, Milano, 1979, p. 1979 ss.; LIEBMAN, *Il giudizio d'appello e la Costituzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, p. 401 ss..

A seguito della riforma il procedimento d'appello non sembra essere in grado di svolgere la funzione un tempo paventata da Tarzia: si tratta, infatti, di un mezzo di impugnazione che, attraverso una limitazione nell'introduzione dei *nova*, consente oggi esclusivamente un riesame critico del provvedimento gravato piuttosto che un secondo giudizio sulla causa o sulla parte di essa che venga sottoposta ad impugnazione. Si veda in proposito: COLESANTI, *Impugnazioni in generale e appello nella riforma processuale*, in *Foro it.*, 1992, c. 1049 ss.; PROTO PISANI, *Appunti sull'appello civile*, in *Foro it.*, 1994, V, c. 193 ss.; FERRI, *Appello nel diritto processuale civile*, in *Digesto disc. priv.*, VI ed., vol. XII, Torino, 1995; MONTESANO, *Diritto processuale civile*, II ed., 1997, Torino, II, p. 298 ss.

Tuttavia la limitazione nell'introduzione delle nuove domande, eccezioni e dei nuovi mezzi di prova, prevista dall'art. 345, ed applicabile anche nel nuovo rito societario in virtù dell'art. 20, 2° comma, d.lgs. n. 5 del 2003, non sembra che possa consentire un'adeguata trattazione dell'oggetto del giudizio sommariamente conosciuto in primo grado.

Questo problema viene ulteriormente evidenziato, e pone anche un problema di compatibilità con l'art. 3 Cost., nonostante l'assenza della garanzia del doppio grado di giudizio, come più volte sottolineato dalla Corte costituzionale⁶, dalla possibilità, prevista 3° comma dell'art. 19, d.lgs. n. 5 del 2003, che il giudice, ritenendo che l'oggetto della causa o le difese svolte dal convenuto richiedano una cognizione non sommaria, possa passare dal rito sommario a quello a cognizione piena, concedendo i termini di cui all'art. 6. Così, supponendo che a seguito di un errore di valutazione, denunciabile ovviamente attraverso l'appello, il giudice di prima istanza abbia ritenuto accoglibile la domanda di tutela sollecitata piuttosto che l'oggetto del giudizio ovvero le difese del convenuto necessitanti della cognizione piena, ed il giudice d'appello in accoglimento del ricorso sia arrivato alla conclusione contraria, il convenuto potrebbe essere arbitrariamente privato di un grado di cognizione piena.

La preoccupazione da ultimo esposta potrebbe risultare del tutto destituita di fondamento nel momento in cui si passi a considerare che, essendo il provvedimento di accoglimento privo dell'efficacia del giudicato, la parte soccombente non avrebbe alcun onere di proporre, in lasso di tempo più o meno breve, il rimedio dell'appello per veder riformato un provvedimento ad esso non favorevole: non vi sarebbe nessuna regola, nessun principio generale che potrebbe impedire alla parte soccombente, come pure al titolare del diritto che si vedesse rigettata la domanda di tutela, di intraprendere un autonomo giudizio di cognizione di primo grado, tanto attraverso lo strumento dell'opposizione all'esecuzione che dando principio ad un autonomo giudizio di cognizione di primo grado, anche durante la pendenza del giudizio di cui all'art. 19.

Le riflessioni appena esposte rendono incomprensibile il motivo per cui il legislatore, nella relazione espositiva, abbia avuto il riguardo di spiegare il perché si sia disattesa l'indicazione parlamentare di prevedere un rimedio analogo all'opposizione a decreto ingiuntivo: in presenza delle controversie più semplici verrebbe aggravata, con la previsione di un grado in più di cognizione, la scansione normale del giudizio⁷.

Dalle parole del legislatore sembra doversi desumere che l'appello sia l'unico rimedio esperibile avverso il provvedimento di accoglimento del ricorso: così sembra doversi desumere perché supponendo il contrario non avrebbe nessun senso la limitazione dei rimedi contro il provvedimento detto al solo appello, con l'eliminazione di un grado di cognizione, quando la parte soccombente avrebbe

⁶ Così: Corte cost. 14 dicembre 1989 n. 543, in *Foro it.*, 1990, I, c. 366 ss.

⁷ *Relazione*, cit., p. 112.

in ogni momento la possibilità di proporre un ordinario giudizio di cognizione, non solo al termine del procedimento sommario, ma in qualsiasi momento del suo *iter*.

Dovendo accettare la limitazione dei mezzi di impugnazione, secondo l'interpretazione che sembra doversi dare alle parole del legislatore, anche se non è ben chiaro sulla base di quale principio, non potendo essa fondarsi sui principi che normalmente accompagnano il passaggio in giudicato di un provvedimento, di cui si cercherà di dare conto nel prosieguo della trattazione, si verrebbe a porre il problema della disparità di trattamento tra il resistente che vedesse accolta l'avversa domanda, che avrebbe a disposizione esclusivamente il rimedio dell'appello, perdendo un grado di cognizione, ed il ricorrente che vedesse respinta la sua domanda, che avrebbe la possibilità di riproporre, sembrerebbe indiscriminatamente, la domanda in sede di sommaria cognizione ovvero di battere la via della cognizione sommaria iniziando dal primo grado di cognizione.

Altri punti che ci si propone di affrontare è quello dei caratteri della cognizione nel procedimento sommario: sganciata la domanda introduttiva da ogni presupposto di urgenza o, per meglio dire, da ogni legame temporale e logico con il giudizio ordinario, *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, ci si può chiedere quale siano le basi per emanare un provvedimento inidoneo ad affermare definitivamente l'esistenza o l'inesistenza del diritto fatto valere, il cui unico scopo sembrerebbe essere quello di consentire di porre in essere l'esecuzione forzata a soddisfazione di un diritto, in tempi molto più rapidi di quelli richiesti dalla cognizione sommaria, consentendo così di scongiurare «il c.d. abuso del processo ordinario» da parte del resistente, quando sia evidente la ragione di chi è costretto in via sussidiaria a chiedere la tutela del proprio diritto.

Una riflessione che viene immediatamente da fare, ma che merita un approfondimento nel prosieguo della trattazione, è l'apparente «spreco» di attività giurisdizionale che sembra esserci intraprendendo la strada del procedimento di cui all'art. 19: attuato il meccanismo proprio dei procedimenti decisori sommari, più vicino a quello proprio del procedimento per convalida di licenza o sfratto che a quello per decreto ingiuntivo perché il provvedimento non può essere emesso senza che preventivamente venga instaurato il contraddittorio con la controparte, non si vede per quale motivo il provvedimento non dovrebbe passare in giudicato, come espressamente escluso dall'ultimo comma dell'art. 19. Instaurato il contraddittorio, ove risulti «evidente» la ragione del ricorrente o perché il convenuto non si è costituito ed allora la sua contumacia viene ad assumere il significato di *ficta confessio*⁸, non diversamente da quanto avviene nel giudizio for-

⁸ Non sembra potersi negare l'applicazione della disciplina speciale dettata dall'art. 13, inserito nell'ambito del procedimento c.d. formale, per usare la terminologia di TISCINI, *op. cit.*, p. 188, in particolare nota 15, finalizzata alla distinzione del giudizio speciale societario a cognizione piena dal processo ordinario disciplinato dal secondo libro del codice di procedura civile.

Non sembra che possa essere posta in dubbio l'applicazione della disciplina speciale dettata per il procedimento societario a cognizione piena, piuttosto che di quella dettata per il procedimento

male, o perché le sue contestazioni non appaiono fondate a prima vista e, contemporaneamente ed inscindibilmente, i fatti costitutivi del diritto appaiono fondati senza che siano necessarie lunghe e complesse indagini affinché il giudice arrivi ad una conclusione in tal senso – altrimenti, per non frustrare lo spirito del procedimento, al giudice non rimarrebbe altra alternativa che quella di cui al 3° comma, art. 19 – e, quindi, il giudice accolga il ricorso dell'avente diritto, non si vede per quale motivo il provvedimento non dovrebbe passare in giudicato, una volta che il resistente soccombente abbia scelto di non instaurare il giudizio di opposizione, sia pure sotto forma d'appello, rinunciando scientemente a tutta la cognizione sommaria, analogamente a quanto avviene nei procedimenti che comunemente sono ritenuti decisori sommari.

Se fosse stato ipotizzabile il passaggio in giudicato del provvedimento emesso dal giudice *ex art.* 19, 2° comma, allora a quel punto ci si sarebbe potuti interrogare sull'adeguatezza o meno dell'appello a fungere da «rimedio» avverso la sommarietà del giudizio di primo grado a seguito della reazione del resistente soccombente; si sarebbe potuta ipotizzare l'integrazione dell'atto introduttivo con un avvertimento al legittimato passivo sulle conseguenze della sua contumacia nonché della sua mancata reazione attraverso l'appello al provvedimento, sommarientemente adottato, che accolga il ricorso dell'avente diritto.

Tutto ciò non è ipotizzabile per l'espresso disposto dell'art. 19, ultimo comma.

Né sembra che si possa prendere seriamente in considerazione la possibilità che il legislatore abbia voluto consacrare, con il riferimento all'art. 2909, la teoria della preclusione *pro iudicato*⁹, nonostante questa ipotesi sia stata avanzata in dottrina¹⁰.

Nei successivi paragrafi si spiegherà più ampiamente perché si ritiene che tale

ordinario dal c.p.c., nel momento in cui si debba procedere all'integrazione di quella propria del rito sommario: trattasi di una normativa speciale che prevale su quella generale.

Per un approfondimento sul significato della contumacia nel nuovo diritto societario si veda: SASSANI, *Contumacia dell'attore e del convenuto; rilevabilità dell'inammissibilità di allegazioni, istanze, istruttorie e produzioni documentali*, in *La riforma delle società*, cit., p. 140 ss.

⁹ Così: ARIETA-DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, cit., p. 376 ss.; CAPPONI, *Il procedimento sommario di cognizione*, cit., p. 16 ss.; CAVALLINI, *Il procedimento sommario di cognizione nelle controversie societarie*, cit., p. 14; RONCO, *Del procedimento sommario di cognizione*, cit., p. 557 ss.

¹⁰ REDENTI, *Diritto processuale civile*, Milano, 1957, III, p. 46 ss.; GIUDICEANDREA, *Il procedimento per convalida di sfratto*, Torino, 1956, p. 236 ss.; ID., *Convalida di sfratto (procedimento per)*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1959, p. 796; MONTESANO, *Luci ed ombre in leggi e proposte di «tutele differenziate» nei processi civili*, Relazione al XIII Convegno Nazionale dell'Associazione tra studiosi del processo civile, in *Riv. dir. proc.*, 1979, p. 592 ss., in partic. p. 597 ss.; ID., «Dovuto processo» su diritti incisi da giudizi camerali e sommari, in *Riv. dir. proc.*, 1989, p. 934; ID., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1995, p. 220 ss.

L'essenza di questa teoria risiederebbe nell'impossibilità di desumere dal decreto ingiuntivo non opposto piuttosto che dall'ordinanza di convalida effetti o conseguenze che vadano oltre i limiti della protezione di quanto conseguito o conseguibile in via di esecuzione, per modo che sarebbe escluso il formarsi del giudicato implicito ovvero gli accertamenti incidentali.

ipotesi non sia accoglibile in relazione alla stabilità attribuibile ai provvedimenti adottati al termine di un procedimento decisorio sommario e, quindi, anche in relazione al provvedimento di cui all'art. 19, 3° comma.

L'unica ipotesi che, a prima vista, sembra essere praticabile è quella che vuole tale provvedimento appartenente alla categoria degli accertamenti con prevalente funzione esecutiva, volti a fornire il titolare del diritto in tempi brevi di uno strumento idoneo a dar inizio all'esecuzione forzata analogamente a quanto avviene per i titoli di formazione stragiudiziale¹¹.

Questa rapida rassegna dei problemi che pone il nuovo procedimento sommario inserito nella disciplina speciale societaria consente di fissare i punti che si vogliono approfondire:

- il ruolo della cognizione sommaria nell'attuale sistema processual-civilistico, ed, in particolare, la collocazione del nuovo procedimento sommario nell'ambito di questa categoria, ove si ritenga possibile un inquadramento secondo le tradizionali classificazioni dogmatiche;
- i caratteri della cognizione sommaria nel procedimento in esame;
- gli effetti del provvedimento conclusivo;
- i rimedi esperibili contro di esso, ove il giudice accolga il ricorso ovvero ove lo respinga;
- i caratteri dello specifico mezzo di opposizione o critica avverso il provvedimento di accoglimento, avente la forma dell'appello;
- infine un confronto con l'esperienza straniera del *référé*, anche ai fini dell'esatta collocazione dell'istituto italiano.

2. *La cognizione sommaria nell'attuale sistema processuale civile alla luce dei principi costituzionali*

Lo studio di questo procedimento anomalo, che alberga nell'ambito della nuova disciplina del processo societario, proprio perché consente di ottenere un titolo esecutivo in breve tempo ed a prescindere da qualsiasi legame con la cognizione ordinaria, sia temporale che logico, e quindi con il giudicato, impone, prima di passare all'individuazione del ruolo della cognizione sommaria nel sistema processual-civilistico attuale, di fissare quello della cognizione piena.

È necessario rispondere ad una domanda prima di tutto: ancor oggi si può ritenere che la maggiore garanzia a cui possa aspirare chi agisce o si difende in giudizio sia una statuizione del giudice adottata in un procedimento che possa definirsi a cognizione piena o che comunque sia idoneo, attraverso l'opposizione del

¹¹ Si veda in particolare: CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1928, par. 8-bis, p. 196 ss., *Gli accertamenti con prevalente funzione esecutiva*; PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2002, p. 548, 597, 670, 675, 679 ss., 694 ss.; ID., *La nuova disciplina del processo societario (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2003, V, c. 1 ss., in partic. c. 14.

soggetto passivo del rapporto, a divenire tale, ovvero che l'unico obiettivo del titolare del diritto possa essere quello di ottenere un titolo esecutivo, anche precario, purché si possa in qualche modo accedere all'esecuzione forzata?

Insomma si va verso un sistema in cui a chi vanta un diritto leso, prima del positivo esperimento di un processo a cognizione piena, è consentito conseguire risultati pratici a cui il soggetto passivo in un secondo momento si debba affannare a porre rimedio istaurando egli stesso un autonomo processo a cognizione piena?

Stabilendo la giusta collocazione della cognizione piena idonea al giudicato, si può utilizzare come punto fermo, come costante termine di riferimento per determinare pure la collocazione di un procedimento sommario, non cautelare né tanto meno decisorio.

2.1. *Il persistente primato del giudicato, indissolubilmente legato alla cognizione piena, quale aspirazione ultima di chi contende su diritti soggettivi lesi o rimasti inattuati: i principi relativi al giusto processo civile naturalmente destinato a concludersi con il giudicato*

Qualsiasi nuova riflessione di chi scrive intorno alla cognizione piena non può che partire dai risultati conseguiti al termine del seminario di studi presieduto dal Prof. L. Lanfranchi, intorno al giusto processo civile ed ai procedimenti decisorii sommari¹².

Questo punto di partenza presuppone la metabolizzazione dei risultati già raggiunti da dottrina e giurisprudenza prima di quell'evento e la considerazione delle successive riflessioni, compiute alla luce dell'entrata in vigore del nuovo art. 111¹³, che ha fissato nella Costituzione i principi del giusto processo¹⁴, e da cui sono desumibili i principi relativi al giusto processo civile.

¹² LANFRANCHI (a cura di), *Giusto processo civile e procedimenti decisorii sommari*, Torino, 2001. Il volume raccoglie un saggio del curatore e tutti gli interventi, in ordine cronologico, dei partecipanti al Seminario il cui tema era «La garanzia costituzionale del processo civile e la tutela dei diritti soggettivi». Il Seminario ha avuto luogo presso l'Istituto di Diritto processuale civile della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma «La Sapienza», nel corso dell'anno accademico 1998 - 1999.

¹³ L. cost. 23 novembre 1999 n. 2, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale del 23 dicembre 1999, n. 300.

¹⁴ Per approfondimenti si veda in dottrina: BOVE, *L'art. 111 Cost. e «giusto processo civile»*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 479 ss.; CARRATTA, *I procedimenti camerale-sommari in recenti sentenze della Corte costituzionale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, p. 934 ss.; ID., *La procedura camerale come «contenitore neutro» e l'accertamento dello status di figlio naturale dei minori*, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, p. 1300 ss.; ID., *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, Torino, 1997; CERINO CANOVA, *Sul contenuto delle sentenze non definitive di merito*, in *Riv. dir. proc.*, 1971, p. 255 ss.; ID., *Correzione del progetto di divisione dichiarato esecutivo*, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, p. 201 ss.; ID., *La garanzia costituzionale del giudicato civile (meditazione sull'art. 111, 2° comma)*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, p. 395 ss.; ID., *Vendita forzata ed effetto traslativo*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, I, p. 137 ss.; ID., *Vendita forzata*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989; ID., *Vendita forzata*, in *Studi di diritto processuale civile*, Padova,

La statuizione sulla propria domanda mediante un provvedimento idoneo al passaggio in giudicato si deve ritenere ancor oggi la più alta aspirazione di colui che agisce in giudizio.

1992, p. 686 ss.; ID., *Per la chiarezza delle idee in tema di procedimento camerale e di giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1987, I, p. 431 ss.; ID., *Commento all'art. 17, l. n. 184 del 1983*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, diretto da G. Cian-G. Oppo-A. Trabucchi, Padova, 1993, p. 181 ss.; ID., *Commento all'art. 21, l. n. 184 del 1983*, id., p. 228 ss.; ID., *Commento all'art. 26, l. n. 184 del 1983*, id., p. 319 ss.; ID., *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, in *Commentario al codice di procedura civile*, diretto da Allorio, II, 1, Torino, 1991, p. 44 ss.; CHIARLONI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 1010 ss.; ID., *La crisi della giustizia civile e i rimedi possibili nella prospettiva comparata*, in *Questioni giustizia*, 1999, p. 1013 ss.; CIPRIANI, *Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2002, p. 1244 ss.; ID., *Il processo civile italiano tra revisionisti e negazionisti*, in *Foro it.*, 2002, V, c. 24 ss.; CIVININI, *Quale futuro per il processo civile italiano?*, id., c. 30 ss.; CONSOLO, *Esercizi imminenti sul c.p.c.: metodi asistemati e penombre*, in *Corriere giur.*, 2002, p. 1541 ss.; ID., *Il giudice «terzo» e «imparziale»*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il «Giusto processo» in materia civile*, a cura di CAPPONI e V. VERDE, p. 73 ss.; CONSOLO, *Un giudice specializzato e vari nuovi riti per le liti societarie?*, in *Corriere giur.*, 2000, p. 566 ss.; DENTI, *Note sui provvedimenti non impugnabili nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1954, p. 10 ss.; ID., *La giurisdizione volontaria rivisitata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1987, 325 ss.; ID., *I procedimenti camerali come giudizi sommari di cognizione: problemi di costituzionalità ed effettività della tutela*, id., 1990, 1097 ss.; FAZZALARI, *Cosa giudicata e convalida di sfratto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1956, p. 1305 ss.; ID., *Giurisdizione volontaria*, Padova, 1953; ID., *Procedimento camerale e tutela dei diritti*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, p. 909 ss.; LANFRANCHI, *Riflessioni «de iure condito» e «de iure condendo» sulla tutela cognitiva ordinaria e sommaria*, in *Riv. giur. lav.*, 1982, p. 7 ss.; ID., *I rimedi endofallimentari*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, p. 1066 ss.; ID., *La roccia non incrinata*, Torino, 1999, in particolare: *Profili Sistemati dei procedimenti decisori sommari*, p. 19 ss., già in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1987, p. 88 ss.; *I procedimenti camerali decisori nelle procedure concorsuali e nel sistema della tutela giurisdizionale dei diritti*, p. 99 ss., già in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1989, p. 905 ss.; *Cameralizzazione del giudizio sui diritti*, p. 157 ss., già in *Giur. it.*, 1989, IV, c. 33 ss.; *Il ricorso straordinario inesistente e il processo dovuto ai diritti*, p. 291 ss., già in *Giur. it.*, 1993, IV, c. 521 ss.; ID., *«Pregiudizi illuministici» e «Giusto processo» civile*, in *Giusto processo civile e procedimenti decisori sommari*, cit., p. 1 ss.; ID., *«Giusto processo» civile e riforme incostituzionali*, nella seconda edizione ampliata de *«La roccia non inclinata»*, Torino, 2004, p. 579 ss.; MONTESANO, *Procedimenti sommari*, in *Riv. dir. proc.*, 1953, II, p. 74 ss.; ID., *Luci ed ombre in leggi e proposte di «tutele differenziate» nei processi civili*, Relazione al XIII Convegno Nazionale dell'Associazione tra studiosi del processo civile, in *Riv. dir. proc.*, 1979, p. 592 ss.; ID., *«Dovuto processo» su diritti incisi da giudizi camerali e sommari*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, p. 934; ID., *«Pubblico» e «privato» in norme del codice in norme del codice sulla tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, p. 1011 ss.; ID., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, II, Torino, 1995; ID., *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di «terza via»*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 929 ss.; OLIVIERI, *La «ragionevole durata» del processo di cognizione (qualche considerazione sull'art. 111, 2° comma, Cost.)*, in *Foro it.*, 2000, V, c. 251 ss.; PROTO PISANI, *Sulla tutela differenziata*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, p. 536 ss.; ID., *Il procedimento per convalida di sfratto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1988, p. 1354 ss.; ID., *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. c.p.c.: appunti sulla tutela giurisdizionale dei diritti e sulla gestione di interessi devoluta al giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 393 ss.; ID., *La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità. Strumenti e tecniche di tutela*, in *Foro it.*, 1990, V, c. 1 ss.; ID., *Attualità e prospettive per il processo civile*, in *Foro it.*, 2002, V, c. 1 ss.; ID., *l'istruzione nei procedimenti sommari*, id., c. 17 ss.; ID., *appunti sul valore della cognizione piena*, id., c. 65 ss.; SASSANI, *La ragionevole durata del processo*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il «Giusto processo» in materia civile*, cit., p. 85 ss.; TARZIA, *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 2 ss.; TROCKER, *Il nuovo articolo 111 della Co-*

Questo potrebbe ritenersi un punto fermo di tante disquisizioni intorno al processo ed al giudicato, ma quello su cui a lungo è continuato il disaccordo sono i caratteri della cognizione che poteva condurre a tale risultato, ed, a monte, i caratteri della cognizione che possa dirsi piena.

Molto prima dell'entrata in vigore del nuovo art. 111 ci si chiese quali fossero i tratti essenziali del giusto processo la cui conclusione potesse portare al giudicato.

Per lungo tempo la Cassazione¹⁵ ha ritenuto che l'omonimo ricorso fosse

stituzione e il «giusto processo» in materia civile: profili generali, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2001, p. 381 ss.

Per quanto riguarda la giurisprudenza della Corte costituzionale si ritengono importanti per l'argomento trattato le seguenti sentenze: Corte cost. 18 marzo 1957, n. 46, in *Foro it.*, 1957, I, c. 1575 ss.; Id. 22 novembre 1962, n. 93, id., 1962, I, c. 2161 ss.; Id. 9 luglio 1963, n. 118, id., 1963, I, c. 1608 ss.; Id. 9 luglio 1965, n. 70, id., 1965, I, c. 1396 ss.; Id. 3 giugno 1966, id., 1966, I, 991 ss.; Id. 27 giugno 1968, n. 74, id., 1968, I, 1344 ss.; Id. 5 luglio 1968, n. 87, id., 1968, I, c. 2024 ss.; Id. 16 luglio 1970, n. 141, id., 1970, I, c. 2038 ss.; Id. 18 maggio 1972, n. 89, id., 1972, I, c. 1525 ss.; Id. 27 giugno 1972, n. 114, id., 1972, I, c. 2357 ss.; Id. 22 maggio 1974, n. 140, id., 1974, I, c. 1545 ss.; Id. 10 luglio 1975, n. 202, id., 1975, c. 1575 ss.; Id. 20 maggio 1976, n. 120, id., 1976, I, c. 1414 ss.; Id. 23 aprile 1978, n. 146, id., 1978, I, c. 1347 ss.; Id. 23 marzo 1981, n. 42, id., 1981, I, c. 1228 ss.; Id. 28 giugno 1985, n. 190, id., 1985, I, c. 1881 ss.; Id. 22 maggio 1987, n. 181, id., 1987, I, c. 1962 ss.; Id. 21 aprile 1989, n. 239, id., 1990, I, c. 375 ss. Vedi anche le successive: Corte cost. 5 dicembre 1990, n. 537, id., 1990, I, c. 1386 ss.; Id. 29 maggio 1991, n. 218, id., 1991, I, c. 2300 ss.; Id. 29 aprile 1993, n. 201, id., 1994, I, c. 3578 ss.; Id. 24 febbraio 1995, n. 57, id., 1995, I, c. 2407 ss.; Id. 6 aprile 1995, n. 110, id., 1995, I, c. 1405 ss.; Id. 18 dicembre 1995, n. 595, id., 1996, I, c. 783 ss.; Id., 10 novembre 1999, n. 427, id., 2000, I, c. 746 ss.

¹⁵ Con la storica sentenza 30 luglio 1953, n. 2593, in *Foro it.*, 1953, I, c. 248 ss., le Sezioni Unite diedero inizio al dibattito sulla idoneità o meno della cognizione sommaria, il cui paradigma si ritenne il procedimento in camera di consiglio, a fondare un provvedimento decisorio su diritti e perciò idoneo al giudicato. La sentenza prende in considerazione il procedimento di liquidazione degli onorari di procuratori ed avvocati disciplinato dagli artt. 28-93, l. n. 794 del 1942, il cui provvedimento conclusivo, pur avendo forma di ordinanza, sarebbe, come tutti i provvedimenti aventi forma diversa dalla sentenza che definiscano l'intero giudizio ovvero risolvano questioni inerenti al merito o al processo, ricorribile in cassazione ex art. 111, 2° comma, Cost. Infatti, la funzione dell'art. 111, sarebbe quella di rendere accessibile alle parti pregiudicate dal provvedimento decisorio, adottato in un unico grado, spesso sommario, la più importante delle impugnazioni, quando sia loro preclusa dal legislatore ordinario. Se così non fosse, la forma dell'ordinanza o del decreto, data a provvedimenti aventi contenuto decisorio, costringerebbe a rinunciare, oltre che alle più ampie garanzie formali della sentenza, anche al controllo sulla giustizia e sulla legalità del provvedimento. Al contrario, un'interpretazione restrittiva dell'art. 111, 2° comma, Cost. si risolverebbe rispetto a leggi precedenti alla Costituzione, nell'applicazione del precetto costituzionale in dipendenza di un elemento secondario e accidentale: la prescrizione della forma dell'ordinanza o del decreto, rivolta a fini indipendenti da quelli propri dell'art. 111, 2° comma e ignorati dal legislatore precedente; in relazione, poi, a leggi successive alla Costituzione, porrebbe nelle mani del legislatore ordinario lo strumento per rendere non impugnabili provvedimenti a contenuto decisorio.

Si veda anche: Cass., Sez. un., 5 maggio 1951, n. 1061, in *Giur. it.*, I, 1, c. 529 ss.; Id., 5 maggio 1953, n. 524, in *Mass.*, 1953, n. 121; Id., 8 novembre 1976, n. 4076, in *Rep. Foro it.*, voce *Acque pubbliche*, 1976, n. 106; Id., 19 gennaio 1979, n. 387, id., *Rep.*, id., 1979, n. 8; Id. Sez. un., 23 ottobre 1980, n. 6220, in *Foro it.*, 1980, I, c. 3278 ss.; Id., 21 novembre 1986, in *Rep. Foro it.*, voce cit., n. 102; Id., 7 giugno 1991, n. 6495, *Foro it.*, 1991, I, c. 1257 ss.; Id., 1 aprile 1992, n. 3916, id., 1992,

l'unica garanzia che dovesse essere assicurata ai fini del passaggio in giudicato, usando il ricorso straordinario come rimedio alle carenze di procedimenti esclusivamente sommari; sulla stessa lunghezza d'onda sembrava fosse la Corte costituzionale che ha sempre affermato che l'adozione della procedura camerale in presenza di elementi contenziosi non fosse di per sé in contrasto con l'art. 24 della Costituzione, rispondendo piuttosto a criteri di politica legislativa, inerenti alla valutazione che il legislatore compie circa l'opportunità di adottare determinate forme processuali in relazione alla natura degli interessi da regolare, così da sfuggire al sindacato della Corte ove non violi specifici precetti costituzionali e non sia viziata da irragionevolezza¹⁶.

Nonostante queste affermazioni di principio la Corte costituzionale¹⁷ ha

I, c. 709 ss.; Id., 6 maggio 1992, n. 5358, in *Giur. it. Mass.*, n. 1992; Id., 16 maggio 1992, n. 5846, id., n. 1992; Id., 21 agosto 1992, n. 9726, id., n. 1992; Id., 14 novembre 1992, n. 12241, id., n. 1992; Id., Sez. un., 19 giugno 1996, n. 5629, in *Giur. it.*, I, c. 1300 ss.; Cass., 15 luglio 1999, n. 401, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, n. 1639; Id., Sez. un., 27 maggio 1999, n. 299, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, n. 1188.

Seconda la più recente giurisprudenza il ricorso straordinario in Cassazione è proponibile limitatamente al solo vizio di violazione di legge, il quale, con riferimento all'inosservanza dell'obbligo di motivazione su questioni di fatto, è configurabile soltanto nel caso della mancanza della motivazione, la quale ricorre, oltre che nell'ipotesi di totale omissione, allorché la motivazione si articola in argomentazioni inidonee a rivelare la "ratio decidendi" o fra di loro logicamente inconciliabili ovvero perplesse od obbiettivamente incomprensibili (cosiddetta motivazione apparente), mentre non è configurabile allorché si solleciti il controllo in ordine alla sufficienza e razionalità della motivazione con riguardo alle risultanze probatorie. Così Cass., Sez. un., 27 maggio 1999, n. 299, cit.

Per una panoramica sulla dottrina favorevole a tale orientamento giurisprudenziale si veda: DENTI, *Note sui provvedimenti non impugnabili nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1954, p. 10 ss.; Id., *La giurisdizione volontaria rivisitata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1987, p. 325 ss.; Id., *I procedimenti camerale come giudizi sommari di cognizione: problemi di costituzionalità ed effettività della tutela*, id., 1990, p. 1097 ss.; MANDRIOLI, *La nozione di sentenza nell'art. 111 della Costituzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, p. 383 ss.; Id., *Sulla pretesa impugnabilità ex art. 111 Cost. dei provvedimenti che introducono l'amministrazione controllata e il concordato preventivo*, id., 1970, p. 209 ss.; CERINO CANOVA, *La garanzia costituzionale del giudicato civile (meditazione sull'art. 111, 2° comma)*, cit., p. 395 ss., accolse favorevolmente l'interpretazione che la Corte di Cassazione diede dell'art. 111, 2° comma, esprimendo i propri dubbi esclusivamente sulle applicazioni legate al concetto di sentenza intesa come «qualsiasi provvedimento che incida su diritti»; in uno scritto più recente, Id., *Commento all'art. 26, l. n. 184 del 1983*, cit., p. 319 ss., lo stesso Autore ha rimproverato alla Corte di Cassazione di aver utilizzato il ricorso straordinario come «un semplice paravento» per porre rimedio alla carenza di garanzie nel procedimento di merito.

Si veda *contra*: LANFRANCHI, del quale si vedano gli scritti sopra citati; MONTESANO, «*Dovuto processo*», cit., 923 ss.; PROTO PISANI, *Usi e abusi*, cit., 402 ss.; CERINO CANOVA, *Commento all'art. 17 l. n. 184 del 1983*, cit., 181 ss.; Id., *Commento all'art. 21, l. n. 184 del 1983*, cit., p. 228 ss.; Id., *Commento all'art. 26, l. n. 184 del 1983*, cit., p. 319 ss.; CARRATTA, *La procedura camerale come «contenitore neutro» e l'accertamento dello status di figlio naturale dei minori*, cit., c. 1300 ss.

¹⁶ Così: Corte cost. 16 luglio 1970 n. 141, cit.; Id. 14 dicembre 1989 n. 54, cit.

¹⁷ La Corte costituzionale (1 marzo 1973 n. 22; 6 dicembre 1976 n. 238) ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 28, 29 e 30 della l. 13 giugno 1942 n. 794 in relazione agli artt. 3 e 24 Cost., ma perché ha riconosciuto come nella sua effettiva applicazione, at-

compiuto un intenso lavoro interpretativo per trasformare il rito camerale in un procedimento idoneo ad accogliere la cognizione su diritti, per questo non si può che essere concordi con chi¹⁸ ha costantemente sostenuto che al di là delle affermazioni di principio la Corte costituzionale si sia nella sostanza allineata con quella parte della dottrina che sostiene la necessità della correlazione tra almeno un grado di giudizio a cognizione piena ed il giudicato, oltre la possibilità del ricorso in cassazione.

traverso una provvida elaborazione giurisprudenziale, il provvedimento ha assunto contenuto non divergente dalle linee fondamentali del processo civile, in aderenza allo spirito dell'art. 24 Cost.; ha riconosciuto costituzionalmente illegittimo l'art. 713, 1° comma, secondo periodo c.p.c. nella parte in cui permetteva al tribunale di rigettare la domanda di interdizione e di inabilitazione senza istituire il contraddittorio con la parte istante, ove il pubblico ministero ne avesse fatto richiesta (Corte cost. 5 luglio 1968 n. 87); ha espunto dal testo dell'art. 9, 2° comma, l. n. 898 del 1970 l'inciso «assunte informazioni», nella parte in cui non consentiva il normale esercizio della facoltà di prova, proprio perché tale mezzo di indagine «...consiste tradizionalmente nell'acquisizione di dati forniti a richiesta dalla polizia giudiziaria o dalla pubblica amministrazione.» (Corte cost. 10 luglio 1975 n. 202); ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 26, r.d. 16 marzo 1942 n. 267, nella parte in cui assoggettava a reclamo al tribunale i provvedimenti decisori emessi dal giudice delegato in materia di piani di riparto dell'attivo poiché la stessa struttura del procedimento di reclamo ex art. 23 e 26 non era in grado di assicurare adeguata tutela giurisdizionale dei diritti soggetti coinvolti, data la sommarietà del procedimento, che prevedeva la facoltà e non l'obbligo di sentire le parti in camera di consiglio (Corte cost. 23 marzo 1981, n. 42); così ha riconosciuto costituzionalmente legittima la disposizione di cui all'art. 4, 12° comma, l. n. 898 del 1970, come modificato dalla l. n. 74 del 1987, che contiene un richiamo alle disposizioni comuni ai procedimenti in camera di consiglio, perché rispondente a «criteri di politica legislativa», ma lo ha integrato per conformarlo alle esigenze di cui all'art. 24 Cost. (In particolare, i termini per impugnare sarebbero quelli ordinari: «... la circostanza che l'appello debba seguire il rito camerale attiene alla forma da seguire, senza incidere sui termini da osservare»; per quel che concerne l'atto introduttivo ha specificato che ha la forma è del ricorso, a cui dovrà seguire il decreto presidenziale di fissazione della prima udienza, e che il termine di cui all'art. 324 c.p.c. deve essere osservato per il solo deposito del ricorso e non anche per la notifica del decreto, perché il momento dell'emanazione di questo sfugge alla volontà dell'appellante; per quel che riguarda la successiva notificazione del decreto presidenziale, l'appellante dovrebbe attenersi al termine stabilito dal giudice nel rispetto dell'esigenza di celerità, che il Legislatore ha inteso perseguire mediante la previsione del rito camerale; non ha giudicato violato «il principio del contraddittorio» «sia per la generale applicabilità dell'art. 101 c.p.c., sia perché in grado di appello il relativo giudizio non potrebbe non svolgersi che nei confronti dei medesimi soggetti che sono già stati parti del giudizio di primo grado», non accompagnando però quest'affermazione con l'indicazione del mezzo per salvaguardarlo; in ordine all'istruzione probatoria ha affermato che «quando si tratta di giurisdizione contenziosa devono essere rispettati i principi propri di essa», stemperando tuttavia tale affermazione con quella secondo cui, comunque, l'istruttoria del giudizio d'appello ha carattere integrativo di quella di primo grado, andando a completare il diritto di prova, che avrebbe già avuto modo di esplicarsi nel giudizio di primo grado: ha ammesso la possibile assunzione di qualsiasi tipo di prova, ponendo come vincolo esclusivamente la compatibilità con il rito camerale e con il principio dell'idoneità degli atti al raggiungimento dello scopo) (sent. 14 dicembre 1989, n. 543 e 23 dicembre 1989, n. 573).

Per ulteriori approfondimenti in ordine alla giurisprudenza della Corte costituzionale si rinvia alle sentenze citate in nota 14.

¹⁸ Così LANFRANCHI, *La roccia non incrinata*, cit., p. 66 ss.; ID., «*Pregiudizi illuministici*» e «*Giusto processo*» civile, cit., p. 3

La Corte di Cassazione si è avvicinata a queste posizioni con la storica sentenza che ha definito la procedura camerale come «contenitore neutro»¹⁹, imperfetta operazione di *maquillage normativo*, che, nonostante le critiche ricevute in dottrina²⁰, riveste una certa importanza per la presa di coscienza che la Corte

¹⁹ Cass. 19 giugno 1996 n. 5629, cit.

Con la detta sentenza le Sezioni Unite hanno risolto due problemi, sorti all'interno della giurisprudenza della I^a Sezione della Cassazione: l'uno a proposito della procedura da applicare alla dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità naturale in caso di minori, l'altro relativamente all'ammissibilità per i processi a trattazione collegiale della delega del collegio ad uno dei suoi componenti per l'assunzione delle prove.

Il primo problema è emerso quando l'art. 68 della l. 4 maggio 1983, n. 184 ha riformato il 1° comma dell'art. 38 disp. att. c.c., attribuendo alla competenza del tribunale per i minori l'accertamento dello *status* di figlio naturale in caso di minori. Questo è accaduto perché l'intervento riformatore ha lasciato inalterato il 3° comma dello stesso articolo, che stabilisce «In ogni caso il tribunale provvede in camera di consiglio sentito il pubblico ministero», non chiarendo se per l'accertamento dello status di figlio naturale del minore, che ha carattere contenzioso, si debba seguire la procedura camerale o quella ordinaria ex artt. 269 e ss. del codice civile.

Il secondo problema è invece emerso con una sentenza della I Sezione della Cassazione, 3 settembre 1994, n. 7629, in *Foro it.*, 1995, I, c. 2199 ss., che andando contro un consolidato orientamento della Corte, ha affermato la nullità assoluta per vizio di costituzione del giudice (art. 158 c.p.c.) del procedimento camerale, in cui vi sia stata la delega all'assunzione della prova ad un membro del collegio. La I Sezione del Supremo Collegio fonda questa sua conclusione sulla considerazione che, dal momento che procedura camerale presuppone la trattazione collegiale, per essa vale quanto la giurisprudenza della Cassazione ha stabilito per il rito del lavoro, anch'esso a trattazione collegiale, dove l'art. 437 c.p.c. espressamente dispone l'assunzione collegiale dei mezzi di prova.

Per quel che concerne la prima questione, le Sezioni Unite ritengono il procedimento di dichiarazione della paternità o della maternità naturale di minori a norma dell'art. 38 disp. att. c.c., come modificato dall'art. 221, l. 18 maggio 1975, n. 151 e dell'art. 68 della l. 4 maggio 1983, n. 184, sia sottoposto al rito camerale e che sia disciplinato dagli artt. 737 ss. c.p.c., tranne che per i termini dell'impugnazione. Secondo questa, poiché la decisione di merito che pone termine al procedimento ha forma di sentenza (art. 277 c.c.), che, dichiarando la filiazione naturale, incide su diritti soggettivi, creando un vero e proprio *status* familiare, i termini per appellare non possono essere che quelli di dieci giorni previsti dall'art. 739, 2° comma, c.p.c., ma necessariamente quelli propri delle sentenze di rito ordinario, prescritti dagli artt. 325, 326 e 327 c.p.c. Ne deriva che, essendo la forma dell'appello quella del ricorso e non della citazione, stante la previsione generale di cui all'art. 737 c.p.c., il termine breve per appellare è rispettato con il deposito in cancelleria del ricorso entro trenta giorni dalla notifica della sentenza.

Per quel che concerne il problema della delegabilità dei mezzi istruttori la Corte rileva che il processo camerale ha sempre consentito la delega ad un giudice del collegio delle inchieste sommarie ex art. 274 c.c., in applicazione del principio generale, secondo cui un giudice può essere delegato dal collegio alla raccolta di elementi probatori da sottoporre, successivamente, alla piena valutazione dell'organo collegiale. Un siffatto principio, in mancanza di esplicite norme contrarie, non può non valere anche nell'ipotesi di procedimento camerale applicato ai diritti, per quelle ragioni di celerità e sommarietà delle indagini, cui tale tipo di procedimento è ispirato. Del resto, la Cassazione mette in evidenza il fatto che la delega non concerne l'ammissibilità delle prove, demandata al giudice collegiale, che è il solo a poterne valutare l'ammissibilità e la rilevanza, bensì la loro mera assunzione, attribuita dallo stesso collegio ad uno dei suoi componenti, che, incaricato della raccolta degli elementi probatori, dovrà poi rimmetterli all'organo collegiale per la definitiva valutazione.

²⁰ In particolare CARRATTA, in nota alla sentenza stessa.

compie in ordine alla necessità di una certa qualità della cognizione ogni qual volta ci si trovi a contendere su diritti soggettivi o *status*.

Ma al di là delle enunciazioni di principio della Cassazione, come può avvenire in concreto la trasformazione di un procedimento sommario, in particolare del procedimento di cui agli artt. 737 ss. c.p.c., in un procedimento idoneo alla tutela dei diritti?

Proto Pisani in un recente scritto²¹ ha mirabilmente riassunto i tratti salienti della tecnica del processo a cognizione piena, caratterizzata dalla: predeterminazione legale delle forme e dei termini nonché dei corrispondenti poteri, doveri, facoltà delle parti e del giudice in riferimento all'allegazione in punto di domande, eccezioni e fatti che ne costituiscono il fondamento, alla tipicità dei mezzi di prova, alla predeterminazione delle formalità di formazione fuori dal processo delle prove precostituite e delle modalità di assunzione delle prove costituende entro il processo e dei soggetti su iniziativa dei quali le prove possono essere acquisite, ai termini a difesa delle parti nella fase introduttiva, nel corso e nella fase decisoria del giudizio; dalla realizzazione piena del contraddittorio in forma anticipata, per cui il provvedimento del giudice può essere emanato solo se viene garantita a ciascuna delle parti la possibilità di far valere tutte le proprie difese.

Questi caratteri del processo civile consentono di culminare nel giudicato.

È stato messo in evidenza²² come la stabilità propria della cosa giudicata formale sia una conseguenza della consumazione dell'azione, ma non possa giustificare l'estensione degli effetti del giudicato al di fuori dei limiti della domanda e a soggetti diversi da quelli tra i quali il giudizio si è svolto; gli effetti desumibili dall'art. 2909 c.c. non potrebbero che essere ricollegati all'espletamento della cognizione piena: il giudicato materiale *inter partes* ed *intra litem* troverebbe fondamento nella consumata azione, mentre il giudicato *extra partes* ed *ultra litem*, che andrebbe ad incidere su oggetti diversi dalla domanda introduttiva, nella fiducia risposta dal legislatore nella giustizia della sentenza, dovuta al fatto che essa viene resa al termine di un giudizio a cognizione piena²³.

²¹ PROTO PISANI, *L'istruzione nei procedimenti sommari*, cit., c. 17 ss.; ID., *Appunti sul valore della cognizione piena*, cit., c. 65 ss.

²² MONTESANO, *Luci ed ombre in leggi e proposte di «tutele differenziate» nei processi civili*, cit., p. 592 ss., in partic. p. 597 ss.

²³ Questo è il motivo per cui l'A. ritiene che tali effetti non possano conseguire ad un provvedimento sommariamente adottato sul tipo del decreto ingiuntivo non opposto: in questo caso non si sarebbe svolto nessun giudizio a cognizione piena, vi sarebbe unicamente la rinuncia ad essa da parte dell'intimato non opposti. Perciò il decreto ingiuntivo non opposto potrebbe aspirare esclusivamente ad una stabilità analoga a quella del giudicato.

Questa questione approfondita nel prosieguo della trattazione nel momento in cui verrà affrontato nello specifico il tema dei procedimenti decisori sommari.

2.2. *Il ruolo della cognizione sommaria non cautelare*

La disquisizione intorno ai principi del giusto processo è funzionale in primo luogo alla corretta sistemazione della cognizione sommaria non cautelare in armonia con essi, ed in secondo luogo a quella del procedimento in esame.

L'operazione che si vuole compiere è stabilire se di fronte ad un procedimento anomalo, come si vedrà di difficile collocazione nell'ambito delle categorie note, sia possibile considerarlo un'alternativa al giusto processo civile, qualora le parti decidano di rinunciare ad un accertamento capace di far stato sul dedotto ed il deducibile, ovvero se sia accettabile l'idea di un provvedimento dotato della sola efficacia esecutiva a tempo indeterminato.

Si ritiene utile operare una breve rassegna delle varie tipologie di procedimenti sommari non cautelari, evidenziando per ciascuna funzione, effetti e rapporti con la cognizione piena.

Chiovena²⁴ ha raggruppato nella categoria degli accertamenti con prevalente funzione esecutiva tutti i casi in cui l'esecutorietà sia la conseguenza di una cognizione non definitiva. Questa impostazione ha portato l'A. ad includervi provvedimenti con funzioni assai differenti tra di loro, i cui motivi e le cui modalità di deviazione dalla cognizione piena sono spiegati e congegnati in modo differente tra di loro.

L'A. opera un restringimento della cognizione ordinaria, includendo all'interno di questa categoria provvedimenti che alla luce dei progressi compiuti dal legislazione e dallo studio del diritto processuale civile non possono essere considerati tali: così le sentenze di primo grado che siano state dichiarate provvisoriamente esecutive.

Proto Pisani²⁵, che più tardi riprese la categoria, ha evidenziato la necessità di espungere da essa i provvedimenti aventi forma di sentenza, perché emanati al termine di una fase del procedimento che si sia svolta nelle forme della cognizione piena, con l'esclusione di ogni carattere sommario della cognizione.

Calamandrei²⁶ nel volume dedicato allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari ha individuato il carattere differenziale della tipologia degli accertamenti con prevalente funzione esecutiva nella provvisorietà degli stessi, contrappeso e temperamento dovuto al fatto che sono il frutto di una cognizione sommaria. Provvisorietà che va distinta dalla temporaneità, proprio per la tendenza del provvedimento sommariamente adottato a divenire definitivo, ove la parte soccombente non abbia interesse a provocare la cognizione sommaria: è evidente che l'A. aveva in mente solo i provvedimenti sommari decisori.

²⁴ CHIOVENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1940, I, p. 215 ss.; Id., *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1928, p. 196 ss.

²⁵ PROTO PISANI, *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, p. 536 ss., in partic. p. 571 ss.

²⁶ CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, p. 16 ss.

A differenza di Chiovenda che nel costruire la categoria vi include tutti i casi in cui sia possibile un'esecuzione scissa dal giudicato, a prescindere dalle caratteristiche della cognizione che abbia dato origine al provvedimento esecutivo, Proto Pisani prende in considerazione, ai fini della costruzione della medesima, solo i provvedimenti che siano il frutto di una cognizione sommaria perché parziale o perché superficiale. Coerentemente con il tipo di cognizione da cui scaturiscono tali provvedimenti possono rispondere ad una duplice funzione: evitare il costo del processo a cognizione piena in assenza di una contestazione effettiva; evitare l'abuso del diritto di difesa da parte del convenuto che abbia torto sulla base di una cognizione piena ma parziale.

Anche quest'ultimo A. compie l'errore di porre sullo stesso piano, provvedimenti che, seppur sommariamente adottati, siano idonei al giudicato perché basati su di una consapevole e volontaria rinuncia alla cognizione ordinaria e a tutti i suoi gradi di giudizio, e provvedimenti che proprio perché inseriti all'interno di un più ampio procedimento a cognizione piena, già pendente, sia idoneo ad acquistare e conservare la sola efficacia esecutiva e nient'altro.

Espunte dalla categoria le sentenze di primo grado provvisoriamente esecutive, altra tipologia di provvedimenti che vi viene inclusa sono le condanne con riserva delle eccezioni ovvero della domanda riconvenzionale²⁷, basate su di una cognizione sommaria esclusivamente perché incompleta. Tali provvedimenti, in cui si afferma l'esistenza di un diritto sulla base della cognizione completa relativamente ai fatti costitutivi e lesivi affermati dall'attore, sarebbero idonei a stabilire la sussistenza o meno del diritto oggetto del giudizio se non vi fossero le eccezioni del convenuto da esaminare: l'affermazione definitiva del diritto è possibile solo quando la condanna con riserva sia completata con il rigetto delle eccezioni riservate.

Secondo la ricostruzione di Chiovenda, quella che darebbe luogo alla condanna con riserva sarebbe un'azione speciale; l'attore verrebbe ad esercitare contemporaneamente quest'ultima e l'ordinaria azione, per modo che il giudizio verrebbe a svolgersi in due fasi: con la prima fase si esaurirebbe l'azione speciale; con la seconda fase, che null'altro sarebbe che una prosecuzione della prima, quella ordinaria. La prima azione sarebbe speciale perché non potrebbe coincidere con l'esistenza del credito, mentre la seconda ordinaria perché coincidente con essa²⁸.

²⁷ CHIOVENDA, *Azioni sommarie. La sentenza di condanna con riserva*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1930, p. 121 ss.; ID., *Condanne con riserva*, in *Istituzioni*, cit., p. 219 ss. Quali esempi di condanna con riserva vengono citati: le condanne con riserva nel processo cambiario e la condanna con riserva dell'eccezione di compensazione.

Per una panoramica sulle ipotesi di condanna con riserva presenti nel nostro ordinamento si veda: SCARSELLI, *La condanna con riserva*, Milano, 1989; PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 571 ss.

²⁸ CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, Torino, 1997, p. 442 ss., ha rilevato la mancanza di identità d'oggetto tra il provvedimento anticipatorio e quello anticipato; emblematico

La funzione della condanna generica sarebbe quella di evitare di consentire al convenuto che proponesse delle eccezioni pretestuose di lucrare sul tempo che fosse necessario per arrivare ad una sentenza definitiva. Per questo è stato giustamente evidenziata la necessità che il provvedimento contenga la condanna alle spese: in caso contrario verrebbe meno la sua funzione²⁹.

A. ritiene che il provvedimento di condanna con riserva sia tecnicamente idoneo al passaggio in giudicato formale, seppur inidoneo alla definitiva attribuzione di un bene.

Da parte di alcuni in dottrina³⁰ si considera che, basandosi la pronuncia su di una cognizione sommaria, il giudice all'atto dell'esame delle eccezioni o della domanda riconvenzionale possa nuovamente conoscere dell'intero oggetto del giudizio, inclusa la sussistenza ovvero la lesione del diritto fatto valere.

A questa posizione si predilige quella³¹ per cui avendo la cognizione sui fatti costitutivi e lesivi del diritto i caratteri propri della cognizione piena, seppur incompleta, il successivo giudizio debba avere ad oggetto solo la riserva e null'altro. Perciò la condanna con riserva sarebbe idonea al passaggio in giudicato esattamente così come pronunciata, sotto la condizione che la riserva venga sciolta favorevolmente per l'attore.

Apparentemente sotto il profilo funzionale questa tipologia di provvedimenti può essere accostata a quella dei provvedimenti anticipatori: anche in questo caso attraverso di essi potrebbe essere anticipata l'esecuzione a soddisfazione del diritto fatto valere prima ancora di un provvedimento che decida sull'esistenza di un credito. Il profilo sotto cui si verrebbero nettamente a differenziare sarebbe quello dell'oggetto del provvedimento anticipante rispetto al provvedimento anticipato: la condanna ha ad oggetto i fatti costitutivi e lesivi del diritto fatto valere, mentre il provvedimento che decide sulla riserva i fatti impeditivi, estintivi o modificati opposti alla domanda attorea ovvero i fatti costitutivi fondanti la domanda riconvenzionale; al contrario l'oggetto del provvedimento anticipatorio è perfettamente compreso in quello del provvedimento definitivo, che non fa che prevenire al ricorrere di determinati presupposti.

I fatti oggetto della condanna con riserva non potranno essere messi in discussione successivamente, se non attraverso gli ordinari mezzi di impugnazione, i cui termini inutilmente decorsi daranno luogo al passaggio in giudicato del provvedimento, anche se questo non sarà di per sé idoneo alla definitiva statuizione in ordine all'esistenza o meno del diritto fatto valere a causa della riserva; i provvedimenti anticipatori sono soggetti a revoca o modifica, perciò inidonei al

sarebbe il caso della condanna con riserva dell'eccezione di compensazione: la condanna con riserva viene pronunciata sulla base di un'azione volta alla condanna al pagamento di un credito; al contrario, la pronuncia sul credito opposto in compensazione è basata su di una differente azione, anch'essa di condanna ma con un differente oggetto.

²⁹ CHIOVENDA, *La sentenza di condanna con riserva*, cit., p. 145.

³⁰ Così MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1995, p. 235 ss.

³¹ Così CARRATTA, *op. cit.*, p. 443.

passaggio in giudicato formale e destinati ad essere assorbiti nel provvedimento anticipato³².

È opportuno prendere in considerazione immediatamente questa seconda tipologia di provvedimenti³³, anche se è stata elaborata dalla dottrina successiva, che ha cercato di renderla autonoma dai provvedimenti cautelari.

³² Parte della dottrina ha ritenuto che i fatti costitutivi oggetto della condanna con riserva, possano essere successivamente conosciuti anche all'atto della decisione della riserva: così MANDRIOLI, *Per una nozione strutturale dei provvedimenti anticipatori o interinali*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, p. 574; ID., *Diritto processuale civile*, I, p. 72; MONTESANO, *op. cit.*, p. 235; *contra* CARRATTA, *op. cit.*, p. 443.

Un provvedimento che viene identificato con una condanna con riserva è l'ordinanza di cui all'art. 665 c.p.c., relativamente alla quale la Corte di Cassazione, 4 marzo 1997, n. 1382, Id. 23 gennaio 1985, n. 293: «... il provvedimento con il quale ai sensi dell'art. 665 c.p.c. il pretore o il conciliatore ordina il rilascio dell'immobile locato con riserva delle eccezioni del convenuto, ha natura di ordinanza, che non definisce la causa, non ha natura sostanziale di sentenza né contiene per sua natura o funzione, una pronuncia implicita sulla competenza, ed è dichiarato dalla legge espressamente non impugnabile. Esso, quindi, non può essere direttamente investito da alcun mezzo di gravame, neppure ai sensi dell'art. 111 della Costituzione con ricorso per cassazione, essendo tale norma applicabile solo ai provvedimenti aventi natura di sentenza.

Inoltre, non ha efficacia sostanziale di giudicato, non risolvendo in modo definitivo un contrasto intorno ai diritti soggettivi in giudizio, bensì di una mera pronuncia provvisoria, con la consequenziale natura di ordinanza priva di valore decisionale ...».

CARRATTA, *op. cit.*, p. 444, ha incluso questo provvedimento, insieme al decreto ingiuntivo opposto provvisoriamente esecutivo, tra quelli anticipatori, compresi nel contesto di un più ampio procedimento a cognizione piena, destinati ad essere assorbiti nel provvedimento di merito che definisce il giudizio.

Secondo MERLIN, *L'ordinanza di pagamento delle somme non contestate*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, p. 1057 ss., si tratta di un provvedimento interinale, basato su di una cognizione sommaria, destinato ad essere assorbito nel provvedimento di merito che definisce il giudizio; solo la condanna generica in senso proprio, basata su di una cognizione piena relativamente ai fatti costitutivi del diritto sarebbe un provvedimento decisorio, seppur legato alla riserva per quel che concerne la definitiva attribuzione del diritto, e come tale idoneo al passaggio in giudicato.

³³ ATTARDI, *Le ordinanze di condanna nel giudizio di cognizione di primo grado secondo la nuova legge di riforma*, in *Giur. it.*, 1992, IV, c. 1 ss.; ID., *Le nuove disposizioni sul processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, p. 191 ss.; BALENA, *Le ordinanze anticipatorie di condanna*, in *La riforma del processo di cognizione*, Napoli, 1994, p. 255 ss.; CARPI, *I provvedimenti interinali di condanna, esecutorietà e tutela delle parti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1977, I, p. 615 ss.; CARRATTA, *Ordinanze anticipatorie di condanna*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1995; ID., *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, Torino, 1997; CIVININI, *Le condanne anticipate*, in *Foro it.*, 1995, I, c. 332 ss.; FRISINA, *La tutela anticipatoria profili funzionali e strutturali*, in *Riv. dir. proc.*, 1986, p. 364 ss.; MANDRIOLI, *Per una nozione strutturale dei provvedimenti anticipatori o interinali*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, p. 574; ID., *Le nuove ordinanze di pagamento e ingiuntionale nel processo ordinario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 644 ss.; MERLIN, *L'ordinanza di pagamento delle somme non contestate (dall'art. 423 art. 186-bis)*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, p. 1009 ss.; MONTESANO-VACCARELLA, *Diritto processuale del lavoro*, Napoli, 1996, p. 222 ss.; PROTO PISANI, *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, cit., p. 536 ss.; ID., *Le controversie in materia di lavoro*, a cura di Andrioli-Barone-Pezzano-Proto Pisani, Roma-Bologna, 1987, p. 749 ss.; ID., *I provvedimenti anticipatori di condanna*, in *Foro it.*, 1990, V, c. 394 ss.; ID., *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss.*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 393 ss.; ID., *Lezioni di diritto processuale civile*, p. 544 ss.; TARZIA, *Manuale del processo del lavoro*, Milano, 1987, p. 180 ss.; ID., *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*, Milano, 1991, p. 126 ss.; VACCARELLA-CAPPONI-CECCHIELLA, *Il processo civile dopo le riforme*, Torino, 1992, p. 117 ss.

Molto prima dell'entrata in vigore dei provvedimenti che oggi sono considerati paradigmatici della tutela anticipatoria – così gli artt. 186-*bis*, -*ter* e -*quater* ed ancor prima l'art. 423 c.p.c. – in dottrina ci si rese conto che alcuni provvedimenti, pur provvisori e destinati ad essere assorbiti nel provvedimento che definisce il giudizio, non hanno funzione cautelare, ma hanno caratteristiche strutturali e funzionali che consentono di isolarli in una categoria autonoma.

La caratteristica fondamentale di questo tipo di provvedimenti è stata individuata nella c.d. «tecnica dell'anticipazione»³⁴ ovvero nel far venire un provvedimento prima di un altro provvedimento. Il rapporto di anticipazione a cui si fa riferimento non è quello tra provvedimenti appartenenti a due differenti gradi di giudizio, anche perché in questa eventualità si tratta più che di un'anticipazione di una sostituzione, solo eventuale, ma è quello sussistente tra il provvedimento di primo grado, normalmente destinato a definire il giudizio, e qualsiasi altro provvedimento pronunciato prima di esso sul suo medesimo oggetto. Lo scopo di questa tecnica processuale è aggirare quello che in presenza di determinate condizioni risulta essere un inconveniente, cioè il fatto che la sentenza di primo grado non può essere pronunciata se non nel rispetto di determinati tempi tecnici: ricorrendo certe condizioni l'attesa di questi tempi tecnici risulta essere un abuso del diritto di difesa. L'attore aggiungerebbe al pregiudizio subito quello dell'attesa per l'attuazione in via coattiva del diritto leso, quando ricorressero circostanze tali da far apparire evidente o non seriamente contestabile la sussistenza del diritto vantato o di parte di esso, per la non contestazione della controparte, per la ricorrenza in corso di causa dei presupposti del procedimento monitorio, perché si è al termine dell'istruzione probatoria, perché si è raggiunta la prova in ordine alla sussistenza dei fatti costitutivi, mentre è necessario che il giudizio continui sulle eccezioni non fondate su prova scritta o di lunga indagine ovvero perché ricorrono altre condizioni predeterminate sulla base di scelte di politica legislativa.

Scissi da qualsiasi funzione cautelare, questi provvedimenti sono necessariamente temporanei perché sempre destinati ad essere assorbiti nella sentenza che chiude il giudizio, salvo che esso non si estingua prima di giungere a compimento. La mancanza di qualsiasi presupposto d'urgenza li differenzia dai provvedimenti di cui all'art. 700, anche quando questi ultimi assumano carattere anticipatorio.

Questa categoria di provvedimenti oltre ad essere accomunata sotto il profilo funzionale, presenta delle caratteristiche strutturali comuni: dal punto di vista temporale essi sono sempre pronunciati prima della sentenza; la forma del provvedimento è generalmente quella dell'ordinanza; l'oggetto del provvedimento è eguale o minore a quello della domanda e quindi della sentenza che conclude il giudizio; la cognizione su cui si fonda il provvedimento è sommaria perché parziale ovvero perché superficiale; non possono mai pregiudicare l'esito del giudi-

³⁴ MANDRIOLI, *Per una nozione strutturale*, cit., p. 555.

zio; sono sempre revocabili o modificabili finché pende il giudizio; sono destinati ad essere assorbiti dalla sentenza di primo grado; hanno la sola efficacia esecutiva che conservano in caso di estinzione del giudizio; sono inidonei al giudicato.

È stato sottolineato in dottrina³⁵ come i provvedimenti anticipatori interinali non siano che il frutto dell'esercizio dell'azione ordinaria, basati su presupposti espressamente previsti dalla legge, omologhi a quelli del provvedimento, con effetti qualitativamente identici a quelli anticipati.

Un punto su cui si controverte in dottrina è dato dall'efficacia del provvedimento anticipatorio nel corso del giudizio e a giudizio estinto.

Prima dell'entrata in vigore dell'art. 186-*bis*, si era avanzata l'ipotesi che alla base dell'ordinanza di cui all'art. 423, 1° comma vi fosse un accordo negoziale e come tale non fosse revocabile se non sopravvenisse un altro accordo in senso inverso³⁶. Questa tesi, seppur limitata al solo art. 423, non sembra poter essere accolta alla luce della disposta revocabilità e modificabilità in corso di causa delle ordinanze di cui agli artt. 186-*bis*, -*ter* e -*quater*: l'estensione di questa opzione anche all'ordinanza di cui all'art. 423, 1° comma è in linea con il ruolo che si è attribuito a questi provvedimenti in relazione alla sentenza che chiude il giudizio³⁷.

Ciò che si vuole dire, insomma, è che tali ordinanze non hanno alcuna aspirazione a divenire definitive, perché si tratta di provvedimenti che in virtù di circostanze che fanno seriamente deporre a favore della sussistenza del diritto, anticipano l'esecuzione, anche in parte, rispetto alla sentenza di primo grado: una prerogativa concessa all'attore perché il diritto risulterebbe essere esistente o parzialmente esistente ove il giudizio si chiudesse in quel momento, in tal modo il decorso del tempo necessario per pervenire alla sentenza viene addossato al convenuto, a causa della debolezza delle sue difese.

Essendo queste le premesse su cui poggiano questi provvedimenti se ne comprende il regime di stabilità e impugnabilità nel corso del giudizio in cui sono stati emessi: sempre revocabili e modificabili dal giudice che li ha pronunciati, provvisori, destinati ad essere assorbiti nella sentenza che chiude il processo, il cui esito non può mai essere pregiudicato dall'adozione del provvedimento.

³⁵ CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, cit., p. 68 ss.

³⁶ TARZIA, *Manuale del processo del lavoro*, Milano, 1987, p. 184; *contra* MONTESANO-VACCARELLA, *Diritto processuale del lavoro*, cit., p. 227, che hanno osservato come d'ostacolo a questa tesi sia l'art. 177, 3° comma che richiede un accordo espresso; piuttosto questi ultimi AA. rilevano come anche le disposizioni di cui all'art. 423 vadano interpretate alle luce delle nuova disposizione 186-*bis*, che ha risolto problemi interpretativi che già si ponevano nel silenzio dell'art. 423 – così, ad es., gli AA. sottolineano come la non contestazione che è alla base tanto dell'ordinanza di cui all'art. 186-*bis* che di quella di cui all'art. 423, 1° comma non possa mai coincidere con la contumacia del convenuto, perché altrimenti non vi sarebbe motivo per cui il giudice piuttosto che pronunciare ordinanza non debba emettere immediatamente sentenza; la non contestazione dovrebbe emergere da una difesa attiva del convenuto successiva alla prima udienza –.

³⁷ *Contra* MANDRIOLI, *Le nuove ordinanze*, cit., p. 647, secondo il quale l'espressa previsione sulla revocabilità contenuta nella nuova normativa legittimerebbe la deduzione della non revocabilità dell'ordinanza ex art. 423, 1° comma.

Essendo il provvedimento emesso in corso di una causa ed in considerazione del suo scopo, sembra logico ritenere il convenuto non possa bloccare l'esecuzione contestandone il merito attraverso l'opposizione all'esecuzione: poca cosa sarebbe l'attribuzione al creditore della possibilità di iniziare l'esecuzione scissa dall'accertamento del diritto se al debitore rimasse la possibilità di contestare per tale via l'esistenza del diritto.

Si tratterebbe in sostanza di una sorta di preclusione processuale operante sul piano del processo esecutivo³⁸, consentita ogni qual volta si abbia a che fare con un provvedimento sommariamente adottato e vi sia la contemporanea pendenza del processo a cognizione piena.

Né si deve dimenticare che nel corso del giudizio è sempre ammessa revoca o modifica delle ordinanze, per modo che il debitore sottoposto all'esecuzione deve proporre al giudice del merito un'istanza in cui siano esposte le motivazioni che legittimino tali rimedi³⁹. L'espressa previsione di questi strumenti di revisione del provvedimento pone l'esigenza di coordinazione tra gli stessi e i momenti di cognizione che sono previsti all'interno dell'esecuzione.

Ebbene se nel caso di un provvedimento definitivo soggetto ad impugnazione l'opposizione all'esecuzione subisce una limitazione ai soli fatti sopravvenuti, in quello di un provvedimento anticipatorio è opportuno ritenere che questa possibilità debba essere del tutto esclusa per evitare la contemporanea ed inutile, se non dannosa, pendenza di due giudizi identici.

Vi è da precisare che la revoca e modifica di questi provvedimento debbono ammettersi anche ove la legge taccia in proposito: questo regime non solo è più consono al ruolo a cui assolvono questi provvedimenti, ma la contraria conclusione porrebbe un problema di un'irragionevole disparità di trattamento tra i

³⁸ MERLIN, *L'ordinanza di pagamento*, cit., p. 1019 ss., secondo la quale, in relazione ai provvedimenti di cui agli artt. 186-bis e 423, 1° comma, tale preclusione si spiega anche tenendo conto che essi non sono fondati su di una cognizione deliberativa o sommaria, ma sull'esaurimento della lite da accertamento, provocato dal comportamento di non contestazione delle somme: questo presupposto giustificerebbe l'emancipazione della preclusione dalla pendenza del giudizio.

³⁹ CARRATTA, *Profili sistematici*, cit., p. 447 ss. Questo A., si veda in partic. p. 466 ss., non esclude la possibilità della revoca e modifica d'ufficio del provvedimento anticipatorio. Questo potere del giudice non sarebbe in contrasto con il principio della domanda per la pronuncia del provvedimento, perché una volta attivato il potere del giudice, dato il regime di stabilità del provvedimento, la revoca o la modifica rientrerebbero nell'esercizio dello stesso potere decisorio. Infatti, nel momento in cui il giudice si renda conto che il provvedimento sia illegittimo ovvero infondatamente concesso, quindi in contrasto con la decisione che probabilmente sarà adottata in primo grado, non solo è opportuno, ma addirittura necessario che proceda anche d'ufficio alla revoca ovvero alla modifica. Bisogna ricordare che nel momento in cui viene pronunciata un'ordinanza anticipatoria la formazione del convincimento è ancora *in itinere*; essendo in presenza di una cognizione solamente parziale, il giudice con l'andare avanti del processo deve adattare gli eventuali provvedimenti provvisori emessi al completarsi della cognizione. L'incompletezza della cognizione e la conseguente non definitività della pronuncia escluderebbe l'operatività del principio *ne bis in idem*, consentendo revoca o modifica anche sulla base di un nuovo esame delle circostanze che hanno portato originariamente all'emanazione del provvedimento.

casi in cui vi sia e quelli in cui non vi sia l'espressa previsione legislativa. Ovviamente devono essere esclusi i casi in cui il legislatore, per motivi di politica legislativa, preveda espressamente il contrario. Più precisamente, nell'alternativa tra l'applicazione analogica delle disposizioni relative alla modificabilità e revocabilità contenute negli artt. 186-*bis* e -*ter* ed il rispetto delle peculiarità che sono proprie della disciplina delle singole ordinanze si deve aver riguardo alle caratteristiche strutturali di ciascuna per stabilire se sia o meno opportuna l'applicazione analogica delle disposizioni successive per colmare le lacune presenti nella disciplina delle precedenti⁴⁰.

Secondo parte della dottrina⁴¹ l'adozione di un'ordinanza di pagamento delle somme non contestate determinerebbe il definitivo e immediato stralcio dal *thema decidendum* del processo di merito. Il regime di stabilità del provvedimento, la sua funzione e la sua collocazione – all'interno del giudizio di primo grado – porta alla conclusione della permanenza del dovere decisorio del giudice su tutto l'oggetto della domanda introduttiva del giudizio, compresa quella parte che ha ricevuto tutela anticipata ma provvisoria con l'ordinanza⁴².

In questo quadro sembra doversi escludere un qualsiasi valore negoziale della «non contestazione». In proposito non possono che richiamarsi le osservazioni compiute sul valore della non contestazione da Carratta⁴³. L'A. arriva alla conclusione che la «non contestazione» non abbia né un significato negoziale né tanto meno il valore di prova legale, di tipo confessorio.

Per quanto riguarda la prima ipotesi, un negozio di tipo transattivo sarebbe escluso dalla mancanza di un vero e proprio accordo tra le parti con una manifestazione di volontà diretta a costituire, regolare od estinguere un rapporto giuridico di natura patrimoniale. Ciò perché oggetto della non contestazione non sarebbe il diritto sostanziale in sé considerato ma i fatti che sono allegati dalla controparte.

Né potrebbe parlarsi di *facta confessio*, come se il giudice per effetto della non contestazione fosse vincolato ad assumere come accertati i fatti non contestati. In tal modo si verrebbe ad introdurre una nuova prova legale nel nostro ordinamento giuridico, equiparabile alla confessione ma che si svolgerebbe senza le formalità da questa previste per questa e senza nessuna base positiva.

Il campo riservato alla «non contestazione» sarebbe esclusivamente quello della delimitazione del *thema probandum*. Questa facoltà concessa alle parti non

⁴⁰ Così: ATTARDI, *Le nuove disposizioni*, cit., p. 88 ss.; CARRATTA, *op. cit.*, p. 464; PROTO PISANI, *Lezioni*, cit., p. 634 ss. *Contra*: MERLIN, *op. cit.*, p. 1009 ss.

Seguendo questa logica è lecita l'applicazione analogica della disciplina del provvedimento di cui all'art. 186-*bis* all'ordinanza di cui all'art. 423, 1° comma, per analogia di presupposti e perché in tal modo verrebbero ad essere sciolti tanti nodi lasciati irrisolti dal legislatore precedentemente.

⁴¹ Così: MERLIN, *op. cit.*, p. 1022.

⁴² Così: PROTO PISANI, *I provvedimenti anticipatori di condanna*, cit., c. 398.

⁴³ CARRATTA, *Il principio di non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995, p. 263 ss.

sarebbe tanto da ricollegare alla natura del diritto fatto valere, disponibile o non disponibile, quanto piuttosto al principio della domanda: a fronte della terziarietà del giudice, sia il diritto disponibile o meno, alla parte compete il diritto-onere di allegare i fatti per far valere le pretese proprie e contestare quelle altrui, esercitando la facoltà di difendersi; la parte che decida di astenersi dal contestare i fatti allegati dalla controparte a fondamento della propria domanda, esclude questi dal *thema probandum*, sulla base della regola d'esperienza per cui «... nessuna persona di buon senso di fronte alle pretese avanzate nei suoi confronti da un terzo tiene un comportamento o rende delle dichiarazioni contrarie alla tutela dei propri interessi se non perché sia convinta della loro fondatezza»⁴⁴.

In conclusione ove la non contestazione venga assunta come fondamento del provvedimento anticipatorio questa oltre al consueto significato riconosciuto nel giudizio ordinario, legittima l'anticipazione dell'esecuzione rispetto alla sentenza che chiude il giudizio di primo grado.

Si è anticipato che vi è disaccordo in dottrina sull'efficacia e sul regime di stabilità proprio di questa categoria di provvedimenti. In proposito è stato prospettato un ampio spettro di soluzioni che vanno dalla semplice efficacia esecutiva, passando per una sorta di preclusione processuale fino ad arrivare all'immediato passaggio in giudicato.

La maggior parte della dottrina⁴⁵ è propensa a ritenere che i provvedimenti anticipatori conservino la sola efficacia esecutiva in caso di estinzione del giudizio.

Vanno esclusi i casi in cui la legge disponga espressamente il contrario: così sicuramente per l'ordinanza di cui all'art. 186-*quater* e l'ordinanza di cui all'art. 186-*ter* nel caso previsto dal 5° comma per l'espresso richiamo all'art. 647 o meglio al meccanismo che determina l'immediato passaggio in giudicato del decreto ingiuntivo non opposto⁴⁶. Secondo questa impostazione il provvedimento po-

⁴⁴ CARRATTA, *op. cit.*, p. 275.

⁴⁵ ATTARDI, *Le ordinanze di condanna nel giudizio di cognizione di primo grado secondo la nuova legge di riforma*, cit., c. 1 ss.; BALENA, *Le ordinanze anticipatorie di condanna*, cit., p. 265 ss.; MANDRIOLI, *Le nuove ordinanze di pagamento e ingiunzionale nel processo ordinario di cognizione*, cit., 1991, p. 646 ss.; MERLIN, *L'ordinanza di pagamento delle somme non contestate (dall'art. 423 art. 186-bis)*, cit., p. 1009 ss.; PROTO PISANI, *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss.*, cit., p. 402 ss.; ID., *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 544 ss.; TARZIA, *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*, cit., p. 126 ss.; VACCARELLA-CAPPONI-CECHELLA, *Il processo civile dopo le riforme*, cit., p. 117 ss.

⁴⁶ Così MANDRIOLI, *op. cit.*, p. 653 ss., ad opinione del quale per determinare l'efficacia dell'ordinanza di cui all'art. 186-*ter* è necessario distinguere a seconda che il convenuto si sia o meno costituito: nel primo caso ai fini della determinazione dell'efficacia del provvedimento viene richiamato l'art. 653, 1° comma, norma che si riferisce alla sola efficacia esecutiva, per modo che se il procedimento dovesse estinguersi questa stessa efficacia verrà protratta a tempo indeterminato; nel secondo caso l'ordinanza deve essere notificata ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 644, con l'espresso avvertimento che, ove la parte non si costituisca entro il termine di venti giorni dalla notifica, il provvedimento diverrà esecutivo ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 647, per modo che se

trebbe essere spazzato via in ogni momento attraverso un accertamento negativo dell'insussistenza del diritto al termine di un giudizio a cognizione piena, instaurato attraverso l'opposizione all'esecuzione ovvero autonomamente ove il convenuto soccombente voglia togliere di mezzo qualsiasi efficacia del provvedimento prima dell'inizio dell'esecuzione.

Questa eventualità è stata esclusa da chi in dottrina ha ipotizzato che, in caso di estinzione del processo, tali procedimenti diano luogo ad «una preclusione processuale», un *solve et repete* di formazione processuale⁴⁷, il cui effetto sarebbe quello di consentire l'inizio dell'esecuzione forzata e la sua prosecuzione indisturbata, non consentendo l'opposizione all'esecuzione, con una sostanziale inversione dell'onere del diritto da accertare. Il che significa che il convenuto che voglia togliere di mezzo il titolo esecutivo ha l'onere di instaurare un autonomo giudizio di accertamento negativo. La preclusione opererebbe esclusivamente nel corso del processo esecutivo.

Seguendo questa costruzione, i cui termini essenziali si è cercato di riportare il più chiaramente possibile, viene da chiedersi su quali basi poggi la forza attribuita a questi provvedimenti: non c'è un giudizio pendente e, quindi, non c'è un problema di duplicazione di giudizi, né tanto meno sono previsti appositi mezzi di revisione o critica; la legge tace in proposito e, quindi, l'eventuale efficacia ulteriore rispetto a quella meramente esecutiva dovrebbe essere giustificata sulla base di altri elementi.

L'interpretazione dell'estinzione del processo come rinuncia a tutta la cognizione piena riproduce il meccanismo proprio dei provvedimenti sommari decisorii, riproponendo l'alternativa tra immediato passaggio in giudicato del provvedimento ovvero di una stabilità analoga detta preclusione *pro iudicato*.

la parte si dovesse costituire il processo proseguirebbe, altrimenti, attuandosi il meccanismo proprio del decreto ingiuntivo e richiamandosi la disposizione che disciplina l'efficacia del decreto ingiuntivo non opposto, all'ordinanza in questa eventualità debba essere riservata la medesima efficacia ovvero l'immediato passaggio in giudicato.

Contrario a questa impostazione ATTARDI, *op. cit.*, c. 4 ss. Questo A. mette in evidenza come il decreto ingiuntivo non opposto acquisti efficacia esecutiva ai sensi dell'art. 653, 1° comma nel caso di estinzione del processo di opposizione, ma anche come il suo passaggio in giudicato sia desumibile dalla premessa che questo provvedimento contenga un accertamento e, quindi, abbia carattere decisorio. Questa stessa disposizione richiamata dal 4° comma dell'art. 186-ter non avrebbe lo stesso effetto per il differente contenuto dell'ordinanza. Il richiamo all'art. 653 porterebbe esclusivamente il mantenimento dell'efficacia esecutiva del provvedimento che in tal modo sopravviverebbe all'estinzione del processo. Lo stesso dovrebbe dirsi per il caso disciplinato dal 5° comma: il richiamo all'art. 648 non farebbe acquistare all'ordinanza non opposta altra efficacia che quella esecutiva perché questo solo verrebbe a disporre, mentre l'immediato passaggio in giudicato del decreto ingiuntivo non opposto sarebbe anche in questo caso il frutto della sua portata non desumibile da questa disposizione. L'ordinanza non opposta dal contumace non determinerebbe la chiusura del giudizio, che continuerebbe fino alla sentenza, nell'ambito della quale l'ordinanza sarebbe destinata ad essere assorbita. Nel corso del giudizio pendente questo provvedimento sarebbe soggetto in ogni caso alla disciplina di cui agli artt. 177 e 178, 1° comma.

⁴⁷ MERLIN, *op. cit.*, p. 1024 ss.

Immediatamente di seguito si esamineranno i motivi che rendono accettabile o meno quest'ultima opzione, perché, si è già detto, in dottrina è stata avanzata l'ipotesi che il legislatore all'ultimo comma dell'art. 19, escludendo espressamente che il provvedimento sommariamente adottato e non appellato produca gli effetti di cui all'art. 2909, abbia voluto fissare in una scarna disposizione questa peculiare forma di preclusione.

Traendo le somme: o ci si attiene alla lettera del testo delle disposizioni e allora non sarà attribuibile la sola idoneità a dare inizio ad un'esecuzione forzata al pari di qualsiasi titolo di formazione stragiudiziale, a meno che non venga disposto il contrario, con la conseguente possibilità dell'accertamento del diritto in un giudizio a cognizione piena, che però avrà sempre come punto di partenza il provvedimento sopravvissuto; o si ammette l'immediato passaggio in giudicato dell'accertamento del diritto sulla base di una cognizione parziale.

Quest'ultima tesi⁴⁸ viene sostenuta sulla base della considerazione che si sia in presenza di un accertamento pieno anche se non definitivo, perché fondato sull'acquisizione di un grado di certezza che, se il processo si chiudesse nel momento in cui viene pronunciato il provvedimento anticipatorio, consentirebbe la pronuncia di una sentenza di merito favorevole all'istante.

Contro questo ragionamento vi è un argomento di carattere testuale: là dove il legislatore ha voluto attribuire un'efficacia ulteriore rispetto a quella meramente esecutiva lo ha disposto espressamente – così l'ordinanza di cui all'art. 186-*quater* ovvero quella di cui all'art. 186-*ter*, 5° comma.

Dalla nuova disciplina del procedimento sommario nel rito societario è desumibile una chiara indicazione: il legislatore ha facoltà di escludere espressamente i maggior effetti pur quando sembrano sussistere tutte le necessarie garanzie processuali imposte dalla Costituzione. Sembra che il procedimento di cui all'art. 19 ripeta il meccanismo proprio dei provvedimenti sommari decisori, pur senza concludersi con il giudicato. Sembra. Questa prima impressione necessita di conferma.

Davanti al silenzio serbato sull'efficacia o meno di giudicato dei provvedimenti anticipatori o meglio davanti alla disposizione del mantenimento della sola efficacia esecutiva di alcuni provvedimenti anticipatori, come stabilire quale tesi adottare, coerentemente con il sistema delineato?

La volontaria rinuncia alla cognizione piena esclude qualsiasi lesione del diritto di agire e difendersi in giudizio delle parti a fronte di un procedimento o di un subprocedimento che possa concludersi con il giudicato. C'è la necessità di rispettare o di bilanciare tra di loro tutte le garanzie del giusto processo. Al termine del precedente paragrafo si è detto che la garanzia della ragionevole durata del processo, intesa anche come principio di economia processuale impone la chiusura della vicenda processuale con il giudicato, evitando inutili sprechi di attività processuale. Per questo, se è in linea con i principi esposti l'attribuzione della

⁴⁸ Così CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, cit., p. 304 ss. e p. 503 ss.

sola efficacia esecutiva ad un provvedimento destinato a porre rimedio all'abuso del diritto di difesa quando questo sia inserito in un più ampio procedimento a cognizione piena, perché basato su di una cognizione incompleta, il mantenimento di questa stessa efficacia non è più giustificata quando il processo muore per la rinuncia espressa o tacita, mediante la volontaria inattività delle parti. Tanto più che in quest'ultimo caso chi subisce l'efficacia del provvedimento avrebbe la facoltà di rimetterlo in discussione in un nuovo processo che da esso prenderebbe le mosse, avendo in tal modo la possibilità di ridare vita allo stesso giudizio a cui poco prima avevano rinunciato, contro i principi poco fa esposti.

L'ultima tipologia di provvedimenti inclusa nella categoria degli accertamenti con prevalente funzione esecutiva viene comunemente indicata con il nome di «provvedimenti sommari decisori»⁴⁹, rispondenti all'esigenza di evitare i costi

⁴⁹ In dottrina si veda: CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, cit., in partic. par. 8-bis, p. 196 ss.; *Accertamenti con prevalente funzione esecutiva*; ID., *Istituzioni di diritto processuale*, I, 2, p. 233 ss.; MORTATA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1923; CALAMANDREI, *Il procedimento monitorio nella legislazione italiana*, Milano, 1926, p. 15 ss.; GARBAGNATI, *Ancora sull'impugnabilità dell'ordinanza che decide in camera di consiglio un'opposizione a decreto d'ingiunzione*, in *Foro pad.*, 1951, I; ID., *I procedimenti d'ingiunzione e per convalida di sfratto*, Milano, 1979; FAZZALARI, *Cosa giudicata e convalida di sfratto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1956, p. 1305 ss.; MONTESANO, *Procedimenti sommari*, in *Riv. dir. proc.*, 1953, II, p. 74 ss.; ID., *Luci ed ombre in leggi e proposte di «tutele differenziate» nei processi civili*, Relazione al XIII Convegno Nazionale dell'Associazione tra studiosi del processo civile, in *Riv. dir. proc.*, 1979, p. 592 ss., in partic. p. 597 ss.; ID., «Dovuto processo» su diritti incisi da giudizi camerali e sommari, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 934; «Dovuto processo», cit., p. 923; GIUDICEANDREA, *Il procedimento per convalida di sfratto*, Torino, 1956; ID., *Convalida di sfratto (procedimento per)*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1959, p. 796; SATTA, *Commentario al c.p.c.*, Milano, 1959, III, p. 55 ss.; ANSELMI BLASS, *Procedimento per convalida di sfratto*, Milano, 1963; ANDRIOLI, *Commento*, Napoli, 1964, IV, p. 115 ss.; MANDRIOLI, *Sull'impugnazione dell'ordinanza di licenza o di sfratto*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, p. 36 ss.; ID., *Corso*, cit., III, p. 215; PROTO PISANI, *Sulla tutela differenziata*, in *Riv. dir. proc.*, cit., p. 536 ss.; ID., *Il procedimento per convalida di sfratto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1988, p. 1354 ss.; ID., *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss.: appunti sulla tutela giurisdizionale dei diritti e sulla gestione di interessi devoluta al giudice*, cit., p. 393 ss.; ID., *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, p. 408 ss.; LUISO, *convalida di sfratto e opposizione di terzo ordinaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, p. 318 ss.; LANFRANCHI, *Riflessioni «de iure condito» e «de iure condendo» sulla tutela cognitiva ordinaria e sommaria*, in *Riv. giur. lav.*, 1982, p. 7 ss.; ID., *I rimedi endofallimentari*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, p. 1066 ss.; ID., *La roccia non incrinata*, 1999, in particolare: *Profili Sistematici dei procedimenti decisori sommari*, p. 19 ss., già in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1987, 88 ss.; *I procedimenti camerali decisori nelle procedure concorsuali e nel sistema della tutela giurisdizionale dei diritti*, p. 99 ss., già in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1989, 905 ss.; *Cameralizzazione del giudizio sui diritti*, p. 157 ss., già in *Giur. it.*, 1989, IV, 33 ss.; *Il ricorso straordinario inesistente e il processo dovuto ai diritti*, p. 291 ss., già in *Giur. it.*, 1993, IV, c. 521 ss.; si veda anche il più recente AA.VV., *Il giusto processo civile e procedimenti decisori sommari*, a cura di Lanfranchi, Torino, 2001; MENCHINI, *Orientamenti sull'efficacia dei provvedimenti contenziosi sommari non cautelari*, in *Giust. civ.*, 1988, II, p. 319 ss.; CARRATTA, *Il principio della non contestazione*, cit., p. 425 ss.; ID., *I procedimenti camerali-sommari in recenti sentenze della Corte costituzionale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1989, p. 934 ss.; MAGARAGIA, *Il procedimento per convalida di sfratto dopo la riforma del processo civile*, in *Rass. loc. e cond.*, 1996, p. 118 ss.; FRASCA, *Il procedimento per convalida di sfratto*, Torino, 2001.

Pacifico è in giurisprudenza il riconoscimento dell'idoneità al giudicato dei provvedimenti che

del processo a cognizione piena⁵⁰. Chiovenda⁵¹, avendo principalmente in mente il procedimento monitorio, aveva classificato questi provvedimenti come ordini di prestazioni emanati sulla base di una cognizione superficiale perché incompleta per intensità. L'A. taceva sull'idoneità o meno al giudicato di questi provvedimenti.

L'altro archetipo di questi procedimenti, accanto al monitorio, è il procedimento per convalida di licenza o sfratto per finita locazione, basato su di una cognizione sommaria perché incompleta e sull'attribuzione di un particolare significato alla contumacia del convenuto.

Questi provvedimenti possono acquisire la stabilità propria del giudicato⁵² e

sono riconosciuti come decisori sommari: Cass. 27 novembre 1975, n. 3978, in *Foro it.*, 1976, I, c. 305 ss.; Id. 22 settembre 1997, n. 9346, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 1754; Id. 11 giugno 1998, n. 5801, in *Giur. it.*, 1999, 1372; Id. 20 gennaio 1999, n. 499, in *Giust. civ. Mass.*, 1999; Id. 15 marzo 1999, n. 2304, *ivi*, 568; Id. 28 maggio 1999, n. 5192, *ivi*, 1201.

La Corte costituzionale ha più volte affermato la legittimità costituzionale dei procedimenti decisori sommari: Corte cost. 16 luglio 1970, n. 141, in *Foro it.*, 1970, I, c. 2038 ss., ha respinto l'eccezione di costituzionalità del procedimento per la dichiarazione di fallimento, ed in particolare modo degli artt. 15, 18, 1° comma, r.d. 16 marzo 1942, n. 267, in riferimento all'art. 24 Cost., ma ha dichiarato incostituzionale l'art. 15 l. fall., nella parte in cui non prevedeva l'obbligo ma la mera facoltà del tribunale di ordinare, prima della dichiarazione di fallimento, la comparizione dell'imprenditore in camera di consiglio, perché fosse sentito anche nei confronti dei creditori istanti e nella parte in cui non consentiva all'imprenditore di valersi dell'assistenza del difensore; Corte cost. 18 maggio 1972, n. 89, in *Foro it.*, 1972, I, c. 1525 ss., in cui ha negato il contrasto dell'art. 663, 1° comma, c.p.c. con l'artt. 3 e 24 Cost., perché dalla mancata comparizione dell'intimato fa derivare la convalida dello sfratto e non la semplice prosecuzione del processo in contumacia, ma ha censurato l'art. 668, 1° comma in relazione all'art. 24, nella parte in cui non prevedeva che l'opposizione tardiva alla convalida di sfratto potesse essere proposta anche dall'intimato che, pur avendo avuto conoscenza della citazione, non fosse potuto comparire all'udienza per caso fortuito o forza maggiore; Corte cost. 20 maggio 1976, n. 120, in *Foro it.*, 1976, I, c. 1414 ss., in cui ha rilavato l'illegittimità costituzionale dell'art. 650, 1° comma, c.p.c. per motivi analoghi a quelli relativi all'art. 668, 1° comma, c.p.c.; Corte cost. 5 dicembre 1990, n. 534, in *Foro it.*, I, c. 375 ss., con cui ha dichiarato l'illegittimità costituzionale per violazione degli artt. 3 e 24 Cost. dell'art. 23, 5° comma, l. n. 689 del 1981, limitatamente alla parte in cui prevedeva che nel giudizio di opposizione all'ordinanza-ingiunzione relativa al pagamento di una sanzione pecuniaria, ogni volta in cui siano ingiustificatamente assenti tanto la parte quanto il suo procuratore, il pretore fosse obbligato a convalidare il provvedimento opposto, nonostante la circostanza che l'illegittimità dell'atto amministrativo risultasse dalla documentazione allegata al ricorso; con la successiva Corte cost. 18 dicembre 1995, n. 595, in *Foro it.*, 1996, I, c. 683 ss., ha riconosciuto l'illegittimità costituzionale dell'art. 23, 5° comma, l. n. 689 del 1981, nella parte in cui prevedeva che nel giudizio di opposizione all'ordinanza - ingiunzione, il pretore, in caso di mancata comparizione in prima udienza tanto dell'opponente che del suo procuratore senza alcun legittimo impedimento, fosse tenuto a convalidare il provvedimento opposto, anche quando la P.A. avesse ommesso il deposito dei documenti di cui al 2° comma dello stesso articolo, da cui potesse eventualmente risultare l'illegittimità del provvedimento opposto.

⁵⁰ PROTO PISANI, *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, cit., p. 573.

⁵¹ CHIOVENDA, *Principi*, cit., p. 201 ss.

⁵² Si veda in proposito LANFRANCHI, *Profili sistematici dei procedimenti decisori sommari*, cit., 1987, p. 88 ss.

ciò può avvenire senza alcuna lesione del diritto di difesa, nonostante la sommarietà della cognizione da cui scaturiscono, perché fondati sull'equivalenza tra la correlazione necessaria tra giudicato e cognizione non sommaria effettivamente espletatasi almeno in un grado, certamente stabilita in modo esplicito dagli artt. 342 c.p.c. e 2909 c.c., e la correlazione necessaria tra giudicato e cognizione non sommaria potenzialmente espletabile anche in primo grado, implicitamente riferibile agli stessi artt. 324 c.p.c. e 2909 c.c., e, comunque, con queste norme pienamente armonizzabile, soprattutto, a livello sistematico ed equitativo. A queste conclusioni si perviene intendendo la formula «s'intende passata in giudicato la sentenza che non è più soggetta ecc.» dell'art. 324 c.p.c., come «la sentenza che (anche mediatamente) non è più soggetta ecc.», con la specificazione che l'inciso «anche mediatamente» rinvii contemporaneamente sia al procedimento-provvedimento speciale che concreta o può concretare la fase sommaria, sia al rimedio introduttivo della cognizione completa di primo grado (opposizione o contestazione impeditiva) e produttiva della prima sentenza in senso anche formale.

La sommarietà della cognizione che procede la pronuncia del provvedimento diverso dalla sentenza accomuna il procedimento di ricorso per decreto ingiuntivo e quello di intimazione di licenza o sfratto con contestuale citazione per convalida, anche se i due procedimenti presentano rilevanti differenze strutturali.

L'emanazione del decreto ingiuntivo ha alla base una cognizione che è sommaria da due punti di vista: perché parziale, in quanto fondata solo sulla cognizione dei fatti costitutivi del diritto fatto valere; perché superficiale, in quanto gli elementi ritenuti idonei a formare il convincimento del giudice non sempre lo sarebbero in un processo ordinario. Il procedimento di ingiunzione prima dell'opposizione è privo di contraddittorio: solo dopo l'emanazione del decreto ingiuntivo l'ingiunto viene provocato ad opporsi nei termini di legge.

Il procedimento per convalida di sfratto ha inizio con la citazione dell'intimato che contiene l'espresso avvertimento delle conseguenze della sua mancata opposizione: la controparte viene posta in grado di contraddire prima che l'organo giudicante si pronunci sulla domanda attorea. Questo procedimento si apre con le garanzie che sono proprie della cognizione piena, solo che è lasciata al convenuto, regolarmente citato e avvertito, la scelta di proseguire il giudizio o di farlo concludere con un provvedimento diverso dalla sentenza ed adottato a cognizione incompleta perché basata su elementi di fatto unilateralmente proposti dalla parte attorea e sulla non contestazione della controparte⁵³, mentre manca del tutto la fase dell'istruzione probatoria.

⁵³ PROTO PISANI, *Il procedimento per convalida di sfratto*, cit., p. 1356, lo qualifica come un procedimento speciale a cognizione piena perché il giudizio verrebbe introdotto come qualsiasi giudizio ordinario, ed anche in caso di mancanza di opposizione, il giudice dovrebbe porre a fondamento della decisione i fatti costitutivi allegati dall'attore: l'unica nota di eccezionalità sarebbe data dal fatto che il legislatore avrebbe ricollegato l'effetto della *ficta confessio* alla contumacia del convenuto.

Proto Pisani⁵⁴ ha classificato il procedimento per convalida di sfratto come un procedimento speciale – nella fase introduttiva e decisoria – ma non sommario, perché: in caso di non contestazione opererebbe, analogamente che nel processo a cognizione piena, il principio della non contestazione, il quale avrebbe la funzione di porre fuori dall'onere probatorio del locatore i fatti costitutivi non contestati, restando ferma la necessità da parte del giudice di controllare se il locatore, alla stregua delle norme di diritto sostanziale, possa conseguire sulla base del fatto costitutivo affermato e non contestato l'effetto giuridico richiesto; in caso di mancata comparizione del conduttore il legislatore attribuirebbe ad essa il valore di *ficta confessio*.

Quest'ultima posizione sembrerebbe essere avvalorata dalla disciplina della contumacia nel nuovo processo societario: a norma dell'art. 13, 2° comma la mancata o tardiva costituzione del convenuto è equiparata alla non contestazione dei fatti affermati dall'attore.

Il parallelismo ipotizzato potrebbe funzionare ove si optasse per l'attribuzione del medesimo valore alla non contestazione nel procedimento per convalida di sfratto, lasciando al giudice il potere di valutare le affermazioni attore, eventualmente anche sulla base delle prove documentali allegate. Ma la maggior parte della dottrina⁵⁵, è convinta che la mancata contestazione, anche sotto forma di contumacia, dei fatti costitutivi del diritto avrebbe il valore di prova legale: ove l'intimato non si costituisca ovvero costituendosi non si opponga, i fatti esposti dal locatore dovrebbero essere considerati come provati. Questa sembra essere la conclusione suggerita dal tenore letterale degli artt. 660, 3° comma e 663, 1° comma, che pongono la convalida della licenza ovvero dello sfratto come diretta conseguenza della mancata opposizione o comparizione.

Vi è di più. Conseguenza diretta della mancata contestazione non è solo l'emanazione di un provvedimento favorevole all'istante, ma anche l'immediato passaggio in giudicato dello stesso.

I motivi esposti inducono ad includere questi provvedimenti nell'ambito della categoria dei sommari decisori.

A lungo si è disquisito sul valore e sulla portata della stabilità di questi provvedimenti.

La giurisprudenza di Cassazione, dal canto suo, è sempre stata costante nel ritenere che l'ordinanza abbia natura decisoria e perciò sia idonea al passaggio in giudicato, con tutte le implicazioni che tale affermazione comporta⁵⁶.

⁵⁴ PROTO PISANI, *L'istruzione nei procedimenti sommari*, cit., c. 22 ss.

⁵⁵ GARBAGNATI, *op. cit.*, p. 317. Questa opinione è propria anche di: GIUDICEANDREA, *Il procedimento*, cit., p. 169; MANDRIOLI, *Sull'impugnazione*, cit., p. 40; ALLORIO, *Il giudizio divisorio*, cit., c. 85; SATTA, *Commentario*, cit., IV, 1, p. 132; LANFRANCHI, *La verifica*, cit., p. 143; PROTO PISANI, *Il procedimento per convalida*, cit., p. 1359.

⁵⁶ Cass. 23 giugno 1999, n. 6406, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, p. 1473 ha affermato che l'ordinanza di convalida di licenza o sfratto per finita locazione, preclusa l'opposizione tardiva, acquista effica-

I dubbi in proposito erano accresciuti – ed oggi sono solo parzialmente risolti dagli interventi della Corte costituzionale⁵⁷ – dalla diversità nel sistema delle impugnazioni tra la disciplina relativa al decreto ingiuntivo non opposto e quella dell'ordinanza di convalida.

In ordine al primo provvedimento il codice all'art. 647 si limita a stabilire che qualora non venga fatta opposizione il giudice che ha pronunciato il decreto, su istanza anche verbale dell'opponente, lo dichiara esecutivo. La lettera del codice non fa che riproporre anche per questo provvedimento il medesimo interrogativo.

L'argomento decisivo per determinare quale sia la stabilità del decreto non opposto è dato dagli strumenti di impugnazione previsti contro di esso⁵⁸: l'opposizione tardiva, nel breve termine previsto dalla legge e nei soli casi indicati (art. 650), e preclusa questa opportunità, rimane la sola via della revocazione nei casi previsti dai numeri 1, 2, 3 e 5 dell'art. 395 nonché l'opposizione di terzo revocatoria (art. 656).

La sottoposizione del decreto divenuto esecutivo a norma dell'art. 647 a mezzi di impugnazione straordinaria depone per il suo passaggio in giudicato. L'art. 656 prevede la possibilità della revocazione ordinaria nel caso previsto dal n. 5: da qui si può trarre l'argomento decisivo a favore della forza di giudicato del decreto non opposto. Il decreto può essere revocato se è contrario a sentenza o altro provvedimento precedente avente fra le parti autorità di cosa giudicata. *Ergo* questa stessa forza deve essere riconosciuta al decreto soggetto alla possibilità di revocazione nell'ipotesi di contrasto tra giudicati.

Nella disciplina del procedimento per convalida di licenza o sfratto non è presente un'indicazione testuale analoga.

Originariamente era prevista esclusivamente la possibilità di opposizione tardiva negli stessi termini dell'opposizione tardiva a decreto ingiuntivo. Da-

cia di cosa giudicata sostanziale non solo sull'esistenza della locazione; sulla qualità di locatore dell'intimante e di conduttore dell'intimato; sull'intervento di una causa di cessazione o risoluzione del rapporto; ma altresì sulla qualificazione di esso, se la scadenza del medesimo, richiesta e accordata dal giudice, è strettamente correlata alla tipologia del contratto, come nel caso di rilascio di posto, per il regime transitorio, ai sensi dell'art. 58, l. 27 luglio 1978, n. 392, se la locazione è ad uso di abitazione e dell'art. 67, integrato dall'art. 15-bis, l. 25 marzo 1982, n. 94 e 71 della stessa legge, se la locazione è ad uso diverso. In caso poi vi sia contrasto tra più giudicati sulle predette questioni, la fonte regolatrice del rapporto è costituita dall'ultimo di essi.

⁵⁷ Corte cost. 20 dicembre 1989 n. 558, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, c. 268 ss. ha dichiarato illegittimo l'art. 395, prima parte e n. 4, c.p.c., nella parte in cui non prevede la revocazione per errore di fatto avverso i provvedimenti di convalida di sfratto o licenza per finita locazione nonché di convalida di sfratto per morosità, emessi in assenza o per mancata opposizione dell'intimato.

Corte cost. 20 febbraio 1995, n. 51, in *Rass. locaz. condom.*, 1995, p. 18 ss., con nota di SPAGNUOLO, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 395, pt. I e n. 1, c.p.c., nella parte in cui non prevede la revocazione avverso i provvedimenti di convalida di sfratto per morosità che siano l'effetto del dolo di una delle parti in danno dell'altra.

⁵⁸ GARBAGNATI, *I procedimenti*, cit., p. 10 ss.

vanti a questi dati testuali sorgeva il dubbio sull'idoneità della limitazione degli strumenti di critica a determinare il medesimo effetto di quella prevista per i mezzi di impugnazione da cui si fa dipendere il passaggio in giudicato delle sentenze.

L'impasse può essere superata grazie alla ricostruzione scientifica fornita da Garbagnati⁵⁹. Innanzitutto il giurista ha posto in evidenza l'incoerenza della limitazione dell'opposizione alla convalida ai soli casi previsti dall'art. 668, con la previsione di un termine perentorio per la sua proposizione, se poi l'intimato avesse la possibilità di opporsi all'esecuzione dell'ordinanza di convalida ex art. 615, contestando il diritto del locatore, o, comunque, di dar vita, senza alcuna limitazione, ad un separato giudizio in cui contestare il diritto del locatore e chiedere il risarcimento dei danni subiti a seguito dell'esecuzione.

Solo il passaggio in giudicato dell'ordinanza di convalida può spiegare la limitazione dei mezzi di critica contro di essa: dal momento che l'ordinanza di convalida, una volta che sia preclusa l'opposizione non è più impugnabile, né è prevista la prosecuzione del processo quando l'intimato non abbia fatto opposizione ex art. 663, da ciò deriva come conseguenza logica che gli effetti di questo provvedimento siano immutabili e, quindi, tale provvedimento posseda la forza propria del giudicato.

Altra indicazione decisiva può essere tratta dall'art. 669, a norma del quale nel caso di intimazione di sfratto per morosità se il locatore non chiede il pagamento dei canoni, la pronuncia sullo sfratto risolve la locazione, pur lasciando inpregiudicata ogni questione sui canoni. Il che sta a significare che in un separato giudizio avente ad oggetto il diritto alla riscossione dei canoni, non potrebbe essere messa nuovamente in discussione la sussistenza o la risoluzione del contratto di locazione da cui il diritto di credito derivi. Al riesame della questione si pone d'ostacolo una pronuncia avente effetti costitutivi ormai passata in giudicato: dall'art. 669 – cioè dalla precisazione che nello sfratto per morosità, ove il locatore non utilizzi la facoltà di cumulare alla domanda di risoluzione quella di pagamento dei canoni, l'ordinanza di convalida risolve la locazione, ma lascia inpregiudicata ogni questione relativa ai canoni – si desume *a contrario* che la questione relativa alla risoluzione è ormai «pregiudicata» perché coperta da giudicato.

La pienezza dell'accertamento dell'ordinanza di convalida troverebbe giustificazione nel particolare significato attribuito nell'ambito di questo procedimento alla mancata opposizione tempestiva dell'intimato.

Secondo Garbagnati⁶⁰, la mancata contestazione dei fatti costitutivi del di-

⁵⁹ GARBAGNATI, *I provvedimenti*, cit., p. 23 ss.

⁶⁰ GARBAGNATI, *op. cit.*, p. 317. Questa opinione è propria anche di: GIUDICEANDREA, *Il procedimento*, cit., p. 169; MANDRIOLI, *Sull'impugnazione*, cit., p. 40; ALLORIO, *Il giudizio divisorio*, cit., c. 85; SATTA, *Commentario*, cit., IV, 1, p. 132; LANFRANCHI, *La verifica*, cit., p. 143; PROTO PISANI, *Il procedimento per convalida*, cit., p. 1359.

ritto avrebbe il valore di prova legale: ove l'intimato non si opponga, i fatti esposti dal locatore dovrebbero essere considerati come provati.

L'opposizione è l'unico strumento per impedire la convalida e la non contestazione, legata alla mancata opposizione, si pone come alternativa all'istruzione probatoria: se l'intimato si oppone il procedimento segue il corso di qualsiasi processo ordinario; se l'intimato non si oppone, questo comportamento, ove siano state rispettate tutte le formalità imposte dalla legge, prima fra tutte l'avvertimento contenuto nell'atto di citazione, consente l'emissione di un provvedimento idoneo al giudicato e perciò se ne deve desumere che da esso venga tratta la prova dei fatti allegati.

Seguendo l'opinione della dottrina che identifica la mancata opposizione con l'ammissione legale dei fatti posti a fondamento della domanda, il giudice rimarrebbe libero solo di giudicare se dai fatti dedotti dall'attore scaturiscano o meno gli effetti giuridici affermati. In sostanza il giudice dovrebbe limitarsi ad accertare la sussistenza dei presupposti processuali e sostanziali della domanda.

Secondo dottrina più recente⁶¹ anche in questo caso, come in tutti gli altri in cui ad essa si faccia riferimento nel sistema processuale civile, il legislatore la utilizza per accelerare il corso del giudizio attraverso il meccanismo della *relevatio ab onere probandi* a favore dell'avversario. Conseguenza di questa impostazione è che pur non sussistendo a carico dell'attore l'onere della prova, il giudice rimarrebbe libero di: valutare l'idoneità in diritto dei fatti allegati a giustificare l'accoglimento della domanda; di rilevare i fatti modificati, estintivi ed impeditivi rilevabili d'ufficio; valutare liberamente le risultanze probatorie.

È stato messo in evidenza⁶² come debba essere allegato alla domanda il documento che fornisce la prova del contratto, quantomeno quando per la sua validità è richiesta la forma scritta *ad substantiam*: si tratta di una prescrizione rispondente ad un superiore principio di ordine pubblico, inderogabile dalle stesse parti, come è desumibile dalla nullità del contratto in mancanza di esso e dalla rilevanza d'ufficio della medesima oltre che dalle limitazioni che questo requisito importa in materia di prove – l'impossibilità di rendere confessione o giuramento decisorio aventi ad oggetto fatti che risultano da contratto per il quale è richiesta la forma scritta; l'ammissione della prova per testimoni solo nel caso in cui sia stato smarrito il documento che forniva la prova –.

La giurisprudenza⁶³ si è espressa a favore del valore confessorio alla mancata

⁶¹ CARRATTA, *op. cit.*, p. 427; così pure FRASCA, *Il procedimento per convalida di sfratto*, cit., p. 196 ss. e p. 206 ss.

In dottrina attribuiscono alla non contestazione significato di *relevatio ab onere probandi*: MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1966, p. 151 ss.; VERDE, *Prova*, in *Enc. dir.*, 1988, p. 613 ss.

⁶² SATTA, *Commentario*, cit., IV, 1, p. 529 ss.; MONTESANO-ARIETA, *Diritto processuale civile*, cit., III, p. 238 ss.; FRASCA, *op. cit.*, p. 206 ss.

⁶³ Cass. 2 dicembre 1992 n. 12855, in *Giust. civ. Mass.*, 1992, fasc. 12, secondo cui è manifestamente infondata l'eccezione di incostituzionalità dell'art. 663 c.p.c. con riferimento agli artt. 3, 24

opposizione. Dalle premesse poste derivano precise conseguenze intorno alla natura e agli effetti dell'ordinanza di convalida: saranno quelli propri della sentenza, valendo la forma dell'ordinanza esclusivamente a sottrarre il provvedimento al regime delle impugnazioni proprio delle sentenze per sottoporlo a propri mezzi di critica in funzione di un peculiare meccanismo di produzione del giudicato.

L'ordinanza contiene sempre l'accertamento del diritto fatto valere: se convalida la licenza ha il contenuto di una condanna in futuro, la cui eseguibilità è collegata al mancato rilascio dell'immobile alla scadenza fissata; se convalida lo sfratto per finita locazione contiene la condanna attuale al rilascio dell'immobile; se convalida lo sfratto per morosità ha anche un effetto costitutivo, consistente nella risoluzione del contratto di locazione per inadempimento dell'obbligo di pagare il canone.

Parte della dottrina⁶⁴ ha negato che l'efficacia tipica decreto ingiuntivo non opposto e dell'ordinanza di convalida sia quella propria del giudicato parlando piuttosto di «preclusione *pro iudicato*»: l'essenza di questa ultima risiederebbe nell'impossibilità di desumere dal decreto ingiuntivo non opposto piuttosto che dall'ordinanza di convalida effetti o conseguenze che vadano oltre i limiti della protezione di quanto conseguito o conseguibile in via di esecuzione⁶⁵, per modo che sarebbe escluso il formarsi del giudicato implicito ovvero gli accertamenti incidentali.

L'ideatore di questa teoria, Redenti⁶⁶, ha distinto tra gli effetti del giudicato proprio dei provvedimenti che presuppongono l'accertamento del diritto in contesa, il cui esempio paradigmatico sarebbe la sentenza non più impugnabile, e

e 111 Cost., laddove se ne faccia discendere con l'efficacia confessoria della mancata comparizione dell'intimato l'esonero dell'attore dalla prova dei fatti costitutivi della domanda, nonché la previsione di un procedimento senza cognizione con soppressione del diritto di difesa dell'intimato ed, infine, di una decisione senza motivazione, atteso che mentre non sono sindacabili le scelte compiute dal legislatore in ordine al tipo di tutela processuale da riservare alle singole situazioni sostanziali, non si ha violazione del diritto di difesa quando il legislatore preveda, come nel caso, accanto ad un rito ordinario, l'instaurazione della fase a cognizione piena solo in via eventuale e posticipata ad iniziativa della parte originariamente sacrificata nella fase sommaria; né è ravvisabile una violazione dell'obbligo della motivazione del provvedimento del giudice, quando detto obbligo è solo rinviato al momento in cui sarà adottato il provvedimento che chiude la fase della cognizione ordinaria, alla instaurazione della quale l'intimato non subisce alcun limite.

Si veda inoltre: Cass. 4 luglio 1949 n. 1656, in *Mass. Foro it.*, 1949, 339; Id. 24 gennaio 1951 n. 198, *ivi*, 1951, 46; Id. 9 maggio 1957 n. 1612, in *Giur. it.*, 1957, I, 1, c. 544 ss.; Id. 24 gennaio 1964 n. 172, in *Giust. civ.*, 1964, I, p. 1451 ss.; Id. 24 gennaio 1977 n. 352, in *Rep. Foro it.*, 1977, voce *Sfratto*, n. 7; Id. 22 maggio 1982, n. 3138, *ivi*, 1982, voce *Locazione*, n. 887; Id. 28 settembre 1991, n. 10172, *ivi*, 1991, voce cit., 17.

⁶⁴ REDENTI, *Diritto processuale civile*, cit., III, p. 46 ss.; ANDRIOLI, *Commento*, cit., p. 115 ss.; MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., p. 220 ss.; ID., *Luci ed ombre*, cit., p. 598 ss.; GIUDICEANDREA, *Il procedimento per convalida di sfratto*, cit., p. 236 ss.

⁶⁵ REDENTI, *op. cit.*, p. 46 ss.

⁶⁶ REDENTI, *op. cit.*, p. 66 ss.

quei provvedimenti che potrebbero dal luogo all'esecuzione forzata senza pre-supportare nessun accertamento.

I limiti soggettivi del giudicato coinciderebbero con i soggetti dell'azione e con quanti in corso di giudizio verrebbero a succedere nel rapporto controverso; i limiti oggettivi del giudicato si identificherebbero con quelli del diritto o del rapporto sottostante accertato.

La preclusione *pro iudicato* indicherebbe il risultato pratico a cui consentirebbe di giungere il titolo esecutivo stragiudiziale, ove l'esecuzione forzata non fosse bloccata dall'opposizione, analogo al giudicato, ma senza il presupposto di nessun accertamento. La differenza rispetto ai provvedimenti di accertamento è data dal fatto che il diritto potrebbe essere rimesso in discussione in un successivo processo a cognizione piena⁶⁷. Questa stessa soluzione andrebbe estesa ai provvedimenti definiti decisorii sommari, con la differenza che la possibilità per il debitore di provocare mediante opposizione l'accertamento del rapporto giuridico alla base della pretesa creditoria verrebbe, di regola, anticipata rispetto all'attribuzione dell'efficacia esecutiva al provvedimento e, quindi, all'inizio dell'esecuzione forzata. Ma la mancata anticipazione dell'opposizione al titolo sommariamente ottenuto non precluderebbe la successiva possibilità di instaurazione di un giudizio di accertamento, anche attraverso l'opposizione all'esecuzione.

Montesano⁶⁸ ha dato corpo a questa teoria distinguendo nell'ambito degli effetti propri del giudicato tra quelli *inter partes* ed *intra litem* e quelli *extra litem* ed *ultra partes*. L'analisi delle norme positive sulla forza sostanziale del giudicato mostra che in molte ipotesi essa si estende oltre i confini dell'azione consumata: così in primo luogo l'art. 2909 c.c., che prevedendo che l'accertamento faccia stato tra le parti ad ogni effetto, comporta che la forza del giudicato si estenda tra le parti anche a quegli effetti che necessariamente derivino da quelli stabiliti nella sentenza; in secondo luogo in alcuni casi previsti dalle norme del codice civile la forza riflessa del giudicato si impone anche nei confronti di terzi – è il caso, ad es., delle sentenze che stabiliscono un nuovo *status*. Ebbene, mentre il primo ordine di effetti troverebbe la sua giustificazione nella consumazione dell'azione, il secondo sarebbe sorretto non solo da tale fenomeno ma piuttosto dal fatto che esso si svolga con tutte le garanzie proprie del dovuto processo. Solo il primo ordine di effetti, in quanto derivanti dalla consumazione dell'azione, potrebbero

⁶⁷ REDENTI, *op. cit.*, p. 72: «... Per esempio si supponga che un (vero o preteso) creditore sia munito di un (vero od apparente) titolo esecutivo stragiudiziale (per esempio un atto pubblico) per conseguire delle prestazioni periodiche o parziali in tempi successivi. Costui procede, supponiamo, ad esecuzione forzata per una rata senza opposizione. Ciò che abbia percepito non può più essergli giudizialmente ritolto. Ma se poi agisca per conseguire un'altra rata, potrà ancora essergli opposto, con effetto per questa altra rata, potrà ancora essergli opposto, con effetto per questa rata e quelle a venire, che il credito non sussiste. L'eccezione è opponibile precisamente perché sulla sussistenza del credito non si è formato un accertamento munito di autorità di cosa giudicata ...».

⁶⁸ MONTESANO, *op. cit.*, p. 598 ss.

conseguire ad un provvedimento sommariamente adottato. In tal modo se non potrebbe mai essere messo in discussione quanto chiesto e sommariamente ottenuto, perciò se non potrebbe essere bloccato mediante opposizione all'esecuzione il procedimento volto ad attuarlo coattivamente, potrebbe essere messo in discussione in un separato giudizio il rapporto giuridico sostanziale alla base della pretesa. Non si vede su che basi, ottenuto l'accertamento negativo del rapporto, chi abbia ottenuto la soddisfazione di una propria richiesta in virtù di un provvedimento sommariamente adottato, possa sottrarsi quantomeno alle pretese risarcitorie di chi le abbia ingiustamente soddisfatte.

Ci si troverebbe, insomma, davanti ad un'inutile rinuncia alla cognizione piena, compiuta nel momento in cui si fa decorrere il termine per l'opposizione, che non porrebbe fine con il giudicato, in contrasto con i principi costituzionali esposti, alla vicenda giuridica portata davanti al giudice.

A livello normativo tale soluzione sembrerebbe essere negata dall'esclusione di ogni impugnazione ordinaria contro il provvedimento non opposto e non più opponibile. Si è visto che i provvedimenti sono soggetti solo ad impugnazioni straordinarie.

Nell'ambito della disciplina del procedimento per convalida di licenza o sfratto, più in particolare, nell'ambito dello sfratto per morosità il formarsi del giudicato per effetto della mancata opposizione è confermato a livello testuale dalla lettera dell'art. 669: ove si intimi lo sfratto per morosità la convalida importa «in ogni caso» la risoluzione del contratto di locazione, anche nel caso in cui la richiesta del pagamento dei canoni arretrati avvenga in un separato giudizio. Il provvedimento opera una modificazione giuridica a seguito dell'esercizio di un diritto potestativo che presuppone la deduzione in giudizio del rapporto giuridico sostanziale dal quale trae origine, trattandosi di una situazione complessa. La Cassazione in proposito ha specificato che l'ordinanza di convalida, oltre che sul diritto alla restituzione dell'immobile fa stato sulla pregressa esistenza e sulla validità del contratto di locazione fra le parti e con riguardo allo sfratto per morosità che l'ordinanza di convalida lasci inpregiudicata ogni questione relativa al pagamento dei canoni, purché non sia volta a rimettere in discussione l'esistenza del rapporto e la sua avvenuta risoluzione⁶⁹.

A livello equitativo osserva Garbagnati⁷⁰ come non possa disconoscersi l'applicazione dell'art. 2909 in ogni caso in cui un provvedimento raggiunga la stabilità propria di una sentenza per essere decisorio su un diritto e per non essere più soggetto a mezzi di gravame.

In verità l'art. 2909 si riferisce alle sole sentenze per essere questa di regola la forma propria dei provvedimenti idonei ad accertare con autorità di giudicato l'esistenza o l'inesistenza di un diritto; ma ciò non vuol dire che ogni disposizione

⁶⁹ Cass. 23 gennaio 1954 n. 170, in *Rep. Foro it.*, voce *Sfratto*, 1954, n. 47-48; Id. 30 novembre 1961 n. 3237, *ivi*, 1961, voce cit., n. 22; Id. 26 giugno 1972, n. 2182, *ivi*, 1972, voce cit., n. 5.

⁷⁰ GARBAGNATI, *op. cit.*, p. 15.

concernente gli effetti producibili dalla sentenza non debba essere applicata ogni volta in cui il legislatore riconosca tale forza ad un provvedimento di forma diversa. Per cui se si riconosce ad un provvedimento l'immutabilità propria del giudicato formale, ad esso non possono negarsi tutti gli effetti propri del giudicato sostanziale.

Se gli effetti riflessi del giudicato sono spiegabili normalmente con la pienezza della cognizione che accompagna la consumazione dell'azione, non minori sarebbero le garanzie che lo giustificerebbero a seguito di un provvedimento sommariamente adottato ma comunque decisivo: la spontanea rinuncia alla cognizione da parte del soggetto passivo del rapporto processuale, comportamento passivo che, nella ricorrenza di determinate condizioni, consentirebbe di dare un fondamento alla decisione del giudice.

Sembra pacifica in giurisprudenza⁷¹ l'equiparazione suggerita in dottrina⁷² tra la formula «s'intende passata in giudicato la sentenza che non è più soggetta ecc.» dell'art. 324 c.p.c., con quella «la sentenza che (anche mediamente) non è più soggetta ecc.».

Non è mancato chi⁷³ in dottrina ha cercato una soluzione di compromesso, limitando gli effetti oggettivi del giudicato unicamente al frammento del rapporto giuridico complesso dedotto in giudizio: con questo espediente i limiti della stabilità propria della preclusione *pro iudicato*, sopra descritti, verrebbero a coincidere perfettamente con quelli del giudicato.

Per quel che concerne i limiti soggettivi del giudicato, ogni discrepanza potrebbe essere risolta attraverso la corretta interpretazione del concetto di parte di cui all'art. 2909 c.c.⁷⁴.

Per motivi di completezza non può mancare un richiamo ai procedimenti che

⁷¹ Così: Cass. 24 gennaio 1977, n. 352, in *Rep. Foro it.*, 1977, voce *Sfratto*, n. 7; Id. 3 novembre 1982, n. 5775, *ivi*, 1982, voce *Locazione*, n. 1018; Id. 10 maggio 1985, n. 2919; Id. 1 dicembre 1994, n. 10270, in *Arch. loc. e cond.*, 1995, p. 345 ss.

⁷² LANFRANCHI, *op. cit.*

⁷³ PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile, op. cit.*, p. 561 ss.

⁷⁴ Si veda l'opera di MONTELEONE, *I limiti soggettivi del giudicato*, Padova, 1978, a cui si rimanda anche per una più ampia panoramica in materia. Dopo aver esaminato le diverse posizioni in materia l'A. conclude per la necessità di intendere i limiti soggettivi del giudicato nei termini fissati positivamente dall'art. 2909 c.c., perché ogni ampliamento dell'efficacia del giudicato nei confronti di terzi sarebbe in contrasto tanto con i valori di libertà ed eguaglianza che con i principi supremi dell'ordinamento – in primo luogo il principio del contraddittorio, il diritto di agire e difendersi in giudizio.

Il giudicato si estende in ogni caso solo alle parti in senso sostanziale, che non possono essere considerati tecnicamente terzi.

Ovviamente tutto ciò vale sino al momento in cui non vengano messi in moto i meccanismi necessari per garantire il diritto di agire e difendersi dei terzi che siano parti di rapporti pregiudicati: così ad es. la sospensione necessaria, la chiamata in causa per ordine del giudice.

Bisogna poi aver in mente la differenza che vi è tra i pregiudizi che possono derivare in fatto ai terzi dall'estensione degli effetti in diritto del giudicato nei confronti dei terzi.

si svolgono secondo il paradigma proprio dei procedimenti in camera di consiglio, comunque esclusivamente sommari. Si è detto nel paragrafo precedente che la giurisprudenza, tanto della Cassazione che della Corte costituzionale, è concorde nel ritenere che il procedimento debba subire «un'operazione di costituzionalizzazione», perché si possa ritenere idoneo a portare al giudicato. In proposito, si è visto, sono svariate le soluzioni proposte per assicurare le garanzie necessarie al raggiungimento del giudicato.

La panoramica compiuta intorno ai provvedimenti frutto di una cognizione sommaria non cautelare, dimostra come le componenti della categoria degli accertamenti con prevalente funzione esecutiva sia eterogenea dal punto di vista funzionale e strutturale.

Questo lavoro di riepilogazione si è reso necessario per catalogare il provvedimento di cui all'art. 19, classificato da parte della dottrina come accertamento con prevalente funzione esecutiva⁷⁵, sottolineando come il provvedimento mantenga in virtù dell'ultimo comma la sola efficacia esecutiva, analogamente a qualsiasi provvedimento anticipatorio.

Sulla base della ricostruzione che si è compiuta non sembra che sia collocabile in nessuna delle sottocategorie delineate.

Non tra i provvedimenti anticipatori perché essi si caratterizzano per essere adottati in pendenza di un processo a cognizione, che prosegue ed è destinato a concludersi con una sentenza. Non sono idonei al giudicato perché è la temerarietà che li caratterizza, essendo destinati ad essere assorbiti dalla sentenza che chiude il giudizio. Non c'è una vicenda giuridica processuale lasciata pendente a tempo indeterminato. Solo nel caso in cui si verifichi la vicenda anomala dell'estinzione, si è visto, sussistono dubbi sulla portata mantenuta da questi provvedimenti, ed allora, facendo appello agli esposti principi costituzionali, si è ritenuto di poter accogliere la tesi dell'immediato passaggio in giudicato del provvedimento, considerando il consenso espresso o tacito all'estinzione, una rinuncia alla cognizione piena al pari della mancata opposizione.

Pur aderendo alla dottrina⁷⁶ che considera un unico procedimento quello di cui all'art. 19, sia che si chiuda con un provvedimento sommariamente adottato che prosegua secondo le disposizioni del rito formale, non si può considerare il primo provvedimento anticipatorio, perché ove il giudice valutasse sussistenti i presupposti per adottarlo il procedimento si chiuderebbe in modo del tutto anomalo rispetto alle categorie consolidate.

Il meccanismo riprodotto all'art. 19, che si esaminerà più attentamente nel

⁷⁵ Così PROTO PISANI, *La nuova disciplina*, cit., c. 14.

⁷⁶ Così CAPPONI, *Procedimento sommario di cognizione*, cit., p. 8 ss., ha sottolineato che la specialità del provvedimento di cui all'art. 19 va valutata in relazione al procedimento disciplinato dal Titolo I, perché, come sottolineato nella relazione illustrativa, il diritto societario costituisce un corpo di norme pressoché autosufficiente, solo residualmente integrabile dalla normativa generale del codice di procedura civile; MENCHINI, *Il giudizio sommario per le controversie societarie, finanziarie e bancarie*, cit., p. 6 ss.

prossimo paragrafo, sembra richiamare quello proprio dei procedimenti decisorii sommari, solo che la trasformazione del procedimento in cognizione piena non è affidata alla reazione dell'intimato o del convenuto, ma alla valutazione discrezionale del giudice ed il provvedimento sommariamente adottato per espressa disposizione di legge non passerà mai in giudicato, a meno che non venga appellato.

La domanda che viene da porsi è perché, se è vero che si riproduce il meccanismo descritto, si rinuncia al giudicato, quanto sembra che sia rispettata la garanzia del diritto di difesa?

Il problema che si è sempre posto è quello di assicurarsi della presenza di queste garanzie a fronte del giudicato, l'inverso sembra essere un assurdo.

3. I caratteri del procedimento di cui all'art. 19, d.lgs. n. 5 del 2003

L'art. 19 del decreto n. 5 del 2003 così come corretto dal CdM del 29 gennaio 2004 prevede come alternativa al giudizio formale di cognizione la possibilità di attivare il procedimento sommario di cognizione, purché oggetto del diritto sia una somma, anche non liquida, di denaro ovvero la consegna di una cosa mobile determinata⁷⁷, eccezion fatta delle azioni di responsabilità da chiunque proposte; questo procedimento può concludersi alternativamente con un provvedimento esclusivamente esecutivo ovvero con uno idoneo al passaggio in giudicato: tutto ciò non dipende da un comportamento delle parti ma da una valutazione compiuta dal giudice, censurabile in grado d'appello. Si perché quest'ultimo risulta essere l'unico strumento di critica nei confronti di un provvedimento inidoneo al passaggio in giudicato, al contrario di quello che conclude il procedimento d'appello.

L'art. 12, 2° comma, lett. b) della legge-delega n. 366 del 2001 ha attribuito al Governo il potere prevedere ipotesi eccezionali di giudizio monocratico in considerazione della *natura degli interessi coinvolti*.

Diversa è anche la composizione del Tribunale competente a conoscere del procedimento sommario rispetto al Tribunale competente a conoscere del procedimento formale: nel primo caso è il Tribunale in composizione monocratica, davanti al quale proseguirà il procedimento se dopo la prima fase speciale l'og-

⁷⁷ CATALDI, *La riforma del diritto societario*, cit., p. 6 ss. ha precisato che questa serie di ipotesi non includerebbe le azioni di rivendica o, comunque, le restitutorie conseguenti alla violazione di diritti reali, perché altrimenti il legislatore anziché il termine «consegna» avrebbe usato quello di «restituzione».

Non si è d'accordo con questa limitazione, considerando che il termine consegna è semplicemente più generico di quello restituzione, importando quest'ultimo la consegna di una cosa già propria di colui a favore del quale viene fatta: l'uso di un termine più generale ha lo scopo di comprendere un più ampio ventaglio di ipotesi, includenti quelle specifiche che aggiungono ulteriori contrassegni limitativi rispetto a quelli fissati dal termine generale.

getto della causa ovvero le difese svolte dal convenuto dovessero richiedere una cognizione non sommaria; nel secondo caso è il Tribunale in composizione collegiale.

La differente composizione del Tribunale depone a favore della differenziazione tra i due procedimenti anche quando il giudizio dovesse proseguire a cognizione piena e non arrestarsi con un'ordinanza esclusivamente esecutiva: il procedimento di cui all'art. 19, che può avere i due esiti visti, è speciale rispetto al procedimento di cui al capo 1 anche quando prosegue con l'istruttoria formale; la differenziazione nella composizione del Tribunale è dovuta al fatto che il procedimento di cui all'art. 19 è stato progettato per svolgersi in modo più snello, esigenza favorita dall'unicità del giudice e possibile grazie alla selezione delle controversie che possono dare accesso ad esso. Questa soluzione è perfettamente in linea con la configurazione del procedimento come unico e caratterizzato da elementi di specialità rispetto al procedimento formale.

3.1. *L'ambito di applicazione*

Il procedimento può avere ad oggetto esclusivamente un diritto di pagamento di una somma di denaro ovvero di consegna di una cosa mobile determinata.

L'esclusione di una categoria di azioni – quelle di responsabilità – considerata troppo complessa a priori è dovuta all'esigenza di portare davanti al giudice solo controversie di immediata e facile comprensione.

Ci si è chiesti⁷⁸ se facendo appello all'applicazione analogica della disciplina del procedimento per decreto ingiuntivo possa essere esteso anche alle richieste aventi ad oggetto una determinata quantità di cose fungibili.

Sembra preferibile l'opinione di quella parte della dottrina⁷⁹ che ha individuato in questa limitazione la volontà di differenziarne l'oggetto rispetto a quello proprio del procedimento per decreto ingiuntivo, tanto è vero che il procedimento di cui all'art. 19 è esteso alle somme non liquide di denaro, contrariamente al decreto ingiuntivo.

Questa conclusione, che appare perfettamente in linea con le finalità perseguite, ovvero consentire l'inizio dell'esecuzione e l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale, il tutto senza che venga fornita neanche una prova scritta, ma, come contrappeso, senza la possibilità di ottenere la stabilità propria del giudicato, ha imposto al legislatore di aver riguardo a controversie semplici nel loro oggetto ed, evidentemente, un diritto di credito per una determinata quantità di cose fungi-

⁷⁸ Così: TISCINI, *Del procedimento sommario di cognizione*, cit., p. 189 ss., in particolare, l'A. ha rilevato come sia di non poco conto questa estensione perché tra i beni fungibili devono essere incluse le azioni delle società. *Contra* CAVALLINI, *Il procedimento sommario di cognizione nelle controversie societarie*, cit., p. 5 ss.; SALETTI, *Il procedimento societario nelle controversie societarie*, cit., p. 471.

⁷⁹ CAVALLINI, *op. cit.*, p. 6.

bili non è stato ritenuto tale. La logica del procedimento, lo si ripete ancora, è quella dell'estrema semplicità, per modo che quando al giudice risulti evidente la sussistenza del diritto sulla base di una cognizione sommaria non perché superficiale, analogamente a quanto avviene nel procedimento cautelare, ma perché la chiarezza della situazione è tale da lasciare pochi dubbi circa la sussistenza del diritto. Per questo la situazione sostanziale che viene sottoposta al giudice deve essere di facile comprensione. Da questa conclusione, inoltre, si desume che, pur essendo espressamente ammesso l'accesso al provvedimento per somme non liquide di denaro, il giudice debba adottare l'ordinanza di cui al 3° comma quando la somma non sia di pronta liquidazione, perché viene richiesta una cognizione non sommaria.

Essendo una condanna in futuro non in linea con lo spirito dell'ordinanza di cui all'art. 19, 2° comma, il diritto di credito fatto valere deve essere esigibile.

È preferibile la conclusione⁸⁰ che esclude che il provvedimento di cui all'art. 19, comma 2°-bis possa essere pronunciato in accoglimento di una domanda ad una condanna solo generica: argomento *a contrario* potrebbe essere tratto dalla disciplina del procedimento monitorio nell'ambito della quale l'art. 641 c.p.c. indica come necessario contenuto del decreto ingiuntivo la quantificazione delle somme o delle cose dovute; inoltre, sarebbero opponibili sia il rilievo che il 1° comma dell'art. 278 c.p.c. ed il 1° comma dell'art. 2818 c.c. considerano provvedimenti esclusivamente con forma di sentenza, sia la constatazione che il 1° comma indica come oggetto «il pagamento di una somma di denaro». Vero è che per espresso disposto legislativo il provvedimento non produce nessun accertamento del diritto, perciò non avrebbe senso una pronuncia che ha come forza il compiuto accertamento del diritto, a fronte della sua incerta quantificazione.

Si tratta di un procedimento speciale, che non necessariamente conduce al giudicato, alternativo al rito formale di cui agli artt. 1 ss. e che non esclude la possibilità di ricorrere al procedimento per decreto ingiuntivo ove ne dovessero sussistere i presupposti. In sostanza ove il titolare del diritto non abbia a disposizione nessun documento che gli consenta di ottenere un decreto ingiuntivo, può ottenere un provvedimento dotato elusivamente di efficacia esecutiva: con a disposizione qualcosa di meno ottiene un risultato minore.

Il legislatore non ha avuto il coraggio di introdurre nel nostro ordinamento un modello di procedimento monitorio puro, idoneo al giudicato, preferendo un ibrido che, a fronte di una domanda non sorretta da alcuna prova documentale, non consenta al giudice di pronunciare sulla domanda senza che prima venga instaurato il contraddittorio con la controparte, e dove il provvedimento sommariamente adottato non può mai produrre, per espressa disposizione di legge, gli effetti di cui all'art. 2909, pur specificando nello stesso tempo che il giudice non possa pronunciarlo se non quando «ritenga sussistenti i fatti costitutivi della domanda e manifestamente infondata la contestazione del convenuto».

⁸⁰ Così RONCO, *Del procedimento sommario di cognizione*, cit., p. 568 ss.

L'efficacia che caratterizza questo provvedimento ha portato a salutarne l'arrivo, nella stessa relazione alla camera, come il *référé italiano*⁸¹ non tenendo conto della fondamentale differenza che divide i due modelli: l'inidoneità al passaggio in giudicato del *référé* anche a seguito dell'appello.

3.2. *L'introduzione del giudizio, la costituzione delle parti ed i suoi termini*

Il procedimento viene introdotto mediante ricorso a cui nel silenzio della legge sembra applicarsi l'art. 125 c.p.c., disposizione che stabilisce il prototipo di ricorso, in virtù del richiamo generale alle disposizioni del codice di procedura civile, in funzione integrativa, nei limiti della compatibilità con le disposizioni speciali del rito societario e nel caso di specie del procedimento di cui all'art. 19, operato dall'art. 1, 4° comma del decreto.

A norma dell'art. 17, 1° e 2° comma del decreto legislativo tutte le notificazioni e comunicazioni anche nei procedimenti speciali, possono essere fatte oltre che secondo i modi di cui all'art. 136 ss. c.p.c., anche con la trasmissione dell'atto a mezzo di fax o posta elettronica, che sono indicati nel ricorso, senza che questa inadempienza, nel silenzio del legislatore, importi alcuna sanzione: le comunicazioni e le notificazioni telematiche sono disciplinate come libera alternativa alle forme ordinarie.

A seguito delle correzioni apportate al decreto, è stata colmata la lacuna relativa ai termini di fissazione della prima udienza da parte del giudice: il 2° comma oggi dispone che il giudice fissi non oltre sessanta giorni la data di comparizione delle parti, con l'assegnazione al convenuto di un termine per la costituzione non superiore a dieci giorni prima dell'udienza; il termine per la notifica del ricorso unitamente al decreto è di almeno trenta giorni prima la data dell'udienza.

Nel ricorso introduttivo l'attore deve indicare i mezzi di prova dei quali richiede l'ammissione, analogamente il convenuto nella memoria di costituzione, oltre ad aver l'onere di proporre tutte le eccezioni che non siano rilevabili d'ufficio e l'eventuale domanda riconvenzionale: in tal modo il giudice nella prima – ed unica udienza se il procedimento si conclude con l'adozione dell'ordinanza di cui al 2° comma – ha modo di valutare o meno la sussistenza dei presupposti di cui al comma 2°-bis.

L'indicazione dei mezzi di prova non è disposta a pena di decadenza analogamente a quanto avviene con gli atti introduttivi delle parti nel processo del lavoro perciò la mancata indicazione non ha conseguenze in termini di decadenza: per l'attore potrebbe, però, importare il passaggio alla cognizione piena a seguito della valutazione negativa del giudice in ordine alla sussistenza delle condizioni

⁸¹ Si approfondirà questo confronto in un successivo paragrafo interamente dedicato all'argomento, ma fin d'ora è bene anticipare che il modello di riferimento è il *référé provision*, misura anticipatoria che conserva la sua efficacia a tempo indeterminato, fondata essenzialmente su di una cognizione di *fumus*: «*l'obligation n'est pas sérieusement contestable*».

necessarie per l'adozione dell'ordinanza di cui al comma 2°-bis; per il convenuto, invece, può comportare esattamente l'opposto, conseguenza della valutazione di inconsistenza delle sue difese da parte del giudice.

Il fatto che il procedimento venga etichettato come sommario di cognizione, non esclude di per sé che il convenuto possa opporre alle pretese attoree delle difese particolarmente complesse, inclusa una domanda riconvenzionale: ove le difese del convenuto richiedessero una cognizione più ampia, il giudice, anziché pronunciare il provvedimento esclusivamente esecutivo, dovrebbe disporre la prosecuzione del procedimento con l'istruttoria, che si svolge secondo le forme del procedimento a cognizione piena. Non è da escludere che la domanda riconvenzionale possa risultare immediatamente infondata al pari di un'eccezione qualunque ed allora nulla esclude che il giudice adotti l'ordinanza *ex art.* 19, comma 2°-bis⁸².

Il ricorrente all'udienza in cui si sostanzia la fase sommaria ha l'onere di proporre le eccezioni intese a far apparire le difese di parte convenuta infondate.

Non vengono specificate le conseguenze a cui va incontro il convenuto ove si costituisca oltre il suddetto termine. Nel silenzio della legge non sembra che al convenuto che si costituisca fuori termine possa essere negato il diritto di proporre l'eventuale domanda riconvenzionale ovvero le eccezioni in senso stretto⁸³: se il convenuto non si costituisce entro la prima udienza di trattazione, incorre nel rischio che il giudice accolga la domanda attorea, dando un preciso senso alla sua contumacia.

Alla mancata costituzione si deve dare il significato di cui all'art. 13, 2° comma, ovvero i fatti allegati dal ricorrente si intenderanno non contestati ed il giudice deciderà sulla domanda in base alla concluzione di essa⁸⁴. Questo signi-

⁸² Così ARIETA-DE SANTIS, *op. cit.*, p. 363.

⁸³ Così TISCINI, *op. cit.*, p. 195.

⁸⁴ Così CAPPONI, *op. cit.*, p. 15; SALETTI, *op. cit.*, p. 475; TISCINI, *op. cit.*, p. 196; *contra* CATALDI, *op. cit.*, p. 5 ss., secondo il quale l'attribuzione del significato di cui all'art. 13, 2° comma alla contumacia sarebbe giustificabile sulla base del peculiare meccanismo introduttivo che caratterizzerebbe il rito societario di cognizione piena, perciò la contumacia nel procedimento di cui all'art. 19, non esonerando l'attore dall'onere della prova, non potrebbe che condurre all'istruzione probatoria; così pure MENCHINI, *op. cit.*, p. 11, secondo il quale in questa eventualità, in forza dell'art. 1, 4° comma troverebbero applicazione i principi generali del codice di procedura civile in materia di contumacia desumibili dagli artt. 290 ss. In ordine a quest'ultima posizione si può controbattere citando il disposto stesso della norma, che specifica che «*Per quanto non diversamente disciplinato dal presente decreto, si applicano, le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili*».

Qualora il convenuto non si costituisca ciò che differenzia essenzialmente i due procedimenti sono le modalità di fissazione della prima udienza che nel procedimento di cui all'art. 19 sono lasciate al giudice attraverso il meccanismo del ricorso introduttivo e del decreto di fissazione della prima udienza per favorirne la celerità. Se si ritiene che meccanismo per la fissazione della prima udienza e per la costituzione del convenuto sia rispettoso del suo diritto di difesa, e così può essere ritenuto, a maggior ragione, dopo l'intervento sulla l. 24 gennaio 2004, che ha ridotto la discrezionalità del giudice in proposito, il problema è più che altro quello di assicurarsi che il convenuto sia consapevole della conseguenza a cui va incontro non costituendosi, visto il significato che verrà at-

fica che esclusa la necessità dell'istruzione probatoria il giudice rimane libero di valutare l'idoneità in diritto dei fatti allegati a giustificare l'accoglimento della domanda, di rilevare i fatti modificati, estintivi ed impeditivi rilevabili d'ufficio, di valutare liberamente le risultanze probatorie. È certo che in questo caso si configurerebbe una disparità di trattamento rispetto alla mancata costituzione nel giudizio a cognizione piena, discriminazione operata senza nessuna logica ragione: nell'un caso la contumacia del convenuto legittimerebbe la pronuncia di un provvedimento dotato della sola efficacia esecutiva, nell'altro legittimerebbe la pronuncia di un provvedimento dotato di qualcosa di più, idoneo ad acquisire la stabilità propria del giudicato e, quindi, ad una statuizione definitiva in ordine all'esistenza del diritto che si vuole soddisfare.

In ordine a quest'ultima questione l'unico modo per evitare che la disciplina vada incontro ad una pronuncia di illegittimità costituzionale è ritenere che il procedimento segua, eccezion fatta per la fase introduttiva, in caso di mancata costituzione del convenuto la disciplina di cui agli artt. 6 ss., tanto in ordine al significato attribuibile alla contumacia, che è quello di cui all'art. 13, 2° comma, che in ordine all'efficacia propria del provvedimento adottato che, a prescindere dalla forma, non potrà che essere quella propria delle sentenze, con il suo passaggio in giudicato ove il convenuto faccia decorrere inutilmente il termine per l'appello. A livello testuale non c'è nessun ostacolo all'accoglimento di questa soluzione perché il comma 2°-bis prevede che il giudice pronunci ordinanza immediatamente esecutiva nell'eventualità in cui oltre a ritenere sussistenti i fatti costitutivi consideri manifestamente infondata la difesa del convenuto, lasciando supporre che questo debba essersi costituito e che solo in questa eventualità all'ordinanza non debbano seguire gli effetti di cui all'art. 2909 c.c.⁸⁵. Il 3° comma dell'art. 19 prevede la prosecuzione del giudizio secondo le disposizioni del rito formale, partendo dalla memoria di replica dell'attore di cui all'art. 6, nel caso in cui l'oggetto della causa o le difese svolte dal convenuto richiedano una cognizione non sommaria, oltre che in tutti gli altri casi in cui il giudice non disponga a norma del comma 2°-bis. Vi è un rinvio generale alle disposizioni del rito formale, con esclusione di quelle che disciplinano la fase introduttiva, che rimane speciale. L'altro elemento di specialità del procedimento è la possibilità della pronuncia del provvedimento di cui al comma 2°-bis. Essendo quest'ultimo un provvedimento del tutto anomalo è lecito ritenere che la sua pronuncia possa avvenire solo nei casi espressamente contemplati dalla legge, cioè quando il convenuto si costituisca e ricorra la situazione dettagliatamente descritta dalla norma.

Esclusa l'applicazione analogica del comma 2°-bis, la soluzione preferibile,

tribuito alla sua contumacia. Si ritiene che la ricostruzione del procedimento che è stata accolta nel testo sia idonea a fugare dubbi di illegittimità costituzionale sotto questo profilo: siamo in presenza di un unico procedimento in cui il giudice, ove non consideri sussistenti i presupposti di cui al comma 2°-bis, prosegue il giudizio secondo le disposizioni di cui all'art. 6 ss.

⁸⁵ Così ARIETA-DE SANTIS, *op. cit.*, p. 368.

perché rispettosa dei principi costituzionali, sembra essere quella per cui si debbano applicare le disposizioni comuni al rito societario a cognizione piena. L'esattezza della scelta di questa opzione viene confermata dalla lettura del comma successivo: in primo luogo il 3° comma prevedendo che il giudice assegni con ordinanza i termini di cui all'art. 6, dispone implicitamente che il giudizio prosegua a norma delle disposizioni di cui all'art. 6 ss., compreso l'art. 13, 2° comma; in secondo luogo, alludendo genericamente alle difese del convenuto include anche l'eventualità in cui queste non ci siano affatto; infine, secondo il nuovo disposto del 3° comma il giudizio deve proseguire a cognizione piena in ogni caso in cui il giudice non provveda a norma del comma 2°-bis.

La soluzione adottata è coerente con la ricostruzione che vuole quello delineato come un unico procedimento con due possibili esiti – l'immediata chiusura con un'ordinanza esecutiva ovvero la prosecuzione secondo le disposizioni del rito formale – ed è l'unica possibile se si vuole evitare la censura di incostituzionalità.

Ove il convenuto non si costituisca è opportuno richiamare i principi in materia di nullità degli atti processuali ed, in particolare, quelli stabiliti in materia di atto di citazione dall'art. 164 c.p.c.⁸⁶, disposizione che sulla base della *ratio* che la anima – prevedendo un meccanismo volto a conservare gli effetti dell'atto introduttivo nei limiti in cui questo risultato non porti un pregiudizio dell'altrui diritto di difesa – può essere applicata a qualsiasi atto introduttivo, anche ove abbia la forma del ricorso, quando il legislatore abbia taciuto sulle modalità di risoluzione del problema.

3.3. *Unicità del procedimento. Litispendenza, connessione, continenza e sospensione*

Altro dubbio a dover essere sciolto è quello relativo all'unità o meno del procedimento complessivamente considerato.

Il 3° comma dell'art. 19 stabilisce che il giudice, ove valuti la necessità di una cognizione non sommaria, assegni all'attore i termini di cui all'art. 6, oltre che in ogni altro caso in cui non disponga a norma del comma 2°-bis.

L'art. 6 disciplina la memoria di replica dell'attore nel giudizio formale, a seguito della costituzione del convenuto.

Non si tratta di integrare gli atti introduttivi per renderli conformi alle esigenze proprie del giudizio a cognizione piena, ma di riprendere la disciplina formale a giudizio ormai iniziato: quello che viene escluso di quest'ultima, ove il giudice opti per la prosecuzione del giudizio a cognizione piena, è la fase iniziale che si svolge secondo la disciplina speciale di cui all'art. 19, 1° e 2° comma.

Non si tratta cioè di un'azione speciale affiancata ad una ordinaria: se così fosse il procedimento speciale volto ad ottenere un provvedimento con funzione

⁸⁶ Così: CAVALLINI, *op. cit.*, p. 9.

esclusivamente esecutiva, dovrebbe chiudersi con un provvedimento eventualmente negativo, della cui stabilità si potrà disquisire, e vi dovrebbe essere un atto introduttivo del secondo giudizio, a cognizione piena, ovvero l'integrazione dell'atto introduttivo del primo giudizio.

Né si tratta di un procedimento unico diviso in più fasi, la prima delle quali sia esclusivamente sommaria, non cautelate, e la seconda a cognizione piena destinata a concludersi con una sentenza, inteso come provvedimento decisorio su diritto, paragonabile al procedimento possessorio, che sia sorretto dallo stesso atto introduttivo per tutto il suo percorso.

Qui si è in presenza di un unico procedimento, che si differenzia da quello generale societario nella fase introduttiva, perché presenta due possibili esiti tra di loro alternativi; la domanda introduttiva deve sorreggere questi due possibili esiti: il giudice può emettere il provvedimento esecutivo di condanna ovvero far proseguire il giudizio secondo le forme ordinarie⁸⁷. Questo significa che il procedimento passata la fase introduttiva speciale, a seguito della pronuncia dell'ordinanza di cui al 3° comma che ha natura ordinatoria, prosegue con il passaggio alla fase istruttoria secondo le disposizioni di cui al capo primo.

L'attore nel momento in cui presenta il ricorso non può prevedere le modalità di svolgimento del procedimento, neanche sulla base della costituzione del convenuto, perché l'esito è rimesso alla valutazione discrezionale del giudice. Quest'ultimo non pronuncia un provvedimento di mutamento del rito; ove non ritenga sussistenti le condizioni per la pronuncia dell'ordinanza il giudizio prosegue senza bisogno di alcuna istanza dell'attore⁸⁸.

Questa ricostruzione presenta il vantaggio, oltre della conservazione degli atti processuali fino a quel momento compiuti, della produzione e conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda fin dalla presentazione del ricorso introduttivo.

Alla luce della soluzione accoltasi può risolvere il problema dell'applicabilità della disciplina comune della litispendenza in caso di contemporanea pendenza di un procedimento iniziato a norma dell'art. 19 con un procedimento formale.

Per risolvere questo dilemma è necessario tenere presente due punti: il procedimento può avere due possibili esiti rimessi ad una valutazione discrezionale del giudice; la sentenza di merito, che normalmente conclude un giudizio a cognizione piena, contiene gli effetti dell'ordinanza di cui all'art. 19, comma 2°-bis, ma non per questo ne esaurisce l'utilità.

Tenendo conto dei due punti sopra enunciati si possono tracciare un ventaglio di ipotesi.

Partendo dalla più elementare, cioè quella in cui entrambi i due procedimenti

⁸⁷ CAPPONI, *op. cit.*, p. 8 ss.; MENCHINI, *op. cit.*, p. 6 ss.

⁸⁸ Così CAPPONI, *op. cit.*, p. 7; *contra* CATALDI, *op. cit.*, p. 10; CAVALLINI, *op. cit.*, p. 8; SALETTI, *op. cit.*, p. 479; TISCINI, *op. cit.*, p. 199.

con identico oggetto pendano entrambi nella fase a cognizione piena: in questo caso si applica sicuramente la disciplina comune della litispendenza.

Vi è poi l'eventualità in cui il procedimento di cui all'art. 19 sia stato introdotto ma ancora il giudice non abbia preso una decisione in ordine all'adozione dell'ordinanza sommaria esecutiva piuttosto che alla prosecuzione con l'istruttoria: in questo caso dal momento che vi è ancora la possibilità dell'adozione di un provvedimento che fornisce un'utilità differente dalla sentenza di primo grado perché consente di abbreviare i termini per ottenere un titolo esecutivo, tutt'al più, i due giudizi potranno essere riuniti; qualora, però, il giudice ritenesse insussistenti i presupposti per l'adozione di un'ordinanza solo esecutiva, anziché pronunciare l'ordinanza di cui all'art. 19, 3° comma, proseguirà solo con il procedimento a cognizione piena.

Qualora, infine, fosse già stata adottata l'ordinanza di cui all'art. 19, comma 2°-bis, fornendo quest'ultima un'utilità differente da un provvedimento di merito idoneo al giudicato, il procedimento a cognizione piena prosegue ed il provvedimento già adottato ha la stessa funzione di un qualsiasi provvedimento anticipatorio.

La particolarità del procedimento fornisce le basi necessarie per stabilire l'applicabilità o meno della disciplina del codice di procedura civile in materia di connessione, continenza e sospensione qualora vi sia un collegamento tra l'oggetto del procedimento di cui all'art. 19 ed un processo a cognizione piena.

In caso di connessione di cause la riunione dei due procedimenti non è possibile quando il procedimento di cui all'art. 19 sia nella fase speciale, per la diversità di scopi perseguiti dai due giudizi; la riunione è possibile qualora il procedimento di cui all'art. 19 sia entrato nella fase a cognizione piena.

In caso di continenza di cause la risoluzione di ogni dilemma deve partire dalla constatazione che l'utilità fornita dal provvedimento di cui all'art. 19 comma 2°-bis, ovvero la possibilità di ottenere un titolo esecutivo in tempi rapidi, è differente da quella di una sentenza. Perciò si applica la disciplina ordinaria solo nel caso in cui entrambi i giudizi dovessero pendere nella fase a cognizione piena.

Qualora il procedimento di cui all'art. 19 penda nella fase sommaria la riunione dei due non sarebbe possibile: il processo a cognizione piena continua con la sua vita autonoma ed il provvedimento emesso può avere, al massimo, il ruolo di ordinanza anticipatoria, ove il suo oggetto sia compreso in quello del giudizio ordinario; nell'ipotesi contraria il giudizio a cognizione piena arriva ad un accertamento idoneo al giudicato solo per parte dell'oggetto dell'ordinanza di cui all'art. 19, comma 2°-bis.

Se il procedimento di cui all'art. 19 è nella fase sommaria non è concepibile immaginare una relazione di pregiudizialità-dipendenza con un processo a cognizione piena che dia luogo ad un fenomeno di sospensione necessaria.

3.4. I poteri del giudice nella fase speciale

Un fattore da metter in evidenza è il potere di cui è dotato il giudice nella fase speciale, a differenza dell'analoga fase del procedimento formale ed a differenza

anche del meccanismo proprio dei procedimenti decisorii sommari a cui siamo abituati.

Nei due modelli che si sono richiamati la sola opposizione del convenuto o dell'intimato è sufficiente per passare alla cognizione piena e ciò dopo la pronuncia del provvedimento sommariamente adottato. Nel procedimento di cui all'art. 19 il provvedimento sommariamente adottato può essere pronunciato solo dopo l'instaurazione del contraddittorio e la formulazione delle difese del convenuto attraverso la sua costituzione, che, tuttavia, non è sufficiente per la trasformazione del procedimento in un processo a cognizione piena: è il giudice che valuta, sembra discrezionalmente, la fondatezza della domanda attorea e delle difese del convenuto e considera l'eventualità della prosecuzione. Inoltre il meccanismo che consente il passaggio alla cognizione piena non ha nulla a che vedere con un'opposizione perché non c'è nessun provvedimento se il giudice decide di proseguire con la cognizione piena.

Neppure ove il convenuto dovesse non costituirsi il giudice potrebbe ritenersi obbligato a pronunciare il provvedimento esecutivo. Si è detto sopra che alla contumacia si è ritenuto di attribuire il valore di *ficta confessio*, lasciando al giudice la libera valutazione dei fatti allegati, oltre alla possibilità delle eccezioni rilevabili anche d'ufficio, ma pure che in questo caso egli deve disporre la prosecuzione del giudizio a cognizione piena ed, applicando l'art. 13, 2° comma, pronunciare una sentenza a tutti gli effetti.

Nel processo ordinario di primo grado disciplinato dal libro secondo del codice di procedura civile l'art. 187, 1° comma prevede che il giudice possa rimettere immediatamente la causa in decisione ove la ritenga già matura ovvero, in caso contrario, possa disporre la prosecuzione del giudizio con l'istruzione probatoria e l'ordinanza, con cui fissa la nuova udienza piuttosto che la remissione in decisione, ha carattere ordinatorio. Così nel procedimento di cui all'art. 19, solo che la biforcazione ipotetica del procedimento è ancor più evidente perché ove il diritto risulti esistente anziché procedere con la remissione in decisione si adotta immediatamente un provvedimento rispondente alla domanda attorea, altrimenti si procede con l'istruzione probatoria, dopo aver esaurito le repliche secondo le disposizioni comuni della disciplina speciale del processo societario. L'ordinanza che dispone la prosecuzione del procedimento ha carattere istruttorio, analogamente a quella che dispone la prosecuzione del processo ordinario con l'istruzione probatoria.

Ove non ricorrano i presupposti di cui al 1° comma dell'art. 19 il procedimento si conclude con un provvedimento di rigetto della domanda per carenza di presupposti processuali. Quest'ultimo provvedimento ha il contenuto e l'efficacia propria di una sentenza di rigetto in rito: si è già detto che si è davanti ad un rito speciale sia nella fase introduttiva sia, soprattutto, perché presenta in più la possibilità di concludersi con un provvedimento idoneo solo a dar inizio all'esecuzione forzata ove il giudice, senza bisogno di procedere all'istruzione, ritenga sussistenti i fatti costitutivi della domanda e manifestamente infondata la contestazione del convenuto; a parte questo, il giudice ha a disposizione lo stesso ventaglio di ipotesi di pronunce che in un giudizio ordinario.

Il provvedimento sommariamente adottato è soggetto ad appello: il meccanismo dell'impugnazione potrebbe riprodurre quello dell'opposizione, ma l'inutile decorso del tempo non ha nessun effetto sulla sua stabilità. Oltre al fatto che, e questo è un punto che deve essere approfondito, l'appello proprio perché oggi si caratterizza per essere un giudizio di revisione di quello di primo grado è inidoneo a soddisfare l'esigenza di un grado di cognizione piena dopo quella esclusivamente sommaria.

Contro l'errata valutazione del giudice di primo grado che potrebbe privare arbitrariamente il convenuto di un grado di cognizione, quale rimedio avrebbe quest'ultimo? Il convenuto soccombente potrebbe impugnare il provvedimento in appello denunciando l'errata valutazione del giudice in primo grado, ma comunque il convenuto verrebbe arbitrariamente privato di un grado di giudizio a cognizione piena, perché, essendo la disciplina dell'appello quella ordinaria, questo non rientra tra i casi in cui è consentito la remissione della causa al giudice di primo grado.

3.5. *L'istruttoria della fase sommaria e la cognizione del giudice*

Un punto particolarmente problematico è l'istruttoria propria della fase sommaria, o meglio il grado di certezza della sussistenza del diritto necessaria per l'adozione dell'ordinanza immediatamente esecutiva ed idonea all'iscrizione dell'ipoteca giudiziale.

Si è già detto che il provvedimento non appartiene al novero di quelli anticipatori: non è idoneo a fornire l'anticipazione di nessun provvedimento, basato su di una cognizione a questo punto completa, perché con esso si chiude il procedimento. Dal momento che il procedimento non termina con un provvedimento idoneo al giudicato, vi è la possibilità che ne sia iniziato un altro che si concluda con una sentenza sostanziale, ad iniziativa della parte soccombente, ma anche dell'attore dal momento che la mera efficacia esecutiva del provvedimento fornisce un'utilità ben diversa rispetto al giudicato, per cui si potrebbe ipotizzare l'anticipazione degli effetti di un provvedimento, non sappiamo di quale probabile emanazione. Anche guardando l'efficacia del provvedimento da questo angolo visuale non potrebbe classificarsi come d'anticipazione: la cognizione si estende a tutto il materiale allegato dalle parti e l'istruttoria si chiude con l'adozione del provvedimento. Dunque non si è in presenza di una cognizione sommaria perché incompleta: l'ipotetica anticipatorietà messa in evidenza non è tale da far definire il provvedimento anticipatorio perché non garantisce, una seppur ipotetica, continuità della cognizione.

L'assenza di qualsiasi presupposto di *periculum* per l'adozione del provvedimento farebbe escludere la possibilità che il giudice si limiti a verificare la sussistenza del *fumus*.

In dottrina⁸⁹ sono stati individuati i caratteri differenziali della cognizione

⁸⁹ PROTO PISANI, *L'istruzione nei procedimenti sommari*, cit., c. 17 ss.; ID., *Appunti sul valore della cognizione piena*, cit., c. 65 ss.

sommatoria a prescindere dalla funzione del procedimento che la accoglie. Così Proto Pisani ha desunto *a contrario* dai caratteri della cognizione piena quelli propri della cognizione sommatoria: se la prima equivale a predeterminazione legale delle forme e dei termini dell'intero processo, con la possibilità di controllabilità *in iure* di ogni momento, cognizione sommatoria è quella i cui termini e le forme sono rimesse per la massima parte al giudice, senza che questo significhi che la conoscenza raggiunta dal giudice in questo caso sia meno razionale rispetto a quella raggiungibile in un processo a cognizione piena, la prevalenza data a quest'ultima è dovuta unicamente alla maggiore controllabilità dell'attività del giudice.

Questo significa che anche nei procedimenti a cognizione sommatoria è richiesto lo stesso grado di certezza circa la sussistenza o meno del diritto fatto valere solo che il giudice la raggiunge secondo modalità e tempi da lui determinati?

Così non sembra perché mentre presupposto dei procedimenti cautelari è il *fumus*, i procedimenti sommari decisori contengono l'accertamento della situazione giuridica sostanziale che consente il passaggio in giudicato del provvedimento sommariamente adottato. È vero che in quest'ultimo caso l'accertamento viene legato al significato preventivamente attribuito alla mancata reazione del convenuto.

Non è azzardata l'affermazione secondo cui il livello di profondità raggiunta dalla cognizione del giudice dipende dalla funzione del provvedimento da adottare.

Così ci si può accontentare del *fumus*, quando il provvedimento sommariamente adottato non ha lo scopo di accelerare la soddisfazione del diritto controverso, ma di apprestare in anticipo i mezzi necessari affinché l'accertamento e l'eventuale esecuzione forzata del diritto possa avvenire quando sia consentito dai tempi richiesti dal processo ordinario o comunque a cognizione piena.

Diversa è la situazione quando il provvedimento sommariamente adottato debba prendere il posto del provvedimento di merito emesso al termine del processo a cognizione piena. Si è visto che la cognizione del giudice in questo caso è sommatoria perché superficiale – come nel caso del decreto ingiuntivo, superficiale perché prende in considerazione solo le ragioni del ricorrente e perché la domanda può essere sorretta da prove scritte che di per sé non sarebbero sufficienti all'accoglimento – ovvero perché incompleta – come nel caso dei procedimenti sommari strutturati sul modello proprio del procedimento per convalida di licenza o sfratto. In tutti questi casi il provvedimento non appena viene emesso non contiene ancora l'accertamento del diritto idoneo a divenire definitivo attraverso il passaggio in giudicato, ma è il comportamento del convenuto, a cui preventivamente viene attribuito un preciso significato a lui reso noto attraverso un esplicito avvertimento, che consente di pervenire a questo risultato. O si prosegue con la cognizione piena oppure si rinuncia ad essa, con la consapevolezza che ciò determina l'immediato passaggio in giudicato del provvedimento non opposto. L'accertamento sommario del giudice viene legittimato a posteriori dal comportamento passivo del convenuto.

Si è ipotizzato in dottrina⁹⁰ che la cognizione su cui si basa il provvedimento di cui al comma 2°-*bis* dell'art. 19 sia superficiale al pari di quella su cui si basa il decreto ingiuntivo ed in più sia definitiva o meglio destinata a riesame solo in caso di impugnazione.

In realtà vi sono diversi motivi per cui il procedimento in esame non è riconducibile alla categoria dei procedimenti decisori sommari basati su di una cognizione sommaria perché superficiale su modello del procedimento per decreto ingiuntivo.

Una prima rilevante differenza sta nel fatto che il provvedimento detto non può essere adottato senza che il resistente si sia costituito. Questa conclusione è imposta dalla lettera della legge e dalla ricostruzione del procedimento che si è ritenuto di accogliere che lo vuole come unico con momenti di specialità, quali la possibilità della pronuncia di un'ordinanza immediatamente esecutiva nel solo caso espressamente previsto, con la prosecuzione a cognizione piena in tutte le altre eventualità, inclusa quella della contumacia.

Certo è vero che essendo data la sola possibilità dell'impugnazione attraverso l'appello dell'ordinanza, riproducendosi in qualche modo il meccanismo dell'opposizione proprio dei procedimenti decisori sommari, non si vede perché l'inutile decorso del tempo per l'impugnazione non debba essere interpretato come rinuncia del convenuto alla cognizione piena, al pari di quanto avviene per qualsiasi provvedimento sottoposto alle impugnazioni ordinarie. È vero anche che, dopo le riforme di cui è stato oggetto, l'appello non è più idoneo a svolgere una funzione integrativa, in presenza di procedimenti in primo grado sommari⁹¹. Per questo motivo si potrebbe pensare che il legislatore abbia voluto evitare disparità di trattamento concedendo alla parte soccombente la possibilità di avere due gradi di giudizio di merito a cognizione piena ovvero di rinunciare ad esso accedendo immediatamente all'appello. In quest'ultimo caso ove il soccombente decida di rinunciare ad un grado di giudizio, sembrerebbe rispettoso della sua scelta e dell'art. 3 Cost. il concludersi del giudizio, secondo le disposizioni proprie dell'appello ordinario, con una sentenza idonea al passaggio in giudicato. Ma non bisogna dimenticare che ove il soccombente decidesse di non rinunciare ad un grado di giudizio, qualora volesse iniziarlo a prescindere dall'avvio dell'esecuzione forzata, dovrebbe sobbarcarsi l'onere della prova in un giudizio di accertamento negativo del diritto.

La seconda rilevante differenza è data, come si è appena visto e come si approfondirà nel prossimo paragrafo, dall'efficacia riconducibile ai due provvedimenti.

Infine, giova ancora sottolineare la discrezionalità del giudice nel disporre il passaggio al rito a cognizione piena, cosa che si fa dipendere dalla sua valutazione

⁹⁰ Così CAVALLINI, *op. cit.*, p. 9 ss.

⁹¹ TARZIA e CERINO CANOVA, *Realtà e prospettive dell'appello civile*, cit., p. 91.

delle allegazioni del ricorrente e delle difese del resistente, non dalla semplice costituzione di quest'ultimo. Quest'ultima particolarità differenzia il procedimento in questione anche dai procedimenti sommari decisori sul modello del procedimento per convalida di licenza o sfratto.

L'esclusione della riconducibilità del procedimento in esame alla categoria dei procedimenti sommari decisori, comporta l'impossibilità di integrare con le lacune presenti nella disciplina del procedimento di cui all'art. 19 con le disposizioni relative a questa categoria di provvedimenti e con quanto frutto di elaborazione giurisprudenziale e dottrinale in materia⁹².

I differenti presupposti di questo procedimento rispetto al decreto ingiuntivo pongono i due procedimenti l'uno a fianco all'altro, consentendo l'accesso al decreto ingiuntivo ove ne ricorrano i presupposti.

Piuttosto è preferibile ritenere che il procedimento di cognizione davanti al tribunale in composizione monocratica possa essere integrato in virtù dell'art. 18, 1° comma con le disposizioni di cui al capo primo del decreto ed in virtù del richiamo di cui all'art. 1, 4° comma, con i principi del codice di procedura civile, in quanto compatibili, ricavabili in primo luogo dal libro I⁹³.

Ritornando alla questione che si è posta – cioè quella dei caratteri dell'istruttoria del procedimento speciale di cui all'art. 19 – dal momento che, perfettamente in linea con la classificazione almeno di questa fase del procedimento come sommaria, non sono previste forme e termini, ma è rimessa la sua conduzione al giudice – che, in contrasto con l'impostazione politica del procedimento formale societario, decide se adottare l'ordinanza esecutiva ovvero proseguire il procedimento a cognizione piena – è necessario individuare lo scopo del provvedimento.

Lo scopo del provvedimento sembra essere quello di consentire al titolare del diritto di ottenere l'immediata esecuzione del diritto quando, senza indagini particolarmente complesse, risulta evidente la sua sussistenza; l'altra faccia della medaglia è evitare che il convenuto lucra sul tempo necessario per arrivare ad un accertamento pieno. Il pregiudizio a cui questi provvedimenti vogliono porre rimedio è lo stesso per far fronte al quale sono stati pensati i provvedimenti anticipatori, solo che in questo caso il procedimento non continua.

È stato sottolineato⁹⁴ come l'espressione «manifesta infondatezza» richiami altre disposizioni del codice di procedura civile – così l'art. 367, 1° comma c.p.c., che subordina l'effetto sospensivo del regolamento di giurisdizione alla condizione che l'istanza non sia «manifestamente inammissibile» ovvero la contestazione della giurisdizione «manifestamente infondata»; così pure l'art. 375 relativo alla pronuncia in camera di consiglio della Corte di Cassazione che presuppone «la manifesta infondatezza del ricorso principale e di quello incidentale» –

⁹² Così CAPPONI, *op. cit.*, p. 4 ss.

⁹³ CAPPONI, *op. cit.*, p. 4.

⁹⁴ Così CECHELLA, *Il référé italiano nella riforma delle società*, cit., p. 1153.

che recano con sé un livello molto elevato di convinzione dell'infondatezza del mezzo difensivo che si dovrebbe trarre dallo stato degli atti o, al massimo, attraverso l'assunzione di sommarie informazioni.

La Corte costituzionale⁹⁵ risolvendo la questione della legittimità costituzionale di una disposizione, l'art. 19, 3° comma del d.l. 25 marzo 1997, n. 67 convertito nella l. 23 maggio 1997, n. 135⁹⁶, la quale prevede la dimidiazione dei termini processuali, in relazione agli artt. 3, 24, 103, 1° comma, 113 e 125, 2° comma, Cost., ha evidenziato alcuni punti da rispettare per assicurare la legittimità costituzionale di tutti i fenomeni di anticipazione della decisione, senza l'attesa dei tempi tecnici normalmente richiesti per la chiusura di un procedimento: il principio del contraddittorio e la completezza e sufficienza del quadro probatorio ai fini della sentenza da adottare. Questo sarebbe il punto di equilibrio tra le norme che impongono speciali oneri alle parti, tra una disciplina orientata ad una più celere trattazione della controversia e la salvaguardia dei diritti di difesa, dell'integrità del contraddittorio e della completezza dell'istruttoria. Il garante di questo equilibrio sarebbe il giudice.

I principi appena enunciati si adattano a pennello al giudizio abbreviato di cui all'art. 24, 4° comma, d.lgs. n. 5 del 2003, ovvero alla decisione in forma abbreviata nella camera di consiglio fissata per la trattazione della domanda cautelare.

Si è detto⁹⁷ che tanto la funzione di questo istituto e quella del giudizio sommario di cui all'art. 19 è la medesima: quella di creare un ponte tra processo sommario, cautelare e non, e processo di merito al fine di ottimizzare il tempo necessario per la cognizione. Ciò nel primo caso è vero, ma nel secondo no perché al provvedimento che chiude il giudizio manca l'idoneità al giudicato, senza la quale non si vede il senso di richiedere che l'ordinanza sia il frutto di un quadro probatorio completo.

L'efficacia e lo scopo del provvedimento richiedono una cognizione allo stato degli atti, che può spingersi sino all'assunzione di informazioni, in modo che l'emersione da una cognizione non complessa dell'evidenza della sussistenza del diritto farebbe apparire come un pregiudizio l'attesa del tempo necessario per ottenere un provvedimento a cognizione piena se al titolare del diritto non fosse data la facoltà di anticipare l'esecuzione, ottenendo prima un titolo in tal senso.

La funzione del provvedimento esclude che esso possa essere adottato quando il convenuto alleggi prove costituende che richiedano tempi lunghi per la loro assunzione ovvero quando venga disconosciuta una scrittura privata.

È da accogliere l'opinione⁹⁸ secondo cui la fase sommaria o meglio la valuta-

⁹⁵ Corte cost. 10 novembre 1999 n. 427, in *Foro it.*, 2000, I, c. 746 ss.

⁹⁶ Si tratta della disciplina relativa ai giudizi concernenti provvedimenti relativi a procedure di affidamento di incarichi di progettazione e attività tecnico-amministrative ad essa connesse, e provvedimenti di aggiudicazione, affidamento ed esecuzione di opere pubbliche o di pubblica utilità.

⁹⁷ Così CECHELLA, *op. cit.*, p. 1158.

⁹⁸ MENCHINI, *op. cit.*, p. 10.

zione del giudice circa la possibilità di chiudere l'udienza con l'ordinanza dotata della sola efficacia esecutiva debba tendenzialmente svolgersi in un'unica udienza: in caso contrario verrebbe meno il senso di tutto l'istituto. Perciò, nel momento in cui il convenuto dovesse chiedere l'assunzione di un mezzo di prova, solo in due eventualità il giudice può chiudere il provvedimento con l'ordinanza di cui all'art. 19, comma 2°-bis: la contestazione appare manifestamente infondata e le eventuali richieste istruttorie irrilevanti; i mezzi di prova richiesti o allegati si esauriscono nella prima udienza e mostrano la sussistenza delle condizioni di cui alla citata norma.

Non sembra accoglibile il punto di vista di Ronco⁹⁹, secondo il quale l'istruzione probatoria dovrebbe essere limitata alla sola possibilità di acquisire documenti, senza poter assumere prove costituende neanche in via informale.

Quest'ultima eventualità, in particolare, sarebbe esclusa dal mancato richiamo all'istruttoria propria dei procedimenti in camera di consiglio, come avverrebbe al contrario per differenti altri procedimenti enunciati¹⁰⁰; la possibilità dell'assunzione di mezzi di prova costituendi previsti nel giudizio ordinario dovrebbe essere esclusa dall'esigenza di evitare duplicazioni del giudizio a cognizione piena e disparità di trattamento, non giustificandosi sulla base della stessa qualità di prove, quelle costituende, il raggiungimento di risultati così differenti, giudicato a fronte della semplice efficacia esecutiva.

Vi è in primo luogo un discorso circa l'utilità del provvedimento: la concorrenza con il procedimento per decreto ingiuntivo renderebbe l'applicazione di quello di cui all'art. 19 quasi nulla; in secondo luogo, la limitazione sarebbe resa ancor più gravosa dalla constatazione che «l'opposizione» rivestirebbe le forme dell'appello, con le conseguenti applicazioni della disciplina dei *nova*.

L'impostazione di Ronco¹⁰¹ sarebbe ulteriormente penalizzante per il convenuto perché, mentre l'attore avrebbe la possibilità, senza incappare nelle limitazioni date dalla disciplina dei *nova* in appello, di articolare per la prima volta tutte le prove costituende in tale sede perché il suo scopo presentando ricorso ex art. 19 sarebbe unicamente quello di ottenere il provvedimento ex art. 19 comma 2°-bis sulla base delle prove documentali, il convenuto avrebbe l'onere di articolare tutte le prove necessarie per dimostrare la fondatezza delle proprie eccezioni, per impedire nel contempo l'emissione dell'ordinanza esecutiva e ottenere la trasformazione del procedimento in ordinario.

Questa opinione non può essere accolta a fronte della ricostruzione del procedimento che lo vuole unico con due possibili esiti: l'attore nell'atto introduttivo deve proporre tutte le proprie argomentazioni anche in ordine alle richieste istruttorie sia perché deve dimostrare la fondatezza della propria pretesa, sia perché non può sapere quale sarà la forma e l'efficacia del procedimento che chiuderà il giudizio.

⁹⁹ RONCO, *op. cit.*, p. 534 ss.

¹⁰⁰ RONCO, *op. cit.*, p. 542 ss.

¹⁰¹ RONCO, *op. cit.*, p. 601 ss.

Una soluzione per ampliare l'ambito di applicazione del procedimento, secondo Ronco, sarebbe quella di stravolgere il significato dell'espressione «manifestamente infondata» intendendo questo termine come sinonimo di «probabilmente» e facendo ricorso alla disciplina delle preclusioni di cui all'art. 2729 c.c.

Ma non si vede come non possa ritenersi arbitraria questa interpretazione, che forza la lettera del testo, piuttosto che quella che vuole l'istruttoria deformalizzata.

In ordine alla possibilità delle sole prove documentali per sorreggere la domanda, si deve considerare che una simile limitazione sarebbe del tutto arbitraria, soprattutto in considerazione del fatto che in altri casi, così per il procedimento per decreto ingiuntivo, il legislatore la specifica espressamente.

Come non considerare che ci troveremmo davanti ad una palese violazione dell'art. 2 Cost. ove si consentisse di ricorrere a questo strumento quando il creditore avesse a disposizione un documento e, al contrario, non si consentisse ove avesse a disposizione uno strumento probatorio se non altrettanto rapido poco meno.

La possibilità o meno di assumere un mezzo di prova costituendo è condizionata solo dallo scopo del provvedimento – ottenere un titolo esecutivo in un breve lasso di tempo –, quando essa sia troppo lunga si deve passare alla cognizione piena¹⁰².

L'inidoneità al giudicato del provvedimento consente l'assunzione di prove anche senza il rigoroso rispetto dei caratteri dell'istruzione probatoria propria del procedimento a cognizione piena, in armonia con i principi generali esposti e sempre nel rispetto dei principi del contraddittorio e del diritto di difesa delle parti.

Dal momento che la fase sommaria del procedimento, per rimanere aderenti al suo scopo, dovrebbe svolgersi in un'unica udienza negli atti introduttivi le parti hanno l'onere di articolare le prove; ciò non toglie che le parti possano produrre documenti direttamente in udienza e articolare prove direttamente in udienza con la loro immediata assunzione.

3.6. *Ipotesi particolari di chiusura del procedimento*

È da escludere che il giudice possa pronunciare una sorta di ordinanza con riserva delle eccezioni o della domanda riconvenzionale del convenuto¹⁰³: a parte l'espressa previsione della possibilità di adozione del provvedimento esclusivamente nel caso in cui il giudice ritenga sussistenti i fatti costitutivi della domanda e – non o – manifestamente infondata la contestazione del convenuto – termine ampio che comprende l'intera difesa – si avrebbe l'assurdo risultato di una parte del giudizio, quello introdotto dalla domanda principale, su cui non scenderebbe

¹⁰² Così ARIETA-DE SANTIS, *op. cit.*, p. 367.

¹⁰³ Così: ARIETA-DE SANTIS, *op. cit.*, p. 359; CATALDI, *op. cit.*, p. 8; RONCO, *op. cit.*, p. 584 ss.

giudicato ed altra parte, anche se legata da un rapporto di pregiudizialità – dipendenza con la prima, soggetta ad un accertamento idoneo a divenire irrevocabile. Né bisogna dimenticare che il fenomeno della condanna con riserva consiste in un primo accertamento avente ad oggetto il diritto fatto valere dall'attore, idoneo al passaggio in giudicato sotto la condizione del negativo accertamento delle eccezioni o della domanda riconvenzionale: ciò che si vuol dire è che il giudizio non può proseguire con la limitazione del suo oggetto alla difesa del convenuto se sull'altra parte di esso non vi è stato un accertamento a cognizione piena e per questo idoneo al giudicato.

Altra questione da affrontare è, se nel silenzio del comma 2°-bis dell'art. 19, il giudice possa pronunciare l'ordinanza di cui alla suddetta disposizione ove siano manifestamente infondati i fatti allegati dall'attore e/o manifestamente fondate le difese del convenuto. Si è già detto che la specialità del provvedimento ne fa un istituto di stretta applicazione. D'altronde non avrebbe alcuna utilità l'estensione di questa opportunità al caso in cui il giudice ritenesse insussistente il diritto fatto valere: ove avesse dubbi in proposito sarebbe tenuto a disporre la prosecuzione del procedimento secondo le disposizioni del rito formale; ove ritenesse insussistente il diritto senza necessità di procedere all'istruzione probatoria, esaurito il botta e risposta tra le parti, il giudice potrebbe sicuramente rigettare l'istanza con un provvedimento che avrebbe tutte le caratteristiche della sentenza tanto dal punto di vista sostanziale che formale. Non si vede del resto l'utilità, che non sarebbe in alcun modo ricollegabile al sollecito inizio dell'esecuzione forzata, di un'ordinanza inidonea al giudicato e, quindi, a precludere al ricorrente di nuovo la provocazione di un processo per gli stessi motivi tanto in fatto che in diritto. Si può ritenere che anche a questa eventualità si riferisca il nuovo 3° comma, introdotto dopo l'ultimo intervento effettuato dal legislatore: in virtù di questa norma la trasformazione del rito deve essere disposta non soltanto quando l'oggetto della causa o le difese svolte dal convenuto richiedano una cognizione non sommaria ma anche in ogni altro caso in cui il giudice non disponga a norma del comma 2°-bis¹⁰⁴.

Il procedimento può chiudersi con un provvedimento di rigetto per motivi di rito ed in questo caso, in virtù del nuovo disposto del 3° comma, si deve ritenere che, proseguendo il procedimento secondo le disposizioni proprie del rito formale, il provvedimento sia una sentenza. In questa eventualità è opportuno che il giudice conceda il termine di cui all'art. 6, a meno che la controversia non sia esclusa dall'ambito di applicabilità del procedimento¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Così ARIETA-DE SANTIS, *op. cit.*, p. 370; in senso contrario si veda CECHELLA, *op. cit.*, p. 1155; TISCINI, *op. cit.*, p. 197 ss.

¹⁰⁵ Così pure ARIETA-DE SANTIS, *op. cit.*, p. 371, ad opinione dei quali l'art. 19 non attribuisce al giudice nel corso del procedimento sommario il potere di accertare la propria competenza od incompetenza, ma solo di ritenere che per ragioni di rito non sussistano le condizioni per la trattazione e decisione nelle forme sommarie della controversia.

Ovviamente nel caso in cui l'ordinanza sia affetta da nullità, decorso inutilmente il termine per l'appello essa sarà sempre soggetta alla *querela nullitatis*, ove si tratti di nullità insanabili perché non potrà operare il principio desumibile dall'art. 161, 1° comma.

L'ultima ipotesi che deve essere considerata è quella in cui il giudice ritenga di poter accogliere solo in parte la domanda: in questo caso adottata l'ordinanza di cui al comma 2°-bis, il giudizio dovrebbe proseguire per l'accertamento della parte della domanda per cui non si ritiene di poter concedere immediatamente titolo per procedere all'esecuzione forzata. Secondo Capponi¹⁰⁶ in questo caso l'ordinanza esecutiva potrebbe essere immediatamente impugnata al pari di una sentenza non definitiva mediante appello. Accogliendo questa impostazione si potrebbe arrivare ad una conseguenza assurda: ove l'ordinanza non venisse impugnata e si lasciasse decorrere inutilmente il termine per l'appello, si avrebbe una parte della domanda decisa con un provvedimento inidoneo al passaggio in giudicato ed una parte decisa con sentenza. Si può evitare questo inconveniente inquadrando correttamente il ruolo svolto in questo caso dal provvedimento e applicando la conseguente disciplina. Il provvedimento nell'economia del processo a cognizione piena verrebbe a svolgere il ruolo di un anticipatorio, destinato a non pregiudicare la decisione di merito ed ad essere assorbito nella sentenza di merito; di conseguenza si applicano le disposizioni proprie dei provvedimenti interinali in ordine al regime di stabilità dell'ordinanza nel corso del procedimento: essa sarà sempre revocabile e modificabile dal giudice che l'ha emessa.

L'ordinanza chiudendo il giudizio dispone sulle spese, capo che può essere oggetto di autonoma impugnazione.

Un limite che è stato posto in evidenza in dottrina¹⁰⁷ relativamente all'ordinanza esaminata e contrariamente al modello d'ispirazione francese è l'impossibilità di adottare il provvedimento nel corso del giudizio a cognizione piena. Nondimeno si deve ricordare che in virtù del richiamo contenuto nell'art. 1, 4° comma, sono applicabili nel procedimento speciale societario a cognizione piena le disposizioni di cui agli artt. 186-bis, -ter e -quater.

3.7. Il provvedimento di conversione del rito

A norma del 3° comma dell'art. 19 il giudice, ove valuti la necessità di una cognizione non sommaria, assegna all'attore i termini di cui all'art. 6, oltre che in ogni altro caso in cui non disponga a norma del comma 2°-bis.

Il provvedimento di conversione del rito è un'ordinanza istruttoria della stessa natura di quelle di cui agli artt. 175 ss. c.p.c.

L'art. 6 disciplina la memoria di replica dell'attore nel giudizio formale, a seguito della costituzione del convenuto.

¹⁰⁶ CAPPONI, *op. cit.*, p. 16.

¹⁰⁷ Così CAPPONI, *op. cit.*, p. 5 ss.; MENCHINI, *op. cit.*, p. 3 ss.

Si è già detto che il procedimento è unico anche se il suo esito è incerto all'atto dell'introduzione; esso prosegue, nonostante la prima fase speciale, a cognizione piena in caso di conversione.

Il punto da cui riprende la disciplina ordinaria è la memoria di replica dell'attore perché la costituzione delle due parti è già avvenuta.

Essendo richiamato l'art. 6 ed essendo utilizzato il plurale «termini», se ne deduce che al convenuto debba essere concesso il termine di cui al 3° comma¹⁰⁸.

Questa ricostruzione presenta il vantaggio, oltre della conservazione degli atti processuali fino a quel momento compiuti, della produzione e conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda fin dalla presentazione del ricorso introduttivo.

3.8. *Alcuni dubbi di costituzionalità sollevati sul procedimento*

Ciò che, infine, ci si deve chiedere è se questo rito deformatizzato, semplificato, la cui conduzione è rimessa interamente nelle mani del giudice e inidoneo per espressa previsione legislativa a concludersi con il giudicato sia in contrasto con i principi del giusto processo civile, che riguardano tutti i tipi di procedimenti non solo il processo a cognizione piena.

Viene rispettato il principio del contraddittorio tanto è vero che non è possibile pronunciare l'ordinanza di cui all'art. 19, comma 2°-bis se non dopo l'instaurazione del contraddittorio e, secondo la ricostruzione che qui è stata fatta del procedimento, se il convenuto non si sia costituito ed il giudice non abbia trovato le sue difese prive di fondamento.

La predeterminazione delle forme e dei termini secondo cui si deve svolgere il procedimento si è detto che è una caratteristica propria della cognizione piena che può essere attenuata nel momento in cui non si aspiri al grado massimo di certezza raggiungibile attraverso il processo civile ovvero il giudicato, essendo legittimato in questo caso il legislatore di lasciare al giudice una più libera conduzione del procedimento, in particolare nell'istruzione della causa. Neanche sotto questo profilo, quindi, vi sarebbe la violazione dei principi costituzionali.

La snellezza delle forme del procedimento risulterebbe essere conforme al principio della ragionevole durata del processo.

L'ultimo punto che rimane da affrontare è se sia concepibile un procedimento che si concluda con un provvedimento inidoneo al giudicato, che lasci privo di un accertamento definitivo e pendente a tempo indeterminato la situazione controversa portata davanti al giudice. Si è affermato¹⁰⁹ che questo non costituirebbe un problema dovendo un sistema giurisdizionale efficiente prevedere una pluralità di schemi diversamente modulati in ragione dei differenti bisogni di protezione delle situazioni soggettive sostanziali per modo che accanto a quelli

¹⁰⁸ Così RONCO, *op. cit.*, p. 616 ss.

¹⁰⁹ Così MENCHINI, *op. cit.*, p. 6.

volti a fornire essenzialmente la certezza propria dell'accertamento irrevocabile attraverso il giudicato siano previsti quelli volti solo a consentire di ottenere nel tempo più breve possibile la formazione di un titolo esecutivo, anche ove questo fosse scisso dal giudicato. Ancora ¹¹⁰ che la logica dell'istituto sarebbe quella di creare un ponte tra cognizione piena e sommaria non cautelare allo scopo di risparmiare inutile attività del giudice. Ma come si può parlare di risparmio di attività processuale quando si ha un procedimento in cui il meccanismo dell'opposizione viene inutilmente speso, con tempi processuali dilatati a tempo indeterminato e l'aggravio della posizione difensiva del soccombente che voglia ottenere un accertamento negativo del diritto per cui è stato emesso il titolo esecutivo? E tutto ciò senza che l'ordinamento giuridico possa dirsi indifferente.

4. *Gli effetti del provvedimento*

L'ultimo comma dell'art. 19 dispone che l'ordinanza di cui al comma 2°-bis, se non impugnata, non produca gli effetti di cui all'art. 2909 c.c., ovvero quelli propri del giudicato sostanziale.

È stata seguita l'indicazione contenuta nella legge delega che prescrive la disciplina di un provvedimento sommario, che consenta di ottenere in breve tempo un titolo esecutivo, anche privo dell'efficacia del giudicato, contro il quale, nonostante ciò, sia ammissibile l'appello, per evitare di appesantire il procedimento con la previsione della possibilità di due gradi di giudizio di merito.

L'ordinanza di condanna, oltre a costituire titolo esecutivo, lo è anche per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

Non essendo l'ordinanza idonea al giudicato, ove questa dovesse essere impugnata attraverso l'appello e quest'ultimo dovesse essere dichiarato improcedibile od inammissibile, non passerebbe in giudicato ma conserverebbe la sola efficacia esecutiva ¹¹¹.

È evidente la rottura rispetto al passato segnata dal provvedimento e ciò non tanto perché si sia in presenza di un titolo sommariamente adottato ed inidoneo al giudicato, quanto perché esso è sganciato da qualsiasi legame con il processo a cognizione piena, per cui la sua provvisorietà è destinata a permanere a tempo indeterminato.

Non possiamo assimilare quella in esame alle ordinanze anticipatorie di cui agli artt. 186-bis, -ter e -quater, anche dal punto di vista dell'efficacia. Pur volendo accogliere l'ipostazione di quella parte della dottrina ¹¹² che in caso di estensione del processo ritiene che il provvedimento anticipatorio sommariamente adottato conservi la sola efficacia esecutiva o al massimo preclusiva dal

¹¹⁰ Così CECHELLA, *op. cit.*, p. 1158.

¹¹¹ Così CAPPONI, *op. cit.*, p. 19.

¹¹² Si veda in più ampiamente l'ultimo paragrafo.

punto di vista processuale, sulla base della stretta interpretazione della lettera della norma, la logica dell'efficacia dei due procedimenti è differente. Nel primo caso è una scelta di tutte le parti l'abbandono del processo, un'anomalia che viene decisa coscientemente e che è una deviazione rispetto alla naturale chiusura del processo di cognizione. Nel secondo caso la conclusione del procedimento con un provvedimento avente la sola efficacia esecutiva rappresenta l'esito separato da colui che chiede la tutela del proprio diritto e colui che deve subire il provvedimento non compie nessuna scelta in proposito, essendogli negato il potere di rinunciare o meno alla cognizione piena ed al giudicato in un giudizio in cui l'onere probatorio è a carico del presunto titolare del diritto, perché dipende da una valutazione discrezionale del giudice.

Sembra che al convenuto condannato non rimanga che scegliere tra l'attendere che la parte vittoriosa ponga in essere l'esecuzione forzata, essendogli in tal caso aperta la possibilità dell'opposizione all'esecuzione, appellare il provvedimento, rinunciando ad un grado di giudizio di merito, ovvero porre in essere un autonomo giudizio di accertamento negativo, con l'inversione dell'onere della prova.

La prima possibilità è totalmente preclusa finché l'avente diritto non decida di dare inizio all'esecuzione forzata.

Qualora si dia inizio all'esecuzione forzata prima della decorrenza del termine per proporre l'appello, potrebbe l'esecutato proporre opposizione con la stessa ampiezza di contenuti che la caratterizza quando il titolo esecutivo è rappresentato da un titolo di formazione stragiudiziale? Quello che si vuole dire è che vi deve essere un necessario coordinamento tra questo strumento di critica del titolo esecutivo e quello che espressamente viene previsto nella disciplina del procedimento, cioè l'appello.

A proposito dei provvedimenti anticipatori è stata richiamata l'opinione di chi¹¹³ ha ipotizzato che i provvedimenti anticipatori, in caso di estinzione del processo, diano luogo ad «una preclusione processuale», un *solve et repete* di formazione processuale, il cui effetto sarebbe quello di consentire l'inizio dell'esecuzione forzata e la sua prosecuzione indisturbata, non consentendo l'opposizione all'esecuzione. Il che significa che il convenuto che voglia togliere di mezzo il titolo esecutivo ha l'onere di instaurare un autonomo giudizio di accertamento negativo, con una sostanziale inversione dell'onere probatorio. La preclusione opererebbe unicamente nel corso del processo esecutivo.

Escluso che il provvedimento possa ambire alla massima stabilità del giudicato, la necessità di operare il coordinamento tra i diversi strumenti messi a disposizione del soccombente, quelli esperibili nel corso del procedimento esecutivo e i mezzi di impugnazione avverso il titolo esecutivo, impone, comunque, di limitare il primo.

Il problema è che il convenuto soccombente potrebbe essere privato, a causa

¹¹³ MERLIN, *op. cit.*, p. 1024 ss.

di questa limitazione, dell'opportunità di instaurare un procedimento di primo grado a cognizione piena in cui ciascuna delle due parti abbia la posizione originaria. Ciò accadrebbe nel caso in cui l'esecuzione forzata fosse iniziata prima della scadenza del termine per impugnare, per modo che il convenuto si venga costretto a scegliere tra subire l'esecuzione ovvero impugnare immediatamente il provvedimento mediante appello e chiedere al giudice la sospensione di essa. La rinuncia ad un grado di cognizione verrebbe ad essere una scelta obbligata. Rimarrebbe la possibilità di introdurre un autonomo giudizio a cognizione piena avente ad oggetto l'accertamento negativo del diritto, che non potrà non tenere conto della valutazione compiuta dal giudice all'atto dell'adozione del provvedimento di cui all'art. 19, comma 2°-bis.

Questi limiti al diritto di difesa del convenuto non vi sarebbero nel momento in cui si considerasse differente la funzione dei due istituti: l'appello teso ad impedire la formazione di un titolo esecutivo definitivo, anche se provvisorio in ordine agli effetti prodotti; l'opposizione all'esecuzione volta a mettere in discussione l'esistenza non del diritto processuale alla tutela esecutiva, ma del diritto sostanziale oggetto della tutela esecutiva¹¹⁴.

È vero che l'ordinanza esecutiva non contiene un accertamento frutto di una cognizione piena, ma il giudizio di appello, nonostante la funzione che nell'attuale ordinamento viene riservata a questo mezzo di impugnazione ridotto a seguito della riforma della disciplina dei *nova* a strumento di critica, in questo caso, seppur nel rispetto dei limiti richiamati, non potrebbe che concludersi con una sentenza idonea al passaggio in giudicato perché contenente un accertamento di tal genere. In entrambi i casi i due processi, l'appello e l'opposizione all'esecuzione, sono volti a verificare l'esistenza o meno del diritto sostanziale, da cui deriva direttamente il diritto di procedere all'esecuzione forzata. La previsione di un apposito strumento per bloccare l'esecuzione e consentire contemporaneamente l'accertamento del diritto alla base della pretesa esecuzione impone l'esclusione dell'accesso ad un altro presente nel processo esecutivo, volto a conseguire lo stesso risultato, anche se con il vantaggio di consentire al convenuto di avere la possibilità di un grado di giudizio in più.

Si è detto che l'ordinanza di cui all'art. 19 comma 2°-bis non contiene un accertamento frutto di una cognizione piena; ciò non toglie che se il giudice opta per la sua adozione, ritenendo sussistenti le condizioni di legge, egli compie un accertamento provvisorio e sommario del diritto. Ciò impone di considerare necessario l'accesso all'appello quando si debbano contestare la sussistenza del diritto per l'errata valutazione compiuta dal giudice di primo grado; impone, inoltre, di ammettere l'opposizione solo sulla base di fatti sopravvenuti.

Non trattandosi di un accertamento idoneo al giudicato, l'eventuale inutile decorso del tempo non esclude la possibilità di un autonomo giudizio a cognizione piena di accertamento negativo del diritto, eventualmente anche attraverso

¹¹⁴ Così MENCHINI, *op. cit.*, p. 20.

l'opposizione all'esecuzione, che così si riespande oltre i confini dei fatti sopravvenuti.

Nulla di nuovo perché questa stessa situazione si ripropone ogni volta in cui contro un provvedimento solo esecutivo sia previsto un reclamo, perché esso è espressione di un accertamento la cui consistenza è proporzionata alla sua funzione.

L'efficacia preclusiva processuale definitiva del provvedimento, nel senso inteso dalla Merlin e sopra esposto, può essere giustificata nel caso in cui adottato il provvedimento sommario il giudizio a cognizione piena debba proseguire per l'accertamento del diritto, come nel caso degli anticipatori, ovvero quando si prevede che in un breve lasso di tempo si debba dare inizio al processo di merito, come nel caso dei procedimenti cautelari, perché in questo caso vi sarebbe un'inutile duplicazione di procedimenti aventi lo stesso scopo, l'uno dei quali sarebbe già in corso o potrebbe esserlo di lì a poco; nel caso di specie, al contrario, il provvedimento non ha natura anticipatoria ed interinale rispetto al procedimento di primo grado, ma pienamente sostitutiva.

Privato della possibilità del giudicato, la stabilità a cui potrebbe aspirare il provvedimento può essere quella conseguente alla chiusura del procedimento di esecuzione forzata¹¹⁵, il risultato pratico a cui consentirebbe di giungere anche un titolo esecutivo stragiudiziale, dal momento che il diritto può essere rimesso in discussione in un successivo processo a cognizione piena, ove venga accertata l'inesistenza del diritto, il debitore ingiustamente esecutato potrebbe agire per la ripetizione dell'indebito o l'arricchimento senza giusta causa.

Queste ultime vie sarebbero precluse secondo quella parte della dottrina che ha considerato la limitazione contenuta nel 5° comma dell'art. 19 un'espressa legittimazione della teoria elaborata in dottrina¹¹⁶ della *preclusione pro iudicato*.

Capponi¹¹⁷ ha sottolineato come decorso inutilmente il termine per l'appello l'ordinanza sia ormai intangibile quanto all'efficacia esecutiva, mentre in altra sede, in particolare in quella di accertamento negativo, potrebbe essere discusso il merito sostanziale della controversia, purché il soccombente abbia manifestato un interesse in tal senso. Ove quest'ultimo non abbia tempestivamente impugnato il provvedimento di condanna, a lui non dovrebbe essere riconosciuto l'interesse ad agire in sede di accertamento negativo del diritto; come non potrebbe agire ove abbia spontaneamente pagato la somma a cui sia stato condannato;

¹¹⁵ Si veda in proposito: CERINO CANOVA, *Vendita forzata ed effetto traslativo*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, I, p. 137 ss.; ID. *Vendita forzata*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989; ID., *Vendita forzata*, in *Studi di diritto processuale civile*, Padova, 1992, p. 686 ss.; BONSIGNORI, *Effetti della vendita forzata e dell'assegnazione*, Milano, 1988; MAZZARELLA, *Vendita forzata*, in *Enc. dir.*, Milano, 1993, p. 552 ss.; LUISO, *Gli effetti sostanziali della vendita e dell'assegnazione*, in *Diritto processuale civile*, Milano, 2000, III, p. 137 ss.

¹¹⁶ Si veda la dottrina richiamata nella nota 9 e 102.

¹¹⁷ Così: CAPPONI, *op. cit.*, p. 20; CAVALLINI, *op. cit.*, p. 12.

l'opposizione all'esecuzione sarebbe ammissibile esclusivamente in ordine ai fatti sopravvenuti alla formazione del titolo esecutivo.

L'adesione a questa impostazione, oltre che legittimare una teoria, quella della preclusione *pro iudicato*, che non ha mai avuto nessun riscontro in giurisprudenza e che ci sembra inaccettabile alla luce dell'impostazione accolta nel paragrafo secondo in relazione ai provvedimenti decisori sommari, porterebbe ad un'ulteriore degenerazione della posizione del convenuto soccombente. Egli si vedrebbe costretto, per non subire le conseguenze negative dell'inutile decorso del termine per impugnare, ad instaurare tempestivamente il giudizio di secondo grado rinunciando contestualmente e definitivamente al primo grado di giudizio a cognizione piena, perché l'appello oltre ad essere lo strumento attraverso cui impedire che si formi definitivamente il titolo esecutivo è il giudizio in cui deve essere accertata la situazione giuridica sostanziale alla base della pretesa attorea, essendo l'effetto dichiarativo essenziale al fenomeno del giudicato. L'accertamento positivo del diritto contenuto nella sentenza d'appello impedirebbe l'instaurazione di un autonomo giudizio di accertamento negativo dello stesso. Inoltre, stando a questa impostazione, la mancanza di interesse dimostrata facendo decorrere inutilmente il termine per l'appello, precluderebbe definitivamente l'accesso al giudizio di accertamento negativo e l'opposizione all'esecuzione potrebbe avere luogo esclusivamente sulla base di fatti sopravvenuti. A ragione questo Autore ha sottolineato come la stabilità di questo provvedimento sia analoga se non maggiore a quella del giudicato, perché si raggiungerebbe lo stesso risultato senza nessun accertamento del rapporto sostanziale.

Secondo l'impostazione tradizionale¹¹⁸, pur essendo ammissibile un successivo giudizio di accertamento negativo del diritto, il *dictum* condannatorio al pagamento o alla consegna contenuto nel provvedimento decisorio sommariamente adottato sarebbe irremovibile decorso il termine per l'opposizione o per l'appello come in questa ultima ipotesi.

Ad opinione di altro Autore¹¹⁹ gli argomenti decisivi a favore della tesi della preclusione *pro iudicato* sarebbero due: il primo dovrebbe essere tratto dallo stesso art. 19, ove si specifica che il provvedimento sommario può essere utilizzato in alternativa a quello ordinario di cui agli artt. 2 ss.; il secondo *a contrario* dall'art. 23, 6° comma, che specifica che in nessun caso l'autorità del provvedimento cautelare è invocabile in un diverso processo, lasciando desumere che la mancanza di una tale specificazione relativamente al procedimento di cui all'art. 19, comma 2°-bis significhi che l'autorità dell'ordinanza di condanna sommaria sia invocabile in un differente processo teso a far cadere l'utilità della condanna. In sostanza non si avrebbe l'accertamento del rapporto giuridico sottostante, ma

¹¹⁸ Si veda per tutti MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., p. 220 ss. Per approfondimenti in proposito si veda anche gli altri AA. dietro richiamati.

¹¹⁹ RONCO, *op. cit.*, p. 555 ss.

la stabilità del provvedimento necessaria e sufficiente a sorreggere la condanna, o meglio la funzione assegnatale.

In riferimento alle due argomentazioni che da ultimo si sono richiamate, si può osservare relativamente alla prima come tale specificazione sia perfettamente in linea con la ricostruzione del procedimento di cui all'art. 19: questo procedimento speciale può avere due possibili esiti, inizialmente incerti, che lo rendono in questa fase alternativo al processo a cognizione piena di cui agli artt. 2 ss. Relativamente alla seconda si deve obiettare che l'art. 19 non serba affatto silenzio sull'efficacia che il provvedimento ha al di fuori del procedimento che conclude: esso non ha l'efficacia propria del giudicato, o la sua forza non può essere invocata in nessun altro procedimento; l'accertamento che sorregge l'ordinanza di condanna ha come scopo quello di sorreggere l'esecuzione forzata, salvo che essa non venga bloccata attraverso gli appositi strumenti messi a disposizione e con i limiti esposti. Il provvedimento non contenendo un accertamento del diritto idoneo a produrre gli effetti di cui all'art. 2909 c.c. non può produrre effetti che per vie traverse porterebbero al medesimo risultato.

Si sono dietro esposti i motivi per cui dottrina e giurisprudenza hanno ritenuto di non poter accogliere questa impostazione per i provvedimenti decisorii sommari già noti.

In ordine al provvedimento preso in esame bisogna considerare due ipotesi.

Non vi sarebbe differenza rispetto al giudicato vero e proprio ove si accogliesse l'opinione che vuole limitata l'efficacia del giudicato al frammento del rapporto giuridico complesso dedotto in giudizio. In tal modo, pur non chiamando il fenomeno giudicato ma preclusione *pro iudicato*, si otterrebbe lo stesso risultato aggirando il disposto legislativo.

Ove si volesse il giudicato esteso all'intero rapporto e perciò esistente una differenza tra giudicato e preclusione *pro iudicato* non si vede per quale ragione nell'un caso il meccanismo della rinuncia alla cognizione piena debba dar luogo ad un fenomeno e nell'altro lo stesso meccanismo ne debba dare luogo ad un altro più limitato. Infatti non vi è dubbio che il decreto ingiuntivo non opposto piuttosto che l'ordinanza di convalida di licenza o sfratto non opposti diano luogo al giudicato: tralasciando gli altri argomenti che poiché esposti precedentemente non vengono qui richiamati interamente, decisivo sembra essere per aderire a questa conclusione la previsione nell'ambito della disciplina originaria del procedimento per decreto ingiuntivo, poi estesa attraverso interventi giurisprudenziali anche a quello per convalida di licenza o sfratto, della sottoposizione del provvedimento non più opponibile alle impugnazioni straordinarie; nell'ambito della disciplina del procedimento per convalida di licenza o sfratto, più in particolare, nell'ambito dello sfratto per morosità l'art. 669, che specifica che ove si intimi lo sfratto per morosità la convalida importa «in ogni caso» la risoluzione del contratto di locazione, anche nel caso in cui la richiesta del pagamento dei canoni arretrati avvenga in un separato giudizio, perché il provvedimento opera una modificazione giuridica a seguito dell'esercizio di un diritto potestativo che presupp-

pone la deduzione in giudizio del rapporto giuridico sostanziale dal quale trae origine, trattandosi di una situazione complessa.

In conclusione l'efficacia che può essere riconosciuta a questo provvedimento è solo quella esecutiva e di titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale, in aderenza alle indicazioni contenute nella legge delega.

Il legislatore escludendo la produzione degli effetti di cui all'art. 2909 c.c., ha implicitamente classificato l'accertamento effettuato come minore, il che lo potrà far rifluire in vario modo nei giudizi a cognizione piena che da esso dovessero prendere le mosse, senza impedire al giudice di compierne un altro, questa volta a cognizione piena.

Questo risultato solleva i dubbi di legittimità che si sono esposti al termine del paragrafo precedente ma non modifica la realtà dei fatti.

In ordine agli strumenti di reazione del debitore soccombente vi è la graduazione che sopra abbiamo visto, che deve essere rispettata per motivi di coordinamento e per evitare inutili duplicazioni di giudizi e giudicati tra di loro contrastanti.

L'applicazione dei principi generali dell'economia dei giudizi e dell'effettività della tutela giurisdizionale imporrebbero di escludere il ricorso a tale strumento per mancanza di interesse ad agire ogni volta in cui vi fossero i presupposti di accesso al ricorso per decreto ingiuntivo: oltre ad ottenere in tempi analoghi un titolo esecutivo si otterrebbe anche l'accertamento di un diritto che passa immediatamente in giudicato se non opposto.

5. *I rimedi avverso il provvedimento di accoglimento*

5.1. *L'appello, l'opposizione all'esecuzione, la sospensione dell'esecuzione o dell'efficacia esecutiva del provvedimento*

Contro l'ordinanza sommariamente adottata è dato appello. È già stata sottolineata da più parti l'anomalia insita in questa scelta, essendo oggi l'appello congegnato come uno strumento di revisione dell'attività compiuta dal giudice in primo grado, che condiziona il passaggio in giudicato di un provvedimento idoneo al giudicato perché contenente un accertamento.

Nel caso in esame, essendo il provvedimento oggetto di impugnazione inidoneo al giudicato, l'appello viene messo a disposizione del soccombente unicamente come strumento per impedire la formazione definitiva del titolo esecutivo.

Lo stravolgimento del senso di questo istituto processuale, l'appello, nelle intenzioni del legislatore dovrebbe essere in linea con il referente di diritto straniero, ovvero il *référé*, che analogamente lo prevede per un provvedimento inidoneo al giudicato come strumento di critica.

Il confronto tra i due provvedimenti, quello nazionale e quello di diritto straniero, viene approfondito nel prossimo paragrafo, ma fin d'ora vi è una differenza lampante: nel procedimento francese anche a seguito dell'appello non si

raggiunge mai il risultato del giudicato, perciò lo strumento di critica messo a disposizione del soccombente, pur se indicato come appello, assolve alla funzione propria di un ricorso; nel procedimento di cui all'art. 19 davanti all'espresso disposto dell'ultimo comma è solo l'ordinanza di cui al comma 2°-bis a non avere questa idoneità, mentre il richiamo all'appello ordinario, come si desume dal combinato disposto dell'art. 19, 4° comma e l'art. 20, ripropone anche in questa sede i limiti del procedimento d'impugnazione e l'efficacia propria della sentenza che lo conclude.

I limiti che oggi identificano il procedimento d'appello sono quelli relativi ai *nova*, che gli impediscono di assolvere alla funzione in passato paventata dalla dottrina¹²⁰ in presenza di un procedimento di primo grado privo delle garanzie proprie della cognizione piena. Né si potrebbe pensare che in virtù del richiamo contenuto nell'art. 1, 4° comma – il quale specifica che, per quanto non disciplinato, sono applicabili le disposizioni del codice di procedura civile in quanto compatibili – o dell'art. 20, 2° comma, che riguarda specificamente la compatibilità con le regole ordinarie dell'appello¹²¹, la relativa disciplina vada applicata compatibilmente con le esigenze derivanti dalle caratteristiche del provvedimento impugnato: si potrebbe pensare che non essendovi stato nessun giudizio di primo grado a cognizione piena, data la necessità di accertare la sussistenza o meno della situazione sostanziale alla base della domanda, possa essere esclusa la disciplina dei *nova*. Tuttavia questa eventualità è negata dalla scelta stessa compiuta dal legislatore in ordine al giudizio a cognizione piena da far seguire alla fase esclusivamente sommaria. Ciò che si intende dire è che, dal momento che il tratto caratteristico dell'appello rispetto al procedimento ordinario di primo grado, di cui essenzialmente viene richiamata la disciplina, è costituito dai *nova*, contro l'opinione che la previsione dell'appello sia finalizzata unicamente all'esclusione di un grado di giudizio per rendere più snello il procedimento complessivamente considerato, vi è la logica considerazione che se il legislatore avesse perseguito solo questo scopo, piuttosto che prevedere l'impugnazione dell'appello contro il provvedimento sommario, si sarebbe più semplicemente limitato ad utilizzare il meccanismo dell'opposizione con l'introduzione di un grado unico di giudizio a cognizione piena, non avendo il principio del doppio grado di giudizio nessuna garanzia costituzionale, come più volte ribadito dalla Corte costituzionale. Il fatto che si sia previsto il meccanismo dell'impugnazione attraverso l'appello depone a favore della volontà del legislatore non solo di escludere i due gradi di giudizio a cognizione piena, ma anche di far seguire alla fase sommaria un giudizio che sia caratterizzato da limitazioni in ordine alle domande, alle eccezioni ed alle prove nuove.

¹²⁰ Si veda in particolare la dottrina richiamata alla nota 5.

¹²¹ Così CECHELLA, *Il référé italiano nella riforma delle società*, cit., p. 1162, secondo il quale l'attore potrà emendare la domanda con l'allegazione di fatti nuovi, purché essi non integrino gli estremi di una domanda nuova o non introducano nuovi elementi di diritto; il convenuto potrebbe formulare nuove eccezioni; entrambe le parti potrebbero introdurre nuovi elementi probatori.

Il rischio che si corre con questa disciplina è quello dell'introduzione di un'arbitraria differenziazione in violazione dell'art. 3 della Costituzione, oltre alle limitazioni del diritto di difesa del convenuto soccombente che più volte sono state sottolineate.

Qualora il giudice di primo grado abbia errato nel compiere la valutazione che condiziona la scelta tra l'adozione dell'ordinanza con la sola efficacia esecutiva e la prosecuzione del procedimento a cognizione piena il soccombente ha la facoltà di denunciare in appello l'errore¹²². Il problema è che non trattandosi dei casi in cui agli artt. 353 e 354 autorizzano la remissione della causa al primo giudice, il convenuto a causa dell'errore di valutazione del giudice perderebbe per sempre un grado di giudizio, perché si è già detto, è precluso definitivamente anche un autonomo giudizio di accertamento negativo del diritto.

Ci si deve chiedere se questa decisione del giudice possa essere motivo di ricorso in cassazione, magari sotto il profilo della violazione o falsa applicazione di norma di diritto, dovendosi intendere per tali tutte le fonti del nostro ordinamento, siano esse di diritto sostanziale o di diritto processuale: violazione o falsa applicazione comprende ogni possibile errore nell'individuazione, interpretazione o applicazione della norma, ogni attività compiuta nell'applicare l'astratta previsione al caso concreto. Non si tratta di sindacare la valutazione di merito sulla sussistenza o meno del diritto ma di verificare la corretta valutazione del giudice circa la ricorrenza o meno di presupposti necessari per chiudere il procedimento con un provvedimento sommario ed inidoneo al giudicato ovvero proseguirlo con un esito ben diverso. D'altronde quando un provvedimento viene impugnato sotto il profilo di cui al n. 5 il giudice di legittimità può venirsi a trovare nella condizione di dover valutare materiale su cui il giudice del merito ha preso la sua decisione, al fine di stabilire se dalla motivazione sia desumibile un errore nel suo percorso mentale. Il problema è che neanche nel caso di ricorso in cassazione vittorioso, applicando fedelmente la disciplina comune del codice di procedura civile, sarebbe possibile rimettere la causa al primo giudice.

È da escludere l'impugnabilità della sentenza emessa in appello attraverso ricorso straordinario in cassazione: a parte tutte le riserve che si possono nutrire intorno a questo istituto di creazione giurisprudenziale¹²³, non vi è motivo di rite-

¹²² Così Corte cost. 10 novembre 1999 n. 427, cit., c. 752 ss., che in relazione ai casi di decisione anticipata, intesa come abbreviazione dei normali termini processuali, individua come rimedio contro la decisione del giudice che disattende l'esplicita richiesta di differimento della parte definendo immediatamente il giudizio in sede di trattazione della fase cautelare, la denuncia dell'errore davanti al giudice dell'appello.

¹²³ Così TISCINI, *op. cit.*, p. 207. Si veda in particolare MENCHINI, *Il giudizio sommario*, cit. p. 17, secondo il quale l'art. 19 porrebbe il principio dell'esclusività dell'appello come strumento di controllo dell'ordinanza di cui all'art. 19, comma 2°-bis, per modo che sarebbe escluso il ricorso in cassazione, anche straordinario, contro la stessa. Questa posizione non esclude che la sentenza d'appello sia soggetta a ricorso in cassazione, anche perché, essendo essa idonea al giudicato, questa esclusione integrerebbe una violazione dell'art. 111, 7° comma della Costituzione.

nere che una sentenza emessa al termine di un appello celebrato secondo le regole ordinarie non sia soggetta al ricorso in cassazione disciplinato dal codice di procedura civile.

La sentenza d'appello come tutti gli altri provvedimenti appartenenti a questo genere è soggetta anche alle altre impugnazioni ordinarie e straordinarie previste dall'art. 323 c.p.c. Al contrario, non sarà soggetta alle impugnazioni straordinarie l'ordinanza di cui all'art. 19, comma 2°-bis data la sua limitata efficacia.

Ove l'ordinanza venga impugnata il giudice d'appello nella ricorrenza di gravi motivi a norma dell'art. 283 può sospendere l'esecuzione o l'efficacia esecutiva del provvedimento impugnato.

Nel caso in cui il soccombente decidesse di non impugnare l'ordinanza per non precludersi la possibilità di due gradi di giudizio di merito, si porrebbe il problema di quale strumento possa avere a disposizione per bloccare l'esecuzione ovvero l'efficacia esecutiva del provvedimento.

Durante la pendenza del termine per l'appello, l'opposizione è proponibile per i fatti sopravvenuti; solo nel caso della sua inutile scadenza può avere il contenuto di un giudizio di accertamento negativo.

Il passaggio in giudicato formale del provvedimento non ha come conseguenza l'accertamento del diritto facente stato tra le parti, i lori eredi e gli aventi causa, per cui non è precluso un autonomo giudizio tendente a questo scopo, positivo o negativo che sia. Ragioni di economia processuale debbono portare ad ammettere che il giudizio possa indossare le forme dell'opposizione all'esecuzione, quando non si impongano più i limiti dovuti ad esigenze di coordinamento con l'appello.

Con la proposizione dell'opposizione all'esecuzione è possibile l'istanza per la sospensione dell'esecuzione al giudice dell'esecuzione.

Si è già detto che l'esigenza di sospendere l'esecuzione forzata nell'impossibilità di promuovere l'opposizione all'esecuzione, potrebbe spingere il debitore esecutato a rinunciare al doppio grado di cognizione ed ad impugnare immediatamente l'ordinanza.

La Corte di Cassazione¹²⁴ ha specificato che la sospensione può essere chiesta anche prima dell'inizio dell'esecuzione, ma sempre in vista dell'inizio dell'opposizione all'esecuzione e ovviamente nella ricorrenza di gravi motivi. Prima dell'inizio dell'esecuzione forzata con il pignoramento, essendovi il serio pericolo che ad essa si dia corso a seguito della notificazione del precetto, si può ricorrere al giudice del futuro procedimento di merito per ottenere un provvedimento urgente atipico¹²⁵.

Ci si deve chiedere se la stessa possibilità sia data in vista dell'inizio del solo giudizio di opposizione all'esecuzione ovvero di un qualsiasi giudizio di merito, incluso un autonomo giudizio di accertamento negativo del diritto.

¹²⁴ Cass. 23 maggio 1997 n. 4604, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, p. 825.

¹²⁵ Cass. 23 febbraio 2000 n. 2051, cit.

La limitazione che l'art. 624 compie al solo giudizio di opposizione all'esecuzione è frutto di principi ormai consolidati. Non esisteva prima del decreto n. 5 del 2003 un provvedimento non idoneo al giudicato soggetto ad appello, due sono sempre state le possibilità davanti all'inizio di un procedimento di esecuzione forzata: ove si tratti di un titolo esecutivo di formazione stragiudiziale vi è la possibilità della contestazione del diritto di procedere nell'opposizione all'esecuzione senza che sia necessario né conveniente l'instaurazione di un autonomo giudizio di accertamento negativo ad iniziativa del debitore esecutato, con l'onere della prova dell'inesistenza del diritto per cui si procede a suo carico; ove si proceda sulla base di un titolo di formazione giudiziale opererebbero le note regole dovute alla necessità di operare un coordinamento tra i mezzi di impugnazione e l'opposizione all'esecuzione.

Tre sono le possibilità di sospensione dell'esecuzione: quando sia disposta dalla legge, con una valutazione compiuta a priori dal legislatore; quando sia disposta dal giudice dell'impugnazione; quando sia disposta dal giudice dell'esecuzione nella sussistenza di gravi motivi ed ad opposizione ad esecuzione iniziata od in prossimità di essere iniziata. L'art. 624 sembra prendere in considerazione la sospensione dell'esecuzione in caso di opposizione all'esecuzione quale sola possibilità di giudizio di merito, a parte l'eventuale impugnazione del titolo ove questo sia di formazione giudiziale, che possa svolgersi durante l'esecuzione.

I titoli di formazione giudiziale non sono solo quelli contenuti un accertamento di un diritto: già prima dell'entrata in vigore del decreto n. 5 del 2003 esistevano titoli di formazione giudiziale non tendenti al giudicato – a parte i provvedimenti cautelari – si pensi ai provvedimenti anticipatori. Di questi ultimi può essere chiesta la revoca o la modifica nello stesso procedimento durante il quale sono stati emessi, e della revoca o della modifica il procedimento esecutivo subirà le conseguenze. In questo caso si può immaginare che nel lasso di tempo intercorrente tra la presentazione dell'istanza di revoca o modifica e l'adozione del provvedimento da parte del giudice vi possa essere l'esigenza di sospendere in tutto o in parte l'esecuzione forzata: la relativa istanza dovrebbe essere presentata al giudice dell'esecuzione a norma dell'art. 624, intendendo il riferimento all'opposizione all'esecuzione come sinonimo di giudizio di merito e considerando che il legislatore si sia limitato alla rigida alternativa, in virtù della quale l'esecuzione forzata possa essere iniziata sulla base di un provvedimento idoneo al giudicato e bloccata dal giudice dell'impugnazione o a seguito di inizio dell'opposizione all'esecuzione, ovvero sulla base di un titolo di formazione stragiudiziale, in questo caso solo percorrendo la seconda via.

L'anomala efficacia del provvedimento di cui all'art. 19, comma 2°-bis fa sì che si possa creare la situazione anomala di un provvedimento impugnabile mediante appello che non sia in grado di precludere al soccombente un autonomo giudizio a cognizione piena di accertamento negativo del diritto. In questo caso ove si volesse chiedere la sospensione dell'esecuzione due sarebbero le vie percorribili: un provvedimento d'urgenza chiesto al giudice del merito davanti al quale già pende il procedimento ovvero davanti al quale deve essere iniziato; ov-

vero in applicazione dell'art. 624 chiedere la sospensione dell'esecuzione, considerando la norma applicabile in ogni caso in cui vi sia un giudizio di merito per l'accertamento del diritto sostanziale in soddisfazione del quale è stata iniziata l'esecuzione. Quest'ultima soluzione ci sembra preferibile in considerazione del fatto che il provvedimento di cui all'art. 700 è uno strumento cautelare atipico da applicare in via residuale e del fatto che è sicuramente più utile chiedere la sospensione dell'esecuzione direttamente al giudice davanti al quale di sta svolgendo.

L'appello opera come controllo facoltativo, come strumento di cui il soccombente può avvalersi per giungere, saltando un grado di giudizio a cognizione piena e con tutti i limiti che sono stati messi in evidenza, ad un accertamento del diritto idoneo al passaggio in giudicato.

Si è detto¹²⁶ che dell'appello si dovrà adattare alle caratteristiche proprie del rito sommario, per modo che esso si svolgerebbe secondo le regole del procedimento sommario di cui all'art. 19 e si concluderebbe con un'ordinanza inidonea al giudicato e non più impugnabile.

La soluzione da ultimo esposta, se accoglibile, risulterebbe essere maggiormente in linea con il modello di riferimento straniero da cui il legislatore dichiara di aver tratto la sua aspirazione, ma allo stesso tempo è da escludere perché in virtù del combinato disposto degli artt. 19, 4° comma e 20, 2° comma sembra che il procedimento si debba svolgere secondo le disposizioni di cui agli artt. 341 ss. c.p.c., quindi debba essere a cognizione piena, seppur con le limitazioni sopra viste relativamente ai *nova*, e si debba concludere con una sentenza in senso sostanziale e formale, idonea al giudicato e soggetta a ricorso ordinario in cassazione. L'ultimo comma si riferisce solo all'ordinanza di primo grado mentre il rinvio tramite il richiamo all'art. 20 alle disposizioni dell'appello ordinario fanno presumere che il provvedimento conclusivo abbia il valore e l'efficacia della tipica sentenza d'appello.

Qualora il secondo grado si concluda con una declaratoria di inammissibilità o di improcedibilità l'ordinanza non passerebbe in giudicato ma conserverebbe l'efficacia che originariamente aveva, cioè quella meramente esecutiva.

Insomma la posizione del convenuto soccombente in sede sommaria è piuttosto svantaggiata: se vuole contestare l'ordinanza esecutiva deve dare vita ad un giudizio di gravame che porta ad una sentenza dotata dell'autorità di giudicato anche se fondata essenzialmente sugli atti acquisiti in primo grado sommariamente. È stato giustamente sottolineato¹²⁷ come, mutando la regola del giudizio

¹²⁶ Così CECHELLA, *Il référé italiano nella riforma delle società*, cit., p. 1161 ss.

¹²⁷ MENCHINI, *op. cit.*, p. 16 ss.; CARRATTA, *Società*, cit., p. 18, mette in evidenza come il giudizio d'appello non essendo un giudizio di opposizione ma d'impugnazione limiti fortemente le possibilità di difesa del convenuto soccombente. Questo spiegherebbe il motivo per cui il legislatore francese abbia deciso di non far passare mai in giudicato il provvedimento di *référé*, sottoponendolo ad un rimedio che se pur chiamato appello ha la sostanza di un reclamo.

l'appellante debba assolvere all'onere probatorio di cui all'art. 2697, non potendosi limitare a dimostrare che le sue contestazioni non sono manifestamente infondate, con l'aggravante che egli deve fare questo sulla base del materiale probatorio che già è stato sommariamente assunto nel giudizio di primo grado, con la possibilità sì di ampliarlo, ma nel rispetto dei limiti di cui all'art. 345 c.p.c. Paradossalmente hanno valore di prove nel procedimento sommario anche prove sommariamente raccolte ed atipiche.

Il punto di partenza del giudice di secondo grado è l'accertamento provvisorio di quello di primo grado: da qui si diparte il giudizio per arrivare ad un livello di profondità che consenta il giudicato.

5.2. *Il giudizio di accertamento negativo del diritto di credito*

Le ultime osservazioni riportate spingono quasi verso la conclusione che più che ricorrere all'appello chiudendo immediatamente la vicenda controversa portata all'attenzione del giudice in sede sommaria, convenga sempre al convenuto iniziare un autonomo giudizio, sorretto se non altro dalla convinzione che seguendo questa seconda strada non incontrerebbe le preclusioni relative all'ammissione delle nuove prove.

Resta da verificare se nel nuovo giudizio debba o meno confrontarsi con il materiale probatorio sommariamente adottato.

Si tratterebbe di un giudizio di mero accertamento negativo di un diritto di credito.

È opportuno richiamare i caratteri essenziali della tutela di mero accertamento al fine di verificare l'ammissibilità di quella di mero accertamento negativo di un'obbligazione, non espressamente prevista nella legislazione vigente¹²⁸.

In via di prima approssimazione si potrebbe pensare all'attività giurisdizionale consistente nel «mero accertamento» come prescindente da qualsiasi «lesione». Si insegna che le sentenze di mero accertamento presuppongono la contestazione del proprio diritto o il vanto del diritto altrui incompatibile con il proprio. Si deve trattare di una contestazione o vanto che comportino la messa in pe-

¹²⁸ CHIOVENDA, *Principi di diritto*, cit., in partic. par. 7, p. 165 ss.; *Le sentenze di mero accertamento*; ID., *Dell'azione nascente da contratto preliminare*, cit., p. 117 ss.; ID., *Azioni e sentenze di mero accertamento*, in *Riv. dir. proc.*, 1933, I, p. 31 ss.; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1957, I, p. 41 ss.; SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1960, III, p. 25 ss.; ID., *A proposito dell'accertamento preventivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, p. 1402 ss.; LANFRANCHI, *Contributo all'azione di mero accertamento*, Milano, 1969; ID., *Accertamento negativo della concorrenza sleale e foro delle obbligazioni*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, II, p. 438 ss.; ID., *Accertamento condizionato di un credito eventuale in funzione preventiva*, in *Giur. it.*, 1969, I, 2, c. 683; ID., *Note sull'interesse ad agire*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1972, p. 1098 ss.; PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1979, p. 620 ss.; RICCI, *Accertamento giudiziale*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., Torino, 1987, p. 25 ss.; MONTESANO, *Diritto processuale civile*, cit., II, in partic. cap. 1, *Le tutele cognitive in generale*, par. 3, p. 6 ss.; MANDRIOLI, *Corso*, cit., I, parr. 3, 12, 13, 15, pp. 14 ss., 47 ss. e 63 ss.

ricolo, sotto un aspetto che sia giuridicamente rilevante, del diritto che si vuole tutelare: gli artt. 2907 e 99 c.p.c. escludono le mere azioni ovvero quelle che non tendano alla tutela o all'attuazione di un diritto soggettivo, azioni che siano meramente dichiarative, perseguenti la certezza giuridica, quando non sia individuabile il vantaggio diretto che ne derivi, vantaggio che gli strumenti sostanziali non sono stati in grado di assicurare.

Nonostante l'importanza della tutela di mero accertamento, manca nel nostro ordinamento giuridico una norma che espressamente la preveda: l'elaborazione di questa categoria di tutela non spinse il legislatore del '42 ad introdurre una disposizione generale.

Questa possibilità è desumibile sicuramente dalle condizioni generali dell'azione¹²⁹, e la più attenta dottrina¹³⁰ ritiene che essa possa desumersi in via analogica da casi espressamente previsti quali quelli di cui agli artt. 949 e 1079 c.c.

L'attributo «mero» sta in relazione al fatto che questa attività è elemento indispensabile di tutta l'attività di cognizione, ma mentre nella tutela di condanna e in quella costitutiva è il punto di partenza per la produzione di effetti giuridici ulteriore, in questo caso l'accertamento ha valore in sé.

La sistemazione delle azioni di mero accertamento nell'ambito del sistema del diritto processuale civile fu operata in Italia da Chiovenda¹³¹.

L'A. insegna che con il nome di accertamento si indichi il risultato comune della sentenza di merito: «... la volontà della legge è affermata come certa nel caso concreto, diventa indiscutibile»¹³². Tale risultato a prescindere dalle ulteriori conseguenze che si hanno in caso di tutela costitutiva o di condanna è un bene in sé: la sentenza del giudice potrebbe avere come scopo anche solo l'accertamento positivo o negativo dell'esistenza di un bene, inteso come potere giuridico o aspettativa dell'altrui prestazione¹³³.

In caso di accertamento positivo la sicurezza circa l'esistenza di un bene, garantisce colui intorno al quale tale sicurezza si svolge sulla possibilità di disporre liberamente e senza che ne possano poi derivare conseguenze negative; in caso di accertamento negativo il bene che ne deriverebbe sarebbe la certezza di non essere soggetti della pretesa o del potere della parte soccombente nel giudizio di mero accertamento.

Pur non individuando una norma giuridica nel codice di procedura previgente che espressamente prevedesse la tutela di accertamento come figura generale, Chiovenda riteneva che essa potesse essere desunta dall'art. 36 c.p.c., che richiedeva come condizione per agire l'interesse: ove la contestazione o il vanto

¹²⁹ Così MANDRIOLI, *op. cit.*, p. 17.

¹³⁰ Così LANFRANCHI, *op. cit.* e MONTESANO, *op. cit.*

¹³¹ CHIOVENDA, *op. cit.*

¹³² CHIOVENDA, *Principi*, cit., p. 165 ss.

¹³³ LANFRANCHI, *op. cit.*, p. 31 esclude che si possa ammettere la generale tutela delle obbligazioni, limitandola ai soli diritti reali ed in generale ai diritti assoluti.

creasse uno stato tale di incertezza da far vacillare i benefici derivanti dalla titolarità del diritto, non avrebbe potuto negarsi l'azione.

Il danno che deriverebbe dalla creazione di una situazione di incertezza intorno ad un diritto, è dovuto al fatto che l'esistenza o l'inesistenza di un rapporto giuridico ha i suoi riflessi nella vita sociale del soggetto identificato come titolare. Con l'azione d'accertamento si tutelerebbe la rilevanza che il diritto riveste nell'ambito della società: essa mira al conseguimento di un effetto utile e perciò degno di tutela.

Circa l'interesse ad agire è necessario che l'attore allegghi accanto ai fatti costitutivi i fatti da cui si ricavi la contestazione o il vanto, si potrebbe dire lesivi proprio perché da quanto si è finora detto può desumersi che anche dalla creazione di una situazione di incertezza possa derivare una lesione.

Chiovenda ha identificato l'oggetto della sentenza d'accertamento nella volontà della legge individuata nel caso concreto.

Nonostante tutto, il legislatore del '42, si è già detto, non la ha fissata in una norma generale.

Mentre parte della dottrina ha continuato a desumerla dalla previsione dell'interesse ad agire come condizione generale della domanda (art. 100 c.p.c.), altra parte l'ha ricavata dall'applicazione analogica di alcune norme specifiche, gli artt. 949 e 1079 c.c., che hanno previsto le *actiones negatoriae* a tutela di diritti reali¹³⁴, nonché dagli artt. 2653 n. 1 e 2961 c.c., disposizioni che prevedono la trascrivibilità delle domande dirette all'accertamento dei diritti reali di godimento di beni immobili e mobili registrati, ovvero ancora dall'art. 34 c.p.c.¹³⁵, che nel prevedere l'ammissibilità della tutela di accertamento *incidenter tantum* prescinde dalla natura del diritto, perché l'unico presupposto richiesto è la relazione di pregiudizialità-dipendenza tra di esso e quello oggetto del giudizio principale.

Dal fatto che le ipotesi tipiche di azione di mero accertamento riguardino diritti assoluti è stato desunto che le sentenze di mero accertamento tutelino essenzialmente questa categoria di diritti, che assicurano un rapporto immediato con la cosa oggetto del diritto, importante l'obbligo di astensione degli altri consociati da qualsiasi comportamento che possa interrompere tale collegamento. Questi diritti sono lesi da comportamenti che creano incertezza nella sfera delle relazioni giuridiche: le azioni dette hanno come scopo quello di ripristinare questa certezza. Il principio generale dell'interesse ad agire, oltre che il generale principio di eguaglianza costituzionalmente garantito che impone di trattare situazioni eguali in modo eguale e situazioni differenti in modo differente, richiede l'ammissione dell'azione tutte le volte in cui la contestazione ponga in pericolo

¹³⁴ Nessun argomento decisivo può essere tratto, al contrario, dall'art. 2909 c.c., disposizione dal quale si può desumere semplicemente il dato che l'accertamento è l'elemento comune ad ogni tipo di sentenza, non che esista una categoria di sentenze che è limitata ad esso.

¹³⁵ PROTO PISANI, *op. cit.*, p. 81 ss.

un diritto di pari statura¹³⁶. Secondo Montesano¹³⁷ in questi casi l'accertamento sarebbe positivo e negativo: comprenderebbe tanto l'esistenza del diritto messo in crisi che l'infondatezza giuridica della situazione soggettiva che viene posta alla base del vanto o della contestazione.

Controversa è l'ammissibilità della tutela di mero accertamento dei diritti relativi: essa è stata desunta dal principio generale dell'interesse ad agire¹³⁸ tutte le volte in cui la contestazione di esso possa creare un danno giuridicamente rilevante.

Satta¹³⁹ aveva escluso che relativamente ai rapporti obbligatori potesse trovare applicazione la tutela d'accertamento per l'inesistenza della possibilità di violazione di questo tipo di diritti al di fuori del caso dell'inadempimento in senso tecnico. Per questo A. non vi sarebbero le basi per costruire un concetto di azione preventiva, quando la tutela del diritto possa essere solo repressiva cioè conseguente alla sua violazione.

Lanfranchi¹⁴⁰, ha individuato il punto saliente di questa costruzione nell'ampliamento della turbativa legittimante l'azione di mero accertamento fino a comprendere la *turbatio verbis*: ciò porterebbe all'espunzione dalla zona della tutela dichiarativa dei diritti di obbligazione, il cui godimento non verrebbe ritenuto idoneo ad essere turbato da una contestazione verbale, perché si tratterebbe di diritti «necessariamente proiettati nel futuro»¹⁴¹. Lo stesso Autore in scritti successivi¹⁴² ha negato la possibilità di riempire gli spazi di atipicità nel mero accertamento ricorrendo al concetto generale di interesse ad agire: prima l'ordinamento deve individuare l'azione; l'interesse ad agire entra in un momento successivo, all'atto dell'esercizio concreto dell'azione o dell'eccezione, per stabilire se esso sia utile o meno.

Come era già stato rilevato¹⁴³, non si vede perché non si debba ritenere idonea una turbativa verbale ad interrompere il pacifico godimento di un diritto di

¹³⁶ Si veda: Cass. 8 ottobre 1998 n. 9991, in *Riv. it. dir. lav.*, II, p. 697, con nota di ALBI, secondo la quale questo tipo di tutela è ammissibile nel settore del pubblico impiego in materia di repressione della condotta antisindacale di cui all'art. 28, 6° e 7° comma della l. n. 300 del 1970: è stato in particolare riconosciuto l'interesse del sindacato ad una pronuncia di mero accertamento contro il datore di lavoro pubblico che abbia violato il diritto di informazione e consultazione del sindacato sulla qualità dell'ambiente di lavoro e sulle misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro, previsto dall'art. 10 d. lgs. 29 del 1993.

¹³⁷ MONTESANO, *Diritto processuale civile*, cit., II, p. 9 ss.

¹³⁸ MONTESANO-ARIETA, *op. cit.*, p. 10.

¹³⁹ SATTA, *Commentario*, cit., III, p. 25 ss.; ID., *A proposito dell'accertamento*, cit., p. 1402 ss.

¹⁴⁰ LANFRANCHI, *Contributo allo studio dell'azione di mero accertamento*, cit., p. 373 ss.

¹⁴¹ Così SATTA, *A proposito dell'accertamento*, cit., p. 1402.

¹⁴² LANFRANCHI, *Accertamento negativo della concorrenza sleale e foro delle obbligazioni*, cit., p. 438 ss.; ID., *Note sull'interesse ad agire*, cit., p. 1133 ss.

¹⁴³ LANFRANCHI, *op. cit.*, p. 377 ss., il quale sottolinea l'inconsistenza dell'argomentazione fondata sulla differenziazione tra la natura delle situazioni sostanziali tutelate nel momento in cui si vada a considerare il differente tipo di danno che può essere cagionato con una *turbatio verbis* in relazione alle differenti categorie di diritti assoluti – a seconda che siano diritti reali o diritti non reali.

obbligazione analogamente a quanto possa avvenire con un diritto reale. Anzi, al giorno d'oggi in cui l'economia è sempre meno legata ai diritti reali tradizionali è sempre più a valori economici puramente virtuali, il buon esito di un'operazione finanziaria è spesso condizionato dalla credibilità delle parti, per cui si può facilmente immaginare come un imprenditore possa essere danneggiato nel momento in cui debba portare a termine una trattativa dal vanto o dalla negazione di un credito di ingente valore compiuta dal presunto creditore o dal debitore. In questo caso è innegabile la sussistenza di un interesse ad agire per l'accertamento positivo o negativo di un credito da altri vantato o negato.

La giurisprudenza ha ammesso le azioni di mero accertamento negativo volte solo a dimostrare l'infondatezza del vanto altrui, a prescindere dalla natura del diritto¹⁴⁴ che si ritiene in pericolo. In altre sentenze¹⁴⁵ la Cassazione ha parlato espressamente di un provvedimento del giudice consistente in un accertamento negativo di un diritto di credito, senza però fornire costruzioni teoriche in grado di giustificare le sue affermazioni.

Così si ammette che l'apparente debitore possa prevenire eventuali attività processuali, convenendo in giudizio il preteso creditore per far dichiarare il presunto credito inesistente. Una simile possibilità¹⁴⁶ potrebbe essere desunta in via di interpretazione sistematica dall'art. 1199 c.c., in combinato disposto con l'art. 12, 2° comma, delle preleggi, che consentirebbe al debitore o presunto tale di procurarsi in via preventiva gli strumenti per contrastare pretese infondate di chi non è più creditore o non è mai stato tale, tanto in via stragiudiziale chiedendo il rilascio di una quietanza tanto in via giudiziale, attraverso una sentenza di accertamento negativo.

Ancora: vi è il disposto dell'art. 120 c.p.c., che consente al giudice un'ampia discrezionalità sui modi e tempi della pubblicazione della sentenza, come mezzo di riparazione in forma specifica di un danno, disposizione che fornirebbe l'ulteriore riprova che l'ordinamento contempla l'esistenza di danni che non possono che essere prevenuti attraverso strumenti di certezza creati giudizialmente.

La contestazione che legittima l'azione di accertamento, tanto negativo che positivo, deve essere seria, nel senso che il pregiudizio minacciato deve essere tale da porre in pericolo un diritto esistente nella sfera giuridica di colui che subisce la minaccia, anche sotto forma di interruzione del godimento dello stesso.

La possibilità della teorizzazione di un'azione di mero accertamento negativo di un diritto di credito è frutto di un'esigenza di certezza a cui l'ordinamento ha risposto già nell'ambito del diritto sostanziale, ad es. riconoscendo al debitore il

¹⁴⁴ Si veda in proposito Cass. 1 marzo 1993 n. 2491, in *Giust. civ. Mass.*, 1993, 404; Id. 21 maggio 1993, in *Riv. dir. civ.*, 1994, II, p. 755 ss.

¹⁴⁵ Cass. 1 ottobre 1997, n. 9602, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 1834; Id. 8 maggio 1998, n. 4677, in *Giur. it.* 1999, c. 934 ss., con nota di ARGUELLO; Id. 3 luglio 1998, n. 6524, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 1459; Id. 12 novembre 1998, n. 11432, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 2342; Id. 17 giugno 1999, n. 6011, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 1417.

¹⁴⁶ MONTESANO-ARIETA, *op. cit.*, p. 9 ss.

diritto di ottenere dal creditore la quietanza dell'avvenuto pagamento; nel diritto processuale deve essere data la possibilità della costruzione di un'azione di mero accertamento negativo per rispondere in via sostitutiva e sussidiaria ad un'esigenza di certezza che non si è potuta soddisfare con gli strumenti messi a disposizione dal diritto sostanziale.

Si è detto che il vanto legittimante l'azione deve essere tale da comportare un'interruzione nei benefici derivanti dalla titolarità di un diritto: nel caso del vanto di un diritto di credito nei confronti di un soggetto questo deve essere tale da comportare l'incertezza sulla consistenza patrimoniale del preteso debitore o tale da minare la credibilità di quest'ultimo nelle relazioni socio – economiche.

Nel caso di specie il pregiudizio andrebbe anche oltre perché il convenuto soccombente è stato riconosciuto debitore in un provvedimento di formazione giudiziale che in qualsiasi momento legittima l'avvio di un procedimento di esecuzione forzata. C'è il pericolo dell'esercizio imminente di un procedimento di esecuzione forzata, dell'aggressione al proprio patrimonio, viene messo in discussione il suo pacifico godimento. Essendo serio ed imminente il pericolo è giusto che l'ordinamento fornisca al minacciato gli strumenti per accertare l'esistenza o meno di un diritto per cui è già stato concesso un titolo esecutivo sulla base di una cognizione meramente sommaria.

Essendo il giudizio iniziato dal convenuto soccombente in sede sommaria si ha una sorta di inversione dell'onere della prova: tocca a questo, attore nel nuovo giudizio, dimostrare l'inesistenza del diritto.

Il provvedimento emesso ha il valore di documento pubblico formato davanti al pubblico ufficiale comprovante l'esistenza di un titolo esecutivo e, di conseguenza, di una concreta minaccia per la consistenza del patrimonio del convenuto, ma non costituisce prova dell'esistenza o meno del diritto perché basato a sua volta su prove sommariamente raccolte. Prove atipiche, irritualmente formatesi, che non possono avere nel nuovo processo a cognizione piena nessun valore, neppure quello di argomento di prova.

Riassumendo la posizione difensiva del convenuto soccombente è decisamente peggiore rispetto a quella di uno stesso soggetto che abbia avuto analoga sorte in un procedimento a cognizione piena: subita l'adozione del provvedimento sulla base di una cognizione sommaria e assolutamente informale, deve scegliere tra la via relativamente più rapida dell'appello, con i limiti dovuti al fatto che il procedimento a cognizione piena che segue la fase sommaria è un procedimento di secondo grado ovvero l'instaurazione di un nuovo giudizio con capovolgimento dei ruoli iniziali.

6. *Il confronto tra il procedimento di cui all'art. 19 ed il référé-provision*

Il procedimento di *référé* francese ha costituito la fonte di ispirazione del legislatore italiano per la disciplina del procedimento di cui all'art. 19, o meglio, della fase sommaria del procedimento di cui all'art. 19.

Si tratta di un procedimento strutturalmente semplice, ma a contraddittorio non eludibile, che si conclude con un'ordinanza sempre revocabile e modificabile. Contro questa ordinanza viene concesso appello, davanti al giudice collegiale, mentre il provvedimento in prima istanza viene normalmente emesso dal giudice monocratico. Il termine per l'appello è abbreviato a quindici giorni dalla notificazione.

Nonostante il provvedimento non sia mai destinato a passare in giudicato, anche a seguito d'appello, il provvedimento può essere cassato mediante ricorso alla suprema Corte per mancanza di base legale. La Cassazione, cioè, esercita il controllo circa il carattere serio o meno della contestazione, sulla valutazione del giudice, che deve essere da lui motivata, indicando gli elementi che, a suo parere, la rendono seria¹⁴⁷. Il provvedimento può essere cassato per mancanza di motivazione ovvero per motivazione contraddittoria o insufficiente.

Rimanendo il provvedimento sempre provvisorio, in ogni momento può essere instaurato un autonomo giudizio a cognizione piena per l'accertamento del diritto che il giudice del *référé* ha ritenuto non seriamente contestabile. Ciò è tanto vero che il divieto di *préjudice au principal*¹⁴⁸ veniva considerato dalla giurisprudenza un limite immanente a questo procedimento¹⁴⁹, per modo che si riteneva che il giudice del *référé* avesse un'assoluta incompetenza davanti a questioni la cui risoluzione importava l'esame delle ragioni di merito delle parti, essendosi in presenza di una contestazione seria. Questa tendenza ermeneutica venne abbandonata con la storica sentenza della Corte di Cassazione francese del 10 novembre 1947¹⁵⁰ a partire dalla quale il provvedimento di *référé* è stato trasformato in una valutazione di attendibilità anticipata del diritto sostanziale, per cui è invocata la tutela giurisdizionale, volta alla verifica della «non seria contestabilità dell'obbligazione» piuttosto che «l'assenza di contestazioni serie»: un accertamento sommario e provvisorio della situazione sostanziale tutelanda.

Tirando le somme: prima della sentenza del '47 in presenza di motivi d'urgenza solo quando non ci fossero serie contestazioni si poteva concedere il *référé*, perché nessuna valutazione sul merito delle ragioni delle parti era concessa; dopo questo evento il giudice in presenza di una seria contestazione compie una valutazione preventiva della situazione giuridica sostanziale alla base della domanda.

Se il convenuto soccombente nel giudizio di *référé* instaura un autonomo giudizio di merito, si ha un giudizio di accertamento negativo con inversione dell'onere della prova.

¹⁴⁷ Cass. III civ. 19 mars 1986, in *Bull. civ.*, 1986, III, n. 35; Id. I civ. 27 janv. 1987, id., 1987, I, n. 23; Id. I civ. 11 mars 1988, id., 1988, I, n. 115; Id. I civ.

¹⁴⁸ L'art. 809 del *code de procédure civile* abrogato prevedeva: «*Les ordonnances sur référés ne font aucun préjudice au principal ...*».

¹⁴⁹ Così: Cass. 17 fev. 1874, in *Dalloz*, 1874, IV, p. 445 ss.; Id. 10 juin 1898, in *Recueil Sirey*, 1899, I, p. 20 ss.; Id. 23 juil. 1923, id., 1924, I, p. 80 ss.

¹⁵⁰ Cass. 10 nov. 1947, in *JCP*, 1947, II, p. 4166.

La sospensione dell'esecuzione ovvero dell'efficacia esecutiva del provvedimento di *référé* può essere concessa dalla Corte d'appello davanti alla quale venga impugnato il procedimento a fronte di «una violazione di legge flagrante o di errore di diritto manifesto»¹⁵¹.

Il provvedimento di *référé* può essere pronunciato anche nel corso di un procedimento a cognizione piena.

L'art. 809¹⁵², 2° comma del *Nouveau code de procédure civile* francese accorda una provvisoria al creditore «*dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable*». L'introduzione di questo istituto è stata la grande novità della riforma del codice operata dal d.lgs. 9 settembre 1971, n. 740, entrato in vigore il 17 dicembre 1973. Inizialmente il provvedimento di *référé-provision* poteva essere concesso esclusivamente a favore di obbligazioni aventi ad oggetto somme di denaro; a seguito di un'ulteriore modifica operata con il decreto n. 85-1130 del 17 dicembre 1985 anche per obbligazioni di fare, mai per obbligazioni di non fare.

L'istituzione del *référé-provision* si colloca nell'ambito di un'evoluzione che tende a fare del giudizio dei *référés* una duplicazione del giudizio *du fond*, in modo che il giudice del *référé* compia un accertamento del diritto seppur sommario e provvisorio. Questo è tanto più vero che le condizioni di esercizio di questo tipo di *référé* sono poco restrittive e che la giurisprudenza¹⁵³ ha una tendenza molto netta nel conferire al giudice del *référé* ampia libertà d'applicazione, cercando di evitare dibattiti ulteriori davanti al giudice *du fond*, operando in tal modo un vero trasferimento di competenze a vantaggio dei giudici dei *référés*.

Dal momento che l'art. 809, 2° comma non prevede espressamente l'urgenza¹⁵⁴ tra le condizioni d'applicazione, la giurisprudenza è stata chiamata a determinare

¹⁵¹ Cour d'appel Versailles 25 av. 1986, in *D.*, 1986, p. 521 ss.; Id. 26 juil. 1988, id., 1988, p. 179 ss.; Id. Bordeaux 5 juin 1987, in *Gaz. pal.*, 1988, 2, p. 775 ss.; Id. Saint-Remis-de-le-Réunion 12 juin 1990, id., 1991, 1, p. 61 ss.; Id. Paris 16 fev. 1993, in *Bull. inf. C. cass.*, 15 juin 1993, n. 782.

¹⁵² DESDEVISES, *Référé du premier président*, voce dell'*Encyclopédie Dalloz*, Répertoire de procédure civile, III, Paris; NORMAND, *Observations*, in *Rev. trim. dir. civ.*, 1979, p. 655; PERROT, *L'évolution du référé*, in ME'LANGE HE'BRAUD, 1981, P. 656 ss.; ID., *Les mesures provisoires en droit français*, Paris, 1994, p. 155 ss.; ESPOUT, *La pratique des procédures rapides*, Litec, 1998, p. 110 ss.

Per avere un'ampia panoramica sull'istituto si veda per la dottrina italiana: JOMMI, *Per un'efficace tutela sommaria dei diritti di obbligazione: il référé-provision*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, I, p. 121 ss.; SILVESTRINI, *Il sistema francese dei «référés»*, in *Foro it.*, V, c. 9 ss.

¹⁵³ Cass. 14 av. 1981, in *Bull. civ.*, 1981, IV, n. 161; Id. 1 av. 1981, in *JCP*, 1981, IV, p. 223; Id. 21 av. 1982, id., 1982, IV, p. 231.

¹⁵⁴ Il *référé-classique* pone come condizione per l'adozione del provvedimento la ricorrenza di un caso di urgenza – «*dans tous les cas d'urgence*» art. 808 –, nella ricorrenza di questa condizione a norma dell'art. 809, 1° comma del *Nouveau code de procédure civile*, il Presidente può sempre, anche in presenza di una contestazione seria prescrivere in *référé* le misure conservative o di remissione in pristino che si impongono sia per prevenire un danno imminente, sia per far cessare una turbativa manifestamente illecita. I *référé-provision* e *référé-injonction* si pongono in netta rottura con questa tradizione perché non prevedono né direttamente né indirettamente la condizione dell'urgenza, creando una nuova dimensione per questo istituto.

se questa condizione si imponesse o meno, per essere un requisito immanente in ogni provvedimento di *référé*. Si è arrivati ad una conclusione negativa, dopo pronunce¹⁵⁵ che considerarono l'idea che la nozione stessa di *provision* implicasse l'urgenza e necessità, per modo che, ad es., vi sarebbe stata l'impossibilità di concedere la misura in presenza di un danno morale. Quest'ultima concezione non ha prevalso mentre è unanimemente ammesso che l'urgenza non sia richiesta¹⁵⁶.

Non resta che una sola condizione per l'applicazione dell'art. 809, 2° comma: l'esistenza di un'obbligazione non seriamente contestabile.

La condizione di cui all'art. 809, 2° comma non deve essere confusa con «l'assenza di contestazioni serie», di cui all'art. 808. In quest'ultimo caso si tratta di una contestazione relativa alla misura pronunciata, mentre nell'art. 809, 2° comma la contestazione verte sull'obbligazione stessa. Questa nozione è probabilmente il frutto del divieto di creazione giurisprudenziale, prima inserito poi scomparso dal testo legislativo, che voleva che il *référé* non dovesse «faire préjudice au principal». Dire che l'obbligazione non debba essere seriamente contestabile significa ripescare il vecchio principio giurisprudenziale¹⁵⁷, accolto anche dalla dottrina¹⁵⁸, secondo cui il giudice del *référé* può concedere la misura richiesta purché gli elementi a lui sottoposti, al termine di un rapido esame, non lascino trasparire nessun dubbio sull'esistenza del diritto a sostegno del quale la provvisione è stata domandata. Si tratta in sostanza del «principio dell'evidenza del diritto», che richiede uno stato visibile e manifesto che consenta al giudice a prima vista di rendersi conto se vi sia o meno l'apparenza della situazione che si va a tutelare. Il principio di evidenza esclude che il giudice possa compiere indagini particolarmente complesse per accertare l'apparenza del diritto: così i fatti costitutivi non debbano essere contestati o le contestazioni debbano essere tali da apparire infondate sulla base di una cognizione semplice, rapida ed informale, non debbono essere proposte eccezioni di merito.

L'evidenza della sussistenza del diritto consente di limitare al minimo il pericolo di pregiudicare le sorti del giudizio di merito perché vi è una situazione *contra ius* che è palese.

Ovviamente non debbono sorgere questioni di diritto ovvero dubbi sull'applicabilità di una disposizione legale o sulla sua interpretazione: in questo caso la domanda deve essere respinta e le parti rinviate davanti al giudice di merito¹⁵⁹.

¹⁵⁵ TGI Paris 13 mars 1974, in *Gaz. pal.*, 1974, 2, p. 539 ss.

¹⁵⁶ Si veda: Cass. I civ. 4 nov. 1976, in *Gaz. pal.*, 1977, p. 352; Id. III civ. 6 déc. 1977, in *Bull. civ.*, III, n. 428; Id. soc. 17 oct. 1990, id., V, n. 483.

¹⁵⁷ Così Cass. 10 nov. 1947, in *JCP*, 1947, II, p. 4166, secondo la quale l'esistenza di una contestazione seria non avrebbe automaticamente comportato l'incompetenza del giudice dei *référé*, ma la necessità di operare una delibazione in relazione alla fondatezza o meno della pretesa attorea sulla base dell'evidenza della stessa.

¹⁵⁸ Così NORMAND, *op. cit.*, p. 655; PETIT, *op. cit.*, p. 485 ss.; ESPOUT, *op. cit.*, p. 110 ss.

¹⁵⁹ Cass. 26 fév. 1986, in *JCP*, IV, p. 128 ss.

Il giudice del *référé* ha un ampio apprezzamento in materia mostrandosi la giurisprudenza francese piuttosto liberale in proposito¹⁶⁰.

Il giudice deve valutare in ciascun caso se sia soddisfatta o meno questa condizione, sotto pena di cassazione per mancanza di base legale o ovvero di motivazione¹⁶¹.

¹⁶⁰ Così in materia di responsabilità per i danni fisici arrecati mediante un veicolo a motore, già prima dell'introduzione della l. 5 luglio 1985, la giurisprudenza della Cassazione ammetteva che dalla presunzione di responsabilità desumibile dall'art. 1384 c.c. a carico del conducente della macchina in qualità di custode del veicolo potesse trarsi il carattere d'incontestabilità dell'obbligazione a seguito della prova dell'incidente stradale. L'incontestabilità veniva meno nel caso in cui venisse allegato il caso fortuito, la forza maggiore ovvero la responsabilità per fatto del terzo. La suddetta legge ha agevolato i danneggiati stabilendo che ad essi non possa opporsi il caso fortuito o il fatto del terzo né la loro colpa a meno che non si tratti di colpa inescusabile. Il giudice per stabilire o meno l'esistenza di un'obbligazione non seriamente contestabile deve valutare l'esistenza o meno di una colpa inescusabile. La giurisprudenza ha affermato che è sufficiente che sia provato un ruolo qualsiasi anche passivo del veicolo nella dinamica dell'incidente, senza la necessità di stabilire la sussistenza di una colpa del conducente ed un nesso di causalità tra questa ed il danno subito.

La giurisprudenza ha ritenuto che sussista la colpa della vittima idonea ad escludere la responsabilità del conducente perché inescusabile, quando questa compia un'azione od omissione particolarmente grave che lo esponga senza giustificazione ad un pericolo di cui avrebbe dovuto avere coscienza.

Questa tendenza giurisprudenziale ha facilitato l'individuazione del carattere dell'incontestabilità dell'obbligazione e ha rafforzato ed ampliato l'applicazione del *référé-provision*.

In giurisprudenza si veda: Cass. II civ. 28 mars 1984, in *Bull. civ.*, 1984, II, n. 110; Id. II civ. 16 nov. 1988, in *JPC*, 1989, IV, p. 21 ss.; Id. II civ. 12 juil. 1989, id., 1989, IV, p. 349 ss.; Id. II civ. 28 fèv. 1990, in *Bull. civ.*, 1990, II, n. 42; Id. II civ. 16 mai 1991, in *Bull. civ.*, 1991, II, n. 133; Id. 23 mars 1994, in *JPC*, 1994, I, p. 3773 ss.

¹⁶¹ Cass. III civ. 30 mars 1978, in *Bull. civ.*, 1978, III, n. 136, cassante per violazione dell'art. 809, 2° comma una sentenza di una Corte d'appello che, per rigettare la domanda di un creditore ipotecario tendente ad ottenere un pagamento per provvigione sul prezzo di vendita di un immobile venduto all'asta, ha stimato che esistesse una seria difficoltà inerente alla mancanza di pubblicità del procedimento di aggiudicazione all'asta, allorché il credito dell'attore riconosciuto per una sentenza divenuta irrevocabile non era contestato e che il difetto di pubblicità fondiaria non poteva fondare la contestazione del rapporto d'obbligazione per nullità;

Cass. II civ. 10 jui. 1978, in *Bull. civ.*, 1978, II, n. 187, secondo la quale il potere del giudice di merito di ridurre la clausola penale non vieta al giudice dei *référés* di accordare la provvigione davanti ad una responsabilità contrattuale non seriamente contestabile;

Cass. I civ. 13 déc. 1988, in *Bull. civ.*, I, n. 357, ha giudicato seriamente contestabile l'esistenza dell'obbligo per una compagnia di assicurazione di garantire l'assicurato per l'obbligazione di risarcimento in ragione di un pregiudizio risultante da colpi e ferite volontariamente inferte alla vittima dopo il rifiuto di redigere un verbale; l'assicuratore non risponde delle perdite e danni provenienti da colpe intenzionali o dolose dell'assicurato ed anzi il giudice del *référé* non poteva condannare la compagnia d'assicurazione, in solido con l'assicurato, al pagamento della provvigione concessa alla vittima.

Cass. II civ. 16 mai 1988, in *Bull. civ.*, II, n. 115, ed in *JCP*, 1988, éd. I, IV, 258, ha cassato il provvedimento concesso a favore della vittima di un incidente stradale, perché ha ritenuto il giudice del *référé* incompetente a valutare la sussistenza o meno di una colpa in un illecito penale, anche se può concedere una provvisoria a titolo di risarcimento del danno subito, quando la sussistenza dell'illecito penale e quindi del danno è ormai stata accertata;

Cass. I civ., 20 mars 1990, in *Bull. civ.*, I, n. 70, ha approvato una sentenza della Corte d'appello

Non ha importanza quale sia la natura dell'obbligazione, per essere invocata la misura è necessario solo che essa non sia seriamente contestabile. La giurisprudenza è arrivata ad ammettere anche la concessione di un *référé* per la soddisfazione di un'obbligazione di origine processuale quale è quella delle spese di giudizio¹⁶².

Le materie¹⁶³ in cui viene più frequentemente concesso il *référé-provision* sono: la responsabilità civile derivante da sinistri stradali, la materia immobiliare, la materia di responsabilità del datore di lavoro per i danni arrecati ai terzi dai propri sottoposti, la materia di locazione, ma anche altri casi singolari in cui l'obbligazione non sia seriamente contestabile – così, ad es., a favore di un malato di HIV è stata concessa una provvisione a titolo di risarcimento del danno cagionato dalla trasfusione di sangue infetto¹⁶⁴, piuttosto che a favore di un paziente per l'errore che è stato commesso da un chirurgo¹⁶⁵.

La misura può essere concessa per una parte o per l'intera obbligazione a seconda dell'estensione della «non seria contestazione».

Con il *référé-provision* si ha la definitiva scissione di questa misura provvisoria dalla condizione d'urgenza, per modo che essa non viene più ad assolvere alla funzione propria delle misure cautelari ovvero quella di assicurare l'effettività del provvedimento di merito. Piuttosto la sua funzione consiste nell'evitare abusi del diritto di difesa da parte del convenuto che abbia palesemente torto. Infatti l'ordinanza che concede la provvisione è immediatamente esecutiva, pur non passando mai in giudicato e consentendo sempre l'instaurazione di un autonomo giudizio tanto all'attore che non abbia ottenuto piena soddisfazione che al convenuto soccombente, e la sua efficacia non è soggetta alla condizione dell'instaurazione entro un determinato periodo di tempo del giudizio di merito quindi, pur precaria, questa può protrarsi a tempo indeterminato. Questo rapido procedimento avrebbe la funzione di scoraggiare le contestazioni pretestuose e di evi-

che ha stimato che non era seriamente contestabile l'obbligo del venditore di garantire il suo acquirente minacciato d'evizione da un creditore pignoratizio giudizialmente autorizzato a soddisfare il suo diritto di credito sul veicolo venduto e che aveva accordato al suddetto acquirente una provvisione sul fondamento della disposizione dell'art. 809, 2° comma.

Si veda in dottrina: PERDRIAU, *Le contrôle de la Cour de cassation en matière de référé*, 1988, éd. G., p. 3365 ss.

¹⁶² Così TGI Paris 19 Oct 1984, in *Rev. trim. dir. civ.*, 1984, p. 436 ss.

¹⁶³ Cass. II civ. 4 déc. 1985, in *Bull. civ.*, II, 1985, n. 186; Id. soc. 7 mai 1987, in *JPC*, 1987, IV, p. 234 ss.; Id. I civ. 16 jui 1987, id., I, n. 228; Id. II civ. 28 fév. 1990, id., 1990, II, n. 42; Id. 23 mars 1994, in *JPC*, 1994, I, p. 3773 ss.

Per quanto riguarda la giurisprudenza di merito si veda: TGI Nanterre 11 av. 1975, in *Gaz. pal.*, 1975, 2, p. 244 ss.; Id. Portoise 25 juin 1975, in *JPC*, 1975, IV, p. 6559 ss.; Id. Paris 19 nov. 1984, in *RTD civ.*, 1984, p. 436 ss.; Id. 23 juin 1984, id., 1985, p. 441 ss.; Id. 11 janv. 1984, in *Gaz. pal.*, 1986, p. 386 ss.; Id. Laval, réf., 2 juil. 1986, id., 1986, 2, p. 532; Id. Caen, réf., 10 juil. 1986, id., p. 436; Id. 15 janv. 1987, id., 1987, I, p. 328; Id. 26 fév. 1987, id., 1987, I, p. 436 ss.

¹⁶⁴ Cass. II civ. 20 jui. 1993, in *Gaz. pal.*, 1993, 2, p. 271 ss.

¹⁶⁵ Cass. I civ. 5 jui. 1978, in *JCP*, 1978, IV, p. 288 ss.

tare di sovraccaricare i tribunali con lunghi procedimenti a cognizione piena. Le remore del convenuto soccombente davanti al giudice del *référé* ad instaurare un giudizio a cognizione piena saranno maggiori, ove la sua pretesa dovesse essere infondata, saranno ancor maggiori in considerazione del fatto che il giudice del merito con molta probabilità sarà il medesimo.

Un limite dell'efficacia dei *référés* si ha nell'esecuzione forzata immobiliare: essendo il provvedimento provvisorio in virtù dell'art. 31 della l. 9 luglio 1991, la nuova legge sull'esecuzione forzata, e dell'art. 2215 c.c., secondo il quale in materia di espropriazione forzata immobiliare l'assegnazione o la vendita può essere disposta solo sulla base di una decisione definitiva pronunciata in ultima istanza o passata in giudicato, disposto il pignoramento non è possibile portare a termine la procedura di espropriazione qualora non sopravvenga un provvedimento pronunciato dal giudice del merito a cognizione piena.

Se pur non vi sono dubbi sul fatto che il legislatore italiano abbia tratto la sua ispirazione dall'istituto del *référé-provision* e che molte sono le analogie tra i due per modo che dalla giurisprudenza e dalla dottrina francese possono essere tratti molti spunti in ordine ai problemi che si presentino in via di prima applicazione dell'art. 19, la più importante differenza tra i due è data dalla precarietà che è sempre mantenuta dal *référé-provision* anche a seguito d'appello, contrariamente a quanto avvienine nel meccanismo previsto dall'art. 19. Se il legislatore italiano avesse percorso fino in fondo questa strada non vi sarebbero stati i problemi di coordinamento tra l'appello e l'opposizione all'esecuzione, quelli relativi alla violazione del diritto di difesa dovuti alle caratteristiche dell'appello ed alla privazione di un grado di giudizio a cognizione piena che può subire il convento soccombente sulla base di una valutazione discrezionale del giudice, che seppur riformata in appello o cassata non comporta la restituzione della causa al giudice di primo grado per un giudizio questa volta a cognizione piena.

La verità è che l'appello a cui è soggetto il *référé-provision* è in realtà un ricorso che compie una rivisitazione critica di una valutazione sommaria e provvisoria, seppur questa provvisorietà è a tempo indeterminato perché non collegata ad nessun termine di scadenza, del giudice di prima istanza.

Nel giudizio d'appello dell'ordinanza di accoglimento di cui all'art. 19, comma 2°-bis, ove il giudice d'appello ha come base di valutazione il materiale probatorio sommariamente raccolto in primo grado, la posizione del convenuto soccombente in sede sommaria è piuttosto svantaggiata: deve cercare di ribaltare la valutazione del giudice di primo grado limitato dalla sua valutazione e con la sola possibilità di ampliamento della base probatoria fornita dall'art. 345 c.p.c.

Dalla disciplina del *référé-provision* può essere mutuata la regola dell'evidenza del diritto tutelando per l'emanazione del provvedimento sommario: in tal senso dovrebbe essere interpretata la condizione, in virtù della quale il giudice per l'emanazione dell'ordinanza sommaria deve ritenere «sussistenti i fatti costitutivi della domanda e manifestamente infondata la contestazione del convenuto».

L'ordinanza di cui all'art. 19, comma 2°-bis deve essere puntualmente moti-

vata con riferimento agli elementi di fatto che hanno fondato la convinzione del giudice sull'esistenza del diritto. La motivazione del provvedimento consente di controllare la razionalità o meno della scelta discrezionale del giudice.

A differenza del *référé-provision*, l'ordinanza di cui all'art. 19, comma 2°-bis non può essere emanato nel corso del procedimento di merito, anche se a supplire alla mancanza soccorre la possibilità dell'applicazione degli artt. 186-bis, -ter e -quater.

7. Conclusioni

Esaminati i principi dettati dalla Costituzione intorno al processo civile, quelli che sorreggono la cognizione piena, quella sommaria decisoria e non decisoria e non cautelare, la struttura del procedimento di cui all'art. 19, gli effetti del provvedimento di cui all'art. 19, comma 2°-bis e i rimedi contro di esso, resta qualche riflessione sul successo dell'innesto operato all'interno del sistema processuale preesistente di un procedimento e di un provvedimento in netta rottura con gli schemi classici.

È opportuno verificare se il procedimento sia rispondente ai principi del giusto processo civile, già ricavabili dagli artt. 2, 3, 24 e 111 nella sua vecchia formulazione ed oggi espressamente fissati nel nuovo art. 111 Cost.

Sulla base del nuovo art. 111 della Costituzione il giusto processo civile è:

- regolato dalla legge;
- si svolge in contraddittorio tra le parti in condizioni di parità tra di loro;
- davanti ad un giudice terzo ed imparziale;
- con una durata ragionevole;
- si deve concludere con un provvedimento decisivo su diritti, quantomeno soggetto a ricorso in cassazione, provvedimento che proprio perché adottato al termine di processo svoltosi con le garanzie che sono state appena enunciate è idoneo ad acquisire la stabilità del giudicato e a produrre tutti gli effetti che ad esso sono collegabili.

Il giusto processo civile deve essere regolato dalla legge.

Non è mancato chi¹⁶⁶ ha limitato la portata di tale disposizione alla determinazione di una riserva di legge, ritenendo possibile, al contempo, che, nei casi in cui il legislatore ritenga prevalente l'esigenza di una celere definizione della controversia, possano essere previsti modelli di procedimento informali, processi veloci sottoposti ad un penetrante potere direttivo del giudice, anche nel momento

¹⁶⁶ Così: CONSOLO, *Un giudice specializzato e vari nuovi riti per le liti societarie?*, cit., p. 566; CHIARLONI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile*, cit., p. 1019 ss.; TROCKER, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione*, cit., p. 392, secondo il quale il legislatore deve essere libero di modulare la disciplina del procedere secondo canoni insindacabili di opportunità e convenienza.

dell'ammissibilità dei mezzi istruttori, purché, è stato specificato¹⁶⁷ non vi sia contrasto con i principi che sono stati stabiliti dalla Corte costituzionale in ordine al processo camerale su diritti¹⁶⁸, inteso come sinonimo di procedura deformalizzata. Ma è già stata messa in luce l'inconsistenza di tali principi, l'inutilità di affermazioni generiche che alla verifica dei fatti non consentono di trarre alcun utile suggerimento in ordine a quello che dovrebbe essere lo svolgimento di questi giudizi semplificati.

La verità è che senza la predeterminazione delle forme e dei termini del processo non è possibile riconoscere ai soggetti del processo nessun potere processuale perché manca la possibilità della controllabilità dell'operato del giudice davanti alla Corte di cassazione: a fronte della discrezionalità del giudice nella conduzione del processo le parti si troverebbero in una condizione di soggezione¹⁶⁹.

L'esigenza di evitare che la durata fisiologica del processo possa pregiudicare la realizzazione del provvedimento decisorio ovvero possa dare luogo ad un abuso di difesa del legittimato passivo, quando da una cognizione allo stato degli atti risulti la ragione o la parziale ragione del titolare del diritto può consentire la previsione di procedimenti caratterizzati dagli ampi poteri discrezionali del giudice, principalmente nel momento dell'istruzione. Nel bilanciamento dei valori costituzionali in questo caso l'esigenza di celerità verrebbe a prevalere su quella di certezza, in virtù del ruolo assegnato ai procedimenti sommari non idonei al giudicato.

Per i procedimenti sommari decisori il discorso è parzialmente diverso perché la deviazione dalla cognizione ordinaria deve essere predeterminata soprattutto relativamente al meccanismo di trasformazione in cognizione piena. Lo stretto legame con la cognizione piena, inteso come libera scelta della trasformazione in essa e libera rinuncia a tale possibilità, consente il passaggio in giudicato del provvedimento sommariamente adottato.

L'affermazione del principio del contraddittorio nel nuovo art. 111 non è stata che l'esplicitazione di un principio già ricavabile dagli artt. 3 e 24.

L'affermazione del principio del contraddittorio non esclude la legittimità di provvedimenti semplificati in ragione della semplicità delle controversie che hanno ad oggetto ed addirittura a contraddittorio posticipato, perché oltre a ricorrere il requisito appena menzionato la domanda di tutela è accompagnata da una prova scritta: non vi è lesione del diritto di difesa perché la deviazione dalle regole di instaurazione del contraddittorio nel processo ordinario è giustificata

¹⁶⁷ CHIARLONI, *op. cit.*, p. 1019, secondo il quale la conformità dei procedimenti camerali alla Costituzione regge solo fino al momento in cui non si dovesse creare un irrimediabile contrasto con l'effettiva possibilità dei difensori di assicurare la rappresentanza tecnica ai propri assistiti.

¹⁶⁸ Si veda la giurisprudenza della Corte costituzionale che è già stata esaminata.

¹⁶⁹ Così LANFRANCHI, «*Pregiudizi illuministici*» e «*giusto processo*» civile, cit., p. 18 ss.; così pure BALENA, *Art. 111 Cost. e giusto processo civile*, cit., p. 497.

da ragioni di politica legislativa o di opportunità ed, in ogni caso, vi è la possibilità di trasformare il procedimento in un processo a cognizione piena attraverso il meccanismo dell'opposizione, anch'esso predeterminato¹⁷⁰.

La predeterminazione dei poteri delle parti va di pari passo con la garanzia della terziarietà del giudice: quest'ultimo si troverà in una posizione di maggiore imparzialità a fronte dell'esercizio di poteri già previsti dalla legge, e di cui si limiti a verificare il corretto esercizio sulla base della rispondenza o meno alla normativa esistente piuttosto che a fronte del risultato dell'esercizio di facoltà di cui egli stesso determini modi e forme.

Garanzia dell'imparzialità del giudice unita alla garanzia del contraddittorio significa che il giudice deve sottoporre sempre alle parti le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritenga opportuna la trattazione; deve sempre dare la possibilità di produrre prova contraria quando disponga l'ammissione di prove d'ufficio; non può dare una diversa impostazione giuridica alla causa una volta che siano maturate le preclusioni previste nel processo ordinario, e se lo fa non può non consentire alle parti di compiere delle controdeduzioni in tal senso anche successivamente valendosi della facoltà prevista all'art. 184-*bis*¹⁷¹.

Questa terza garanzia sta a significare anche che il processo deve interamente svolgersi davanti al giudice, possibilmente davanti alla stessa persona fisica, che può formare progressivamente il proprio convincimento di pari passo con il progredire del procedimento. Questa affermazione può sembrare scontata, ma è difficile considerarla tale davanti ad alcuni proposte di modifica del codice di procedura civile, anticipate dalla nuova disciplina del processo societario.

Vi è chi¹⁷² ha sottolineato come l'errore di fondo del codice di procedura civile del '42 sia stato rappresentato dall'aver posto come motore del processo il giudice al posto dell'ansia di giustizia delle parti: un motore artificiale i cui lenti ritmi sarebbero dettati dai tempi dell'apparato burocratico. Alla base della concezione pubblicistica vi sarebbe l'equivoco di fondo di credere che il giudice possa tenere al processo più di quanto non lo possano fare le parti. Probabil-

¹⁷⁰ MONTESANO, *La garanzia costituzionale del contraddittorio*, cit., p. 931, ha ritenuto estranea tale garanzia a giudizi diversi da quelli destinati a concludersi con il giudicato, i cui risultati sono rimovibili attraverso l'instaurazione di un giudizio a cognizione piena, includendo tra questi ultimi anche il ricorso per decreto ingiuntivo.

Queste conclusioni sono probabilmente giustificate dalla premessa da cui parte l'A., ovvero che il decreto ingiuntivo non opposto non possa mai conseguire la stabilità del giudicato, ma una analogia, nei limiti ristretti della domanda introduttiva.

In realtà sembra che l'A. non voglia considerare questo segmento come un subprocedimento del più ampio procedimento comprensivo della fase eventuale a cognizione piena: considerando questo punto di vista, ci si rende conto di come vi sia una deviazione dal modello ordinario di instaurazione del contraddittorio, ma anche che vi è comunque un meccanismo predeterminato per l'instaurazione del contraddittorio, secondo esigenze di celerità a cui tale procedimento è rispondente.

¹⁷¹ MONTESANO, *op. cit.*, p. 932.

¹⁷² CIPRIANI, *Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie*, cit., p. 1248 ss.

mente anche alla base di questo ragionamento c'è una confusione di fondo: identificare gli avvocati che si occupano della difesa tecnica delle parti con queste ultime, titolari delle posizioni sostanziali. Gli avvocati hanno interesse a trarre dalla causa un determinato utile economico, le parti hanno interesse a che prevalgano le proprie ragioni, a veder affermato il proprio diritto o negato il diritto altrui. Il giudice, rappresentante esclusivo del terzo potere dello Stato, equidistante da entrambe le parti, deve garantire che il processo arrivi a una conclusione nel più breve tempo possibile: questo è l'interesse pubblico di cui egli si fa portatore. Se questo è il ruolo assegnato al giudice, non si vede perché affermare che il rafforzamento dei poteri del giudice potrebbe avere un senso esclusivamente nel caso in cui si risolvesse in uno strumento per operare il rafforzamento dei poteri dell'esecutivo e per consentire dall'alto il controllo di ogni processo civile¹⁷³: questa affermazione non tiene conto di un principio cardine non solo del nostro ordinamento giuridico ma della moderna concezione della democrazia quale Stato di diritto, ovvero il principio della separazione dei poteri.

Ciò premesso, in considerazione dell'esigenza, secondo questa dottrina prevalente su tutte le altre, di una celere definizione del giudizio, sarebbe possibile, come accade nel nuovo processo societario, concepire una fase preparatoria in cui il contraddittorio si articola direttamente tra le parti senza alcun intervento del giudice, attraverso la notificazione della citazione e della comparsa di risposta e di ulteriori atti volti a completare le posizioni difensive, fino ad arrivare alla successiva fase dell'istruzione, discussione e decisione, tendenzialmente concentrate in una sola udienza, su istanza della parte interessata a porre fine alla fase preparatoria.

Questa parte della dottrina ritiene concepibile un'istruzione probatoria che si svolga al di fuori del processo, alla sola presenza delle parti¹⁷⁴, mentre il giudice, a prova fatta, verrebbe a conoscenza dei soli risultati della stessa; in tal modo, si dice¹⁷⁵ vi sarebbe un risparmio notevole in termini di tempo e denaro, senza gravi danni in termini di attendibilità, perché davanti al giudice, oltre alle prove documentali ammesse, arriverebbero le dichiarazioni testimoniali confezionate dalle stesse parti.

In tal modo, però, si rischia di minare uno dei principi cardine del processo civile, quello dell'oralità, e non si tratta di arroccarsi a difesa di un inutile principio, ma di privarsi dell'utilità a cui dava luogo la sua operatività: verrebbe meno uno dei momenti essenziali nella formazione progressiva del convincimento del giudice, il contatto diretto con le fonti di prova, cosa che, ad es. quando si abbia a che fare con un testimone, consentirebbe al magistrato non solo di rendersi conto dell'attendibilità delle sue affermazioni, ma di chiarire determinati punti,

¹⁷³ CIPRIANI, *op. cit.*, p. 1252.

¹⁷⁴ Così DIDONE, *Appunti sulla ragionevole durata del processo*, cit., p. 873; CHIARLONI, *La crisi della giustizia civile*, cit., p. 1013 ss.

¹⁷⁵ CHIARLONI, *op. cit.*, p. 1014.

di rivolgere domande direttamente, di svolgere, in sostanza, quelle attività istruttorie d'ufficio che sono funzionali al chiarimento della situazione di fatto.

Vero è che l'affermazione di un giudice terzo ed imparziale costituisce l'essenza stessa della giurisdizione¹⁷⁶, ma proprio perché è così il processo non può che svolgersi dall'inizio alla fine davanti al magistrato.

Non è stata correttamente individuata la fonte del problema, o seppur individuata, coscientemente o incoscientemente, si è errato nelle soluzioni. È, infatti, evidente che nel momento in cui si denunciano i ritardi della giustizia italiana, portando ad esempio casi di prime udienze fissate a ben quattro anni dalla presentazione del ricorso¹⁷⁷, la disfunzione va individuata nell'organizzazione degli uffici giudiziari, nella mancanza di organico. Può darsi che la disciplina del processo civile necessiti di miglioramenti, ma in primo luogo è all'organizzazione degli uffici giudiziari che bisogna mettere mano¹⁷⁸.

Allo stesso modo non si può essere concordi sulle proposte di istituzionalizzare delle prassi degenerative dell'attuale sistema processuale, usando come argomento quello che nella realtà dei fatti ciò avviene, anziché impegnarsi nel ricercare strumenti in grado di combatterle (ci si riferisce ad es. alla prassi di raccogliere le prove tra avvocati nei corridoi dei tribunali su delega dello stesso giudice istruttore).

L'affermazione della ragionevole durata del processo sembra essere il punto ad aver destato le maggiori divergenze di opinioni in dottrina.

La Corte costituzionale¹⁷⁹ già prima dell'entrata in vigore della norma aveva affermato: «... l'effettività della tutela dei propri diritti cui è preordinata l'azione, ed in definitiva la stessa durata della giurisdizione, si combina con la ragionevole durata del processo». La fonte di questa garanzia veniva fatta derivare dall'art. 6 della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e del cittadino, norma patrizia che non viene posta sulla stessa base dei principi costituzionali, ma soprattutto dall'art. 2 Cost.

L'affermazione di questo principio all'interno della Costituzione ha posto l'attenzione sull'esigenza di effettività del diritto processuale di agire e di difendersi in giudizio, effettività connessa alla ragionevole durata del processo che si concluda con un provvedimento idoneo al giudicato.

Dal fatto che tutte le garanzie siano enunciate nel medesimo articolo si deve dedurre che tutte insieme debbono essere coordinate.

La garanzia della predeterminazione delle regole del giusto processo può arretrare di fronte all'esigenza di celerità in quei casi in cui si abbia a che fare con procedimenti non idonei al giudicato, ma in qualche modo connessi con la co-

¹⁷⁶ Così MONTESANO, *La garanzia costituzionale*, cit., p. 944 ss.

¹⁷⁷ Così SASSANI, *La ragionevole durata del processo*, cit., p. 88 ss.

¹⁷⁸ In proposito si veda CIVININI, *Quale futuro per la giustizia civile?*, cit., c. 32 ss.

¹⁷⁹ Corte cost. 22 ottobre 1999 n. 388, in *Foro it.*, 2000, I, c. 1072 ss.

gnizione ordinaria, perché volti ad assicurare che non venga compromessa la realizzabilità del suo risultato o perché semplicemente volti a non ritardare la soddisfazione di un diritto che, sulla base di una cognizione condotta allo stato degli atti, appare essere fondato in tutto o in parte.

È necessario che il far presto coincida con il far bene, perché entrambi contribuiscono alla realizzazione del processo che può chiamarsi giusto, ma nel momento in cui ciò non sia praticabile, che l'esigenza di celerità receda davanti a quella di assicurare la massima estensione dei diritti di cui agli artt. 3, 24 e 25, perché sarebbe sicuramente non giusto un processo che per ragioni di celerità sacrificasse il diritto di agire o di difendersi ovvero il principio di eguaglianza.

Un modo corretto di intendere il principio in questione è come canone ermeneutico¹⁸⁰, che suggerisca tra tutte le possibili interpretazioni quella che consenta tempi processuali più rapidi.

Nell'individuare la portata di questo principio si ritiene che esso debba essere inteso anche come garanzia contro l'inutile spreco di attività processuale.

Ci si può chiedere se non sia spreco di attività processuale l'attivare un procedimento che a prescindere da qualsiasi successivo o contemporaneo giudizio a cognizione piena, si concluda con un provvedimento avente sola efficacia esecutiva, che dà in qualsiasi momento la possibilità di instaurare un giudizio, questa volta a cognizione piena idoneo perciò al giudicato.

Le affermazioni che precedono sono tanto più vere se si focalizza l'attenzione sul corretto modo di intendere il processo: dall'introduzione del giudizio mediante atto di citazione fino al passaggio in giudicato del provvedimento emesso al termine del processo¹⁸¹. È evidente che l'instaurazione di un provvedimento sommario autonomo non idoneo al giudicato, anziché favorire la rapida definizione della vicenda contenziosa non fa che prolungarla senza motivo, lasciandola pendente fino al momento in cui non venga instaurato il relativo giudizio a cognizione piena. Si potrebbe rimanere in una situazione di pendenza a tempo del tutto indeterminato, mentre è interesse dell'ordinamento giuridico favorirne la sollecita definizione¹⁸².

Solo il processo in cui siano presenti tutte le garanzie esposte può concludersi con un provvedimento idoneo al giudicato, ed in quanto tale, soggetto almeno al ricorso in cassazione.

Il passaggio in giudicato costituisce la naturale conclusione del processo svoltosi con tutte le garanzie enunciate.

A questo punto si potrebbe prospettare l'idea che l'avente diritto abbia la facoltà di scegliere tra questo processo ed un procedimento privo di queste garanzie perché inidoneo a concludersi con il giudicato, si potrebbe cioè avanzare l'idea che solo quando una delle parti abbia interesse al giudicato il procedi-

¹⁸⁰ OLIVIERI, «*La ragionevole durata*», cit., c. 251 ss.

¹⁸¹ OLIVIERI, *op. cit.*, c. 254 ss.

¹⁸² Così OLIVIERI, *op. cit.*, c. 256; così pure BALENA, *op. cit.*, p. 500 ss.

mento debba coincidere con il giusto processo civile, che, comunque, sia una facoltà delle parti scegliere l'una o l'altra strada.

Così non è. Il processo non è uno strumento lasciato alle parti e di cui esse possano disporre come meglio credono: c'è un interesse pubblico alla definitiva risoluzione delle controversie quando le parti decidano di ricorrere a questo strumento; quando le parti mettano in moto l'apparato giurisdizionale c'è un interesse pubblico a che la funzione giurisdizionale venga esercitata nel modo più corretto possibile. Per questo si ritiene da parte di chi scrive che la sommaria cognizione, anche se non cautelare debba essere sempre collegata con quella piena, in termini di definitiva rinuncia ad essa, come è il caso dei provvedimenti decisori sommari, ovvero in termini di strumento per consentire un'anticipata soddisfazione delle proprie pretese o di parte delle proprie pretese, quando esse appaiano fondate allo stato degli atti, sulla base di una cognizione sommaria perché incompleta.

Richiamati brevemente i tratti essenziali del giusto processo, conviene ora per concludere verificare che il procedimento esaminato non rischi di incappare in una questione di illegittimità costituzionale.

Viene rispettato il principio del contraddittorio, il procedimento sommario si presenta come giudizio a contraddittorio non eludibile.

Il procedimento però non è regolato dalla legge in uno dei suoi momenti essenziali ovvero quello dell'istruzione probatoria, essendo lasciata alla discrezionalità del giudice l'assunzione di prove atipiche consistenti essenzialmente in sommarie informazioni, materiale probatorio sulla base del quale operare la valutazione circa la fondatezza o meno dei fatti costitutivi e delle difese opposte dal convenuto, e, quindi, sulla base del quale stabilire se adottare l'ordinanza immediatamente esecutiva ovvero proseguire il procedimento a cognizione piena.

È vero che l'ordinanza sommariamente adottata non passa in giudicato: in ciò risiederebbe la giustificazione dell'abbassamento dei livelli formali del procedimento. È pure vero, però, che ne derivano pesanti limitazioni del diritto di difesa per il convenuto soccombente in sede sommaria.

Come mezzo di critica contro questo provvedimento è stato previsto l'appello non il reclamo.

Lo svolgersi il giudizio d'appello, destinato a concludersi con una sentenza idonea al giudicato formale e sostanziale, sulla base del materiale istruttorio raccolto in primo grado con la possibilità di assunzione di nuove prove solo alle condizioni di cui all'art. 345, comporta uno squilibrio nella posizione delle due parti.

Il legislatore delegante ha raccomandato al delegato la limitazione delle reazioni avverso l'ordinanza sommaria ad un solo grado di giudizio a cognizione piena al fine di non appesantire il procedimento mediante la previsione della possibilità di un doppio grado di giudizio di merito ricorrendo al meccanismo dell'opposizione proprio dei procedimenti sommari decisori. Tuttavia non si vede come questa affermazione possa trovare riscontro in considerazione del fatto che non passando il procedimento sommariamente adottato in giudicato in nessun modo può essere negato al soccombente il diritto di istaurare un auto-

nomo giudizio a cognizione piena, mediante opposizione all'esecuzione, ove gli sia consentito di utilizzare questo strumento di reazione tenendo conto delle esigenze di coordinarlo con i termini per l'appello, ovvero iniziando un giudizio di accertamento negativo del diritto. E ciò con tutti gli svantaggi che si sono considerati.

Le possibilità difensive del convenuto che sono state illustrate mostrano come questo provvedimento, proprio per la sua inidoneità al giudicato, non faccia che trascinare a tempo indeterminato la situazione giuridica sostanziale in crisi che è stata portata davanti al giudice in sede di sommaria cognizione, contro il principio di economia dei giudizi, inteso nel senso di definizione rapida di una vicenda processuale attraverso un provvedimento contenente un accertamento e perciò idoneo al passaggio in giudicato, anche perché rispettoso delle garanzie processuali previste dalla Costituzione.

Quanto detto è tanto vero che, fino all'introduzione di questo procedimento, qualsiasi procedimento o subprocedimento sommario non ha avuto come fine un provvedimento che costituisse un titolo esecutivo destinato a lasciare la situazione giuridica controversa tale a tempo indeterminato, perché o, grazie al meccanismo dell'opposizione e conseguente introduzione di un procedimento a cognizione piena, è possibile l'immediato passaggio in giudicato del provvedimento sommariamente adottato in caso di rinuncia della controparte all'opposizione ovvero perché il provvedimento sommariamente adottato è frutto di un subprocedimento inserito in un ampio processo a cognizione piena destinato a concludersi con una sentenza che lo assorbe e revoca.

Il nuovo istituto scinde per la prima volta, e ciò fa prevedendolo come uno degli esiti normali del procedimento, un titolo esecutivo di formazione giudiziale non idoneo al giudicato da qualsiasi legame con il giudizio di merito.

Il risultato è che per evitare un uso deviato e meramente dilatorio degli strumenti messi a disposizione del convenuto quando sia manifesto il diritto della controparte, si è dotato il giudice di un potere ampio in ordine alla valutazione della sussistenza del diritto ma inutile per la definitiva chiusura della situazione conflittuale che davanti lui è stata portata.

Abbiamo un titolo la cui stabilità è basata unicamente sullo «scoraggiamento» del convenuto a fronte degli svantaggi difensivi che recano con se gli strumenti di reazione che gli sono stati messi a disposizione dall'ordinamento.

Probabilmente il meccanismo utilizzato dal legislatore basato essenzialmente sulla valutazione discrezionale del giudice non solo in ordine alla sussistenza dei fatti costitutivi e all'infondatezza delle difese del convenuto ma anche in ordine al materiale probatorio da cui trarre queste convinzioni, non sulla sussistenza di prove scritte e sull'acquiescenza dell'intimato che non si opponga, non fornisce sufficienti garanzie per il giudicato. Ma di fatto abbiamo una fase sommaria che rischia di pregiudicare la successiva fase a cognizione piena ovvero il successivo giudizio anche se autonomamente instaurato.

Questo procedimento ha deviato il giudizio dal corso che naturalmente lo porta al giudicato, per continuare a far rimanere sospeso ed indeterminato il con-

flitto, facendo apparire l'attività giurisdizionale spesa inutile e la forza del procedimento basata solo sull'effetto psicologico che esercita sul soccombente.

Non possiamo considerare alternative tra di loro la scelta del provvedimento di cui all'art. 19, comma 2°-*bis* piuttosto che quella di un giudizio a cognizione piena perché la prima esclude solo momentaneamente l'avvio di un autonomo giudizio di accertamento positivo o negativo del diritto: si tratta di un *minor* compreso nel provvedimento adottato a cognizione piena.

Il provvedimento appare a maggior ragione inutilmente dilatorio quando dovessero sussistere i presupposti per l'accesso al procedimento per decreto ingiuntivo perché con tempi analoghi si potrebbe ottenere un provvedimento sommario non solo esecutivo ma idoneo al passaggio in giudicato.

Ci si può auspicare che almeno che nella prassi si applichi la regola dell'evidenza, principio cardine del modello d'ispirazione francese, e che si richieda una puntuale e dettagliata motivazione del giudice per facilitarne il controllo nei gradi successivi.